



Conseil économique et social

Distr. générale
4 mars 2014
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Treizième session

New York, 12-23 mai 2014

Point 7 de l'ordre du jour provisoire*

Thème spécial : « Principes de bonne gouvernance conformes à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones »

Étude sur un protocole facultatif se rapportant à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et axée sur un mécanisme volontaire

Note du Secrétariat

Conformément à une décision de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, lors de sa onzième session (voir [E/2012/43](#), par. 109), M. Dalee Sambo Dorough et M^{me} Megan Davis, membres de l'Instance permanente, ont été chargés d'une étude sur un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – étude axée sur un éventuel mécanisme volontaire, qui permettrait l'examen des plaintes au niveau international, concernant notamment les revendications des peuples autochtones et la violation de leurs droits relatifs aux terres, aux territoires et aux ressources au niveau local. Les conclusions de cette étude sont présentées à la session actuelle de l'Instance permanente (treizième session).

* [E/C.19/2014/1](#).



Étude sur un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et axée sur un mécanisme volontaire

I. Introduction

1. Depuis l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, il y a eu débat sur la nécessité éventuelle d'un mécanisme qui permettrait de suivre l'application de la Déclaration et son interprétation dans le cadre du droit international. Cela a été en partie reconnu à l'article 42 de la Déclaration, qui dit :

« L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité ».

2. À la suite des débats qu'elle a eus en 2009 au sujet de cet article 42, l'Instance permanente a été le cadre d'une réunion internationale d'experts sur le rôle que pourrait jouer l'Instance permanente dans l'application de l'article 42 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (E/C.19/2009/2). Récemment, on a assisté à une coopération et une coordination accrues entre l'Instance permanente, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones; et le mandat particulier de chacune de ces trois entités a influé sur la nature de leurs relations. Chacun de ces trois mécanismes ou entités contribue de manière importante – mais non pas toujours coordonnée – à l'application de la Déclaration. De plus, ces trois entités et leurs secrétariats respectifs ont déjà une charge de travail assez conséquente; dès lors, aucune de ces trois entités ne peut jouer un rôle de surveillance en ce qui concerne l'application de la Déclaration.

3. Les peuples autochtones eux-mêmes ressentent de plus en plus la nécessité d'un mécanisme de suivi et de coordination de l'application de la Déclaration. Le document final de la Conférence préparatoire mondiale autochtone, qui s'est tenue à Alta, en Norvège, en juin 2013, en vue de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones (document dit « Déclaration d'Alta ») (A/67/994, annexe) et la Déclaration de Lima de la Conférence mondiale des femmes autochtones, qui devait se tenir par la suite dans la capitale péruvienne (en octobre/novembre 2013), ont recommandé la mise en place d'un mécanisme pour examiner la situation de la Déclaration, en assurer le suivi et en rendre compte. La Déclaration d'Alta a précisément recommandé la création d'un nouvel organe des Nations Unies, chargé de promouvoir, de protéger, de contrôler et d'évaluer l'application des droits des peuples autochtones – entre autres, ceux énoncés dans la Déclaration – et d'en rendre compte; la Déclaration d'Alta ajoute que cet organe doit être mis en place avec la participation pleine et entière, équitable et effective des peuples autochtones.

4. Ce sont peut-être les travaux du Rapporteur spécial qui ont le mieux justifié la mise en place d'un tel mécanisme et l'attention de plus en plus importante accordée à ce processus – le Rapporteur spécial ayant effectué de nombreuses visites de pays tout au long de son mandat. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'en dépit des engagements pris, à l'échelle mondiale, vis-à-vis de l'application de la Déclaration,

on pouvait constater que « la Déclaration et les valeurs qu'elles véhiculent tout autant que les problèmes aux racines profondes que connaissent les peuples autochtones et dont elle traite » étaient « mal connus et mal compris » (A/68/317, par. 78). D'après le Rapporteur spécial, il reste une tâche très importante à accomplir, à savoir une sensibilisation accrue à la Déclaration et à son contenu des acteurs gouvernementaux, du système des Nations Unies, des peuples autochtones eux-mêmes et, d'une manière générale, de l'ensemble de la société. La mise en place d'un mécanisme d'examen et de dépôt de plaintes est l'un des moyens qui permettraient une meilleure compréhension de la Déclaration, et, dès lors, une sensibilisation accrue à son contenu. Les objectifs fixés par la Déclaration pourront difficilement être atteints si les pouvoirs publics et la partie non autochtone des sociétés où vivent des peuples autochtones ne connaissent pas ces objectifs et ne s'y reconnaissent pas.

5. La préoccupation du Rapporteur spécial quant à la méconnaissance de la Déclaration et, par conséquent, l'usage insuffisant qui en est fait a joué un rôle important dans l'examen périodique universel. Le Rapporteur spécial a considéré que cette situation et notamment le fait que l'on mesure mal l'importance du caractère normatif de la Déclaration et de ses fondements concernant l'égalité et les droits de l'homme portaient énormément atteinte à l'engagement et à l'action des États. La méconnaissance générale de la Déclaration et le manque d'expertise quant à son application doivent retenir l'attention de l'Instance permanente. Le fait que certains États ne considèrent pas avec suffisamment de sérieux les objectifs de la Déclaration et les droits qu'elle vise à protéger porte atteinte aux droits des peuples autochtones et au bien-être de ces populations.

6. L'un des moyens de remédier à la méconnaissance de la Déclaration et à l'insuffisance de sa mise en œuvre est effectivement la mise en place d'un mécanisme visant à protéger, examiner, suivre et évaluer son application. Un tel mécanisme pourrait être inscrit dans le cadre d'un protocole facultatif. Mais, à ce jour, nous manquons de documentation au sujet des aspects techniques d'un tel protocole. Toutefois, il n'y a pas non plus de textes défavorables à la mise en place d'un protocole facultatif. En fait, la documentation dont nous pouvons disposer dans ce domaine nous indique qu'il y a eu des précédents importants au sein du système des Nations Unies – c'est-à-dire de nombreux cas où, sur une période d'une trentaine d'années, les Nations Unies ont créé des mécanismes supplémentaires (notamment des déclarations) visant à appuyer les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, mais qui ne se sont pas concrétisés sous forme d'un traité auxquels les États auraient pu adhérer avant de le ratifier. À cet égard, nous attirons l'attention sur les méthodes de communication de la Commission de la condition de la femme, créée dès 1947 par le Conseil économique et social [dans sa résolution E/76 (V)], soit plusieurs décennies avant la mise en place de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. En outre, depuis 1975, la Commission des droits de l'homme (devenue, en 2006, le Conseil des droits de l'homme) a plus d'une fois mis en place divers mécanismes destinés à améliorer la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment lorsqu'on avait constaté un schéma récurrent de violations des droits de l'homme. L'un de ces mécanismes a été la procédure à suivre pour l'examen des communications relatives aux violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales – procédure établie par le Conseil économique et social en 1970 dans sa résolution 1503 (XLVIII), dite

« procédure 1503 ». Un autre mécanisme de ce type, non lié à un traité, est le Groupe de travail sur la détention arbitraire, créé par la Commission des droits de l'homme dans le cadre de la résolution 1991/42, et qui a vu son mandat étendu par la résolution 6/4 du Conseil des droits de l'homme et des résolutions ultérieures. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a pour mandat d'examiner les plaintes individuelles – ce mandat ayant pour fondement les articles 7, 9-11, 13, 14 et 18-21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Dans ce contexte, on peut également citer le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, établi par la Commission des droits de l'homme en 1980 [résolution 20 (XXXVI)].

7. Avant d'examiner la question du contenu et de la forme éventuels d'un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, il convient de rappeler et de reconnaître un certain nombre de principes fondamentaux. Comme nous l'avons déjà souligné, la « Déclaration d'Alta » propose la création d'un nouvel organe des Nations Unies en vue de protéger les droits des peuples autochtones; ce serait également la mission de tout nouveau mécanisme issu de la présente étude. La recommandation soumise à l'Instance permanente souligne la nécessité de prendre en considération la question des terres, des territoires et des ressources. Cependant, dans la perspective d'un éventuel protocole facultatif¹, il faut impérativement reconnaître tous les fondements de l'universalité des droits de l'homme et prendre en compte le fait que ces principes fondamentaux sont liés entre eux, indivisibles et interdépendants. Par conséquent, tout en étant un instrument spécifique de protection des droits des peuples autochtones, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones doit être appréhendée comme un tout, et chaque article doit être interprété en liaison avec les autres.

8. En outre, la jurisprudence issue des organes et mécanismes conventionnels chargés des droits de l'homme - mais également d'organes similaires en Afrique et au sein du système interaméricain, entre autres – reste très importante. Les décisions d'organes régionaux, tels que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ou encore la Cour interaméricaine des droits de l'homme, sont juridiquement contraignantes. Cette jurisprudence doit être sauvegardée et ne doit pas être limitée ou amputée par un nouveau mécanisme éventuel. Dans ce contexte, un protocole volontaire à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ne permettrait pas aux États d'affirmer le caractère contraignant, pour les peuples autochtones, d'interprétations contradictoires ou de points de vue subsidiaires. En fait, étant donné le poids de la Déclaration sur le plan normatif – c'est-à-dire l'importance des normes définies dans la Déclaration, et notamment les principes d'égalité, de non-discrimination, d'intégrité culturelle, de propriété et d'autodétermination, le débat sur d'éventuelles procédures additionnelles ou un

¹ Voir notamment les ouvrages et documents suivants : H. Steiner, P. Alston et R. Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 3rd edition (Oxford University Press, 2007); J. Donnelly, "The relative universality of human rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n° 2 (Mai 2007); E. Brehms, *Human Rights: Universality and Diversity* (La Haye, Martinus Nijhof, 2001); Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme: "Que sont les droits de l'homme?" – document disponible sur le site Internet www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx; Dalee Sambo Dorrough, "Human rights", in United Nations, *State of the World's Indigenous Peoples* (United Nations publication, Sales No. 09.VI.13 – Publication des Nations Unies, "Situation des peuples autochtones dans le monde"), chap. IV; United Nations Population Fund, *Human Rights Principles* – texte disponible sur le site www.unfpa.org/rights/principles.htm.

« protocole volontaire » et, finalement, la mise en place de telles procédures font partie intégrante de l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme (cf. A/68/317, par. 64). On a pu l'observer dans le cas des droits de la femme, ou encore en ce qui concerne la détention arbitraire et les disparitions.

9. Certes, les résultats éventuels de la présente étude – y compris des ententes ou accords négociés – ne doivent pas se situer à un niveau inférieur par rapport aux normes minimales établies par la Déclaration. Les résultats auxquels nous parviendrons doivent être conformes aux principes de protection et de promotion des droits des peuples autochtones, ainsi qu'à la jurisprudence des organes des Nations Unies et des organes conventionnels régionaux. C'est la raison pour laquelle tout futur mécanisme devra être conçu en termes suffisamment larges pour pouvoir être accepté par les États et les peuples autochtones à la fois.

10. La section II ci-après définit la nature des « protocoles facultatifs » et la finalité de ces derniers en liaison avec le droit international relatif aux droits de l'homme. Cette partie du document présente des exemples de protocoles facultatifs existants, et en décrit les limites éventuelles. La section III indique de quelle manière un protocole facultatif renforcerait la Déclaration.

II. Qu'est-ce qu'un protocole facultatif?

11. Un protocole facultatif est un accord additionnel à un accord principal. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont souvent accompagnés d'un protocole facultatif, mettant en place, par exemple, un dispositif de dépôt de plaintes, des modalités de protection des droits de l'homme et de mise en œuvre du traité principal, ou encore complétant une section importante du traité en question par des dispositions supplémentaires, que les États parties devront également respecter. Lorsqu'un État a officiellement adhéré à un protocole facultatif, celui-ci devient juridiquement contraignant (dans le cadre du droit international). Un protocole facultatif « peut concerner une question pertinente, et sert généralement à expliciter un point du document original, à aborder un problème nouveau ou à ajouter une procédure nécessaire au fonctionnement et à l'application du traité – en prévoyant par exemple les modalités du dépôt de plaintes individuelles »².

12. Les protocoles facultatifs contiennent fréquemment des dispositions plus strictes que le traité original; les États parties ont la liberté de ratifier ou non le protocole facultatif en question; en cas de non ratification du protocole, les dispositions contenues dans ce dernier ne sont pas contraignantes pour les États parties au traité original ayant fait ce choix. En outre, un protocole facultatif a sa propre procédure de ratification, indépendante de celle du traité original; d'une manière générale, seuls les États ayant déjà accepté d'être liés par un traité peuvent ratifier ses protocoles facultatifs³.

² United Nations Children's Fund, Introduction to the Convention on the Rights of the Child (Fonds des Nations Unies pour l'enfance, Introduction à la Convention relative aux droits de l'enfant) – texte disponible sur le site suivant : www.unicef.org/crc/files/Definitions.pdf.

³ Les Protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant font exception à cette règle.

Pour quelles raisons adhérer à un protocole facultatif?

13. Lorsque les dispositions d'un traité ne sont pas suffisantes pour en prévoir l'application ou la recevabilité, un protocole facultatif est souvent mis en place pour remplir cette fonction. Les fonctions de recevabilité peuvent recouvrir la procédure de dépôt de plaintes individuelles, dite « procédure de communication », ou encore la « procédure d'enquête ». La procédure de communication permet à des particuliers ou à des groupes de particuliers de déposer une plainte auprès du comité de surveillance chargé de suivre l'application du traité en question. La procédure d'enquête permet au comité de surveillance de procéder à sa propre enquête. Au sein du système des traités des Nations Unies pour la protection des droits de l'homme, un protocole facultatif confère aux comités chargés des droits de l'homme un pouvoir judiciaire et d'examen. En d'autres termes, par le biais d'un protocole facultatif, un comité chargé de la protection des droits de l'homme dispose du même pouvoir qu'une cour des droits de l'homme traditionnelle pour examiner une plainte individuelle. De même, en cas de violation grave et systématique des droits de l'homme, certains comités sont habilités à procéder à une enquête afin de déterminer la responsabilité éventuelle d'un État partie⁴.

14. En outre, la capacité d'« alerte rapide » et d'« action en urgence » permet à un organe conventionnel d'agir dans le cadre d'une situation d'urgence correspondant à une violation des droits de l'homme, afin de contraindre sans délai un État à respecter les droits en question.

15. Les deux Protocoles facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont été élaborés parce que les États parties ont considéré que, « pour mieux assurer l'accomplissement des fins du Pacte et l'application de ses dispositions, il conviendrait d'habiliter le Comité des droits de l'homme (...) à recevoir et à examiner (...) des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte ».

16. Le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques est un dispositif permettant le dépôt de plaintes individuelles ou de communications auprès du Comité des droits de l'homme; le second Protocole facultatif au Pacte, qui vise à l'abolition de la peine de mort, est un instrument également soumis au Comité des droits de l'homme.

17. Dans sa résolution 54/4, l'Assemblée générale, rappelant que « le Programme d'action de Beijing a appuyé le processus lancé par la Commission de la condition de la femme en vue d'établir un projet de protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui pourrait entrer en vigueur dès que possible au titre d'une procédure de droit de pétition », adoptait le Protocole facultatif à cette convention le 6 octobre 1999 – ce protocole étant entré en vigueur le 22 décembre 2000.

18. Ce protocole facultatif autorise une procédure d'enquête et une procédure de dépôt de plainte permettant au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de mener des enquêtes au sujet de violations graves et systématiques des droits des femmes dans un État partie au Protocole facultatif

⁴ Cf.: Coalition for an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Take Action NOW! Advocacy Kit, 2004 (« Kit de mobilisation pour le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », 2004) – texte disponible sur le site suivant : www.iwraw-ap.org/documents/OP_to_ICESCR_Advocacy_KitInt.pdf.

(article 8 du Protocole). Ce Protocole facultatif est fondé sur l'article 20 (relatif aux procédures d'enquête) de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

19. Tout en étant moins explicite que d'autres protocoles quant aux motifs d'élaboration d'un protocole facultatif, le préambule du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes autorise un groupe d'experts internationaux à procéder à une enquête sur toute violation grave des droits de la femme; ce protocole est utile dans tous les cas où les communications individuelles ne suffisent pas à illustrer la nature systémique de telles violations; ce même protocole autorise les enquêtes sur des violations importantes des droits des femmes lorsque les individus ou les groupes ne sont pas en mesure de présenter des communications (pour des raisons pratiques ou par crainte de représailles); ce protocole facultatif permet également au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de formuler des recommandations au sujet des causes structurelles des violations en question; enfin, ce texte permet aussi au Comité d'aborder un large éventail de questions dans tel ou tel pays en particulier⁵.

20. La Convention relative aux droits de l'enfant a deux Protocoles facultatifs – lesquels ont été adoptés simultanément. Il y a, d'une part, le Protocole facultatif sur la participation des enfants aux conflits armés, et, de l'autre, le Protocole facultatif sur la vente d'enfants, la prostitution et la pornographie impliquant des enfants. En ce qui concerne le premier de ces deux protocoles, le préambule est très explicite quant aux motifs qui ont présidé à son élaboration et à son adoption. Le préambule du Protocole facultatif sur la participation des enfants aux conflits armés dit en substance ceci : les États parties sont très préoccupés par les effets négatifs et généralisés des conflits armés sur les enfants, et les conséquences que de telles situations peuvent avoir à long terme pour l'instauration d'une paix, d'une sécurité et d'un développement durables. Ce protocole condamne la victimisation des enfants dans ces situations de conflit armé, ainsi que les attaques dont peuvent faire directement l'objet des lieux et bâtiments protégés dans le cadre du droit international – notamment les écoles et les hôpitaux. Le protocole en question souligne également la nécessité de renforcer encore le respect des droits inscrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant, en prenant acte de l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale – lequel considère notamment comme un « crime de guerre » « le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités », aussi bien au niveau local qu'international.

21. Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est entré en vigueur le 22 juin 2006. Ce protocole autorise la mise en place d'un système de visites régulières d'entités ou de personnalités nationales et internationales indépendantes

⁵ United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN-Women), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: What is an optional protocol? (« Entité des Nations Unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation de la femme (ONU-Femmes), Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : Qu'est-ce qu'un protocole facultatif? ») – texte disponible sur le site www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/whatis.htm.

sur les lieux où des populations sont privées de liberté – et ce, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans son préambule, ce protocole dit expressément que sa raison d’être est de renforcer la protection des personnes privées de liberté contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

22. Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées est entré en vigueur le 3 mai 2008. Aux termes de ce protocole, tout État partie reconnaît la compétence du Comité des droits des personnes handicapées pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d’une violation, par cet État partie, des dispositions de la Convention (article premier du Protocole).

Les protocoles facultatifs peuvent-ils avoir des limites?

États parties

23. Les protocoles facultatifs sont limités par le fait que, d’une manière générale, les processus de communication ne peuvent être utilisés que par des particuliers ou groupes de particuliers d’États parties au traité en question et ayant ratifié ce dernier.

Statut juridique

24. Le statut juridique des décisions de comités au titre d’un protocole facultatif est variable. L’un des principes fondamentaux du droit international est la souveraineté des systèmes juridiques nationaux : pour qu’une décision ait force de loi au niveau national, une loi organique est généralement nécessaire pour intégrer certaines dispositions du droit international à la législation nationale; les « avis » des comités concernés n’ont pas le caractère contraignant des décisions des tribunaux nationaux, mais, pour autant, les États ne sont pas libres de les ignorer. Le poids juridique des avis du comité concerné se situe quelque part entre ces deux extrêmes, et les rapports des comités en question sont pour le moins un ensemble d’analyses et d’orientations très probantes⁶. Par définition, un protocole facultatif est « facultatif » ou « volontaire »; en d’autres termes, sa ratification traduit une relation de bonne foi entre l’État partie et les personnes ou groupes de personnes impliquées dans la communication en question, et, dans le cas de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la ratification lie l’État partie et les peuples autochtones.

Réserves

25. Tout État partie peut formuler des réserves lors de la ratification d’un traité ou d’un protocole facultatif à condition que les réserves en question ne soient pas incompatibles avec les principes inscrits dans le traité ou le protocole concernés. Toutefois, cette règle ne s’applique pas nécessairement à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans la mesure où cette déclaration

⁶ Human Rights Resource Law Centre, “Australia’s ratification of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Melbourne, July 2009 (La ratification, par l’Australie, du Protocole facultatif se rapportant aux droits économiques, sociaux et culturels – Human Rights Resource Law Centre, Melbourne, juillet 2009).

émane de l'Assemblée générale. De fait, étant donné qu'une Déclaration n'est pas l'équivalent d'un traité, un protocole facultatif peut avoir, en l'occurrence, des effets plus durables et acceptables pour les deux parties – étant donné, précisément, son caractère volontaire ou facultatif.

III. Pour quelles raisons un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est-il nécessaire?

26. Si, en ce qui concerne les peuples autochtones, les États ont déjà, dans le cadre du droit international coutumier, des obligations contraignantes en matière de droit à l'autodétermination et de droits de propriété, il y a une nécessité urgente de mesures supplémentaires et explicites dans ces domaines. Il conviendrait en effet de créer un mécanisme de suivi en ce qui concerne à la fois le contenu et le poids de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Un protocole facultatif, élaboré conjointement par les États, pourrait constituer un mécanisme de ce type. Concernant notamment le droit à l'autodétermination, le droit aux terres, aux territoires et aux ressources et le droit à un consentement préalable, libre et éclairé, il faut absolument vérifier et renforcer le contenu et l'importance effective de ces droits. La nécessité impérieuse d'un tel mécanisme est principalement illustrée par les conclusions du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones – lequel nous a alertés, après avoir étudié la situation pendant plus de cinq ans : il a en effet affirmé que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones souffrait d'un certain nombre d'ambiguïtés et de prises de position quant au statut et à la teneur de ce texte (cf. [A/68/317](#), par. 87). Le Rapporteur spécial souligne en particulier que le fait que certains insistent constamment sur le « caractère non contraignant » de la Déclaration ou la considèrent simplement comme une sorte d'« idéal » équivaut à accorder à ce texte un « statut inférieur » et à « relativiser l'importance du respect de ses dispositions » (ibid., par. 60).

Que sont les « Déclarations » ?

27. Les « déclarations » sont adoptées dans le cadre d'une résolution de l'Assemblée générale, conformément à l'article 13 de la Charte des Nations Unies, qui habilite l'Assemblée à formuler des recommandations au sujet du « développement progressif du droit international » et de sa codification et en vue de « faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁷. Les déclarations peuvent être considérées en regard des traités – lesquels sont « contraignants » pour tous les États les ayant ratifiés et intégrés à leur législation nationale. En ce qui concerne les « Déclarations », le cœur du problème est la distinction établie habituellement entre un texte « contraignant » et un texte prétendument « non contraignant ». Ceux qui insistent sur le caractère non contraignant d'une « Déclaration » semblent laisser entendre que ce type d'instrument n'a pas force de loi; or, c'est totalement faux. D'après le Rapporteur spécial, le fait d'affirmer

⁷ Pour les besoins de la présente étude, nous nous concentrons sur les déclarations adoptées par l'Assemblée générale. Mais il faut noter que ce n'est pas le cas de toutes les déclarations – nous pensons, par exemple, à celles adoptées par l'Organisation internationale du travail (OIT).

qu'une Déclaration est non contraignante ne correspond que partiellement à la réalité et peut être trompeur quant au poids normatif réel de ce type de texte. En réalité, et depuis relativement longtemps, il est généralement reconnu que les résolutions normatives de l'Assemblée générale peuvent avoir – et ont, généralement – des incidences juridiques, en particulier s'il s'agit de « déclarations », dénomination habituellement réservée aux résolutions normatives particulièrement importantes (ibid., par. 61).

28. En ce qui concerne les « déclarations » de l'Assemblée générale, même si elles ne sont pas *stricto sensu* « juridiquement contraignantes », contrairement aux traités, elles renvoient à des obligations juridiques liées à la Charte des Nations Unies, à d'autres engagements liés à des traités, ou encore au droit international coutumier. Une « Déclaration » de l'Assemblée générale est liée à l'obligation générale faite aux États par la Charte des Nations Unies de respecter et de promouvoir les droits de l'homme, et profondément ancrée dans les principes de défense des droits de l'homme, tels que la non-discrimination, l'autodétermination et l'intégrité culturelle – principes intégrés aux traités de protection des droits de l'homme, ratifiés par un grand nombre de pays, comme cela est illustré par les travaux des organes conventionnels des Nations Unies. En outre, les principes fondamentaux de ces « Déclarations » sont généralement respectés dans le cadre des pratiques internationales et nationales; par conséquent, on peut dire que, dans cette mesure, les « Déclarations » reflètent le droit international coutumier.

29. À propos du droit international coutumier, Emmanuel Voyiakis déclare que les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies peuvent inspirer de nouvelles pratiques internationales coutumières et, fréquemment, contribuer à affiner les pratiques coutumières existantes⁸ – un bon exemple, à ce sujet, étant la Déclaration universelle des droits de l'homme.

30. En dépit de son caractère non contraignant et du fait qu'elle n'ait pas le statut de « traité », une Déclaration reste un document élaboré au terme d'un consensus et approuvé par la majorité des États Membres et de l'Organisation des Nations Unies, puis, finalement, par la totalité des États Membres dans la mesure où les « Déclarations » recouvrent de nombreux principes de respect des droits de l'homme déjà protégés par le droit international coutumier et le droit conventionnel et où, dans le cas des droits des peuples autochtones, les déclarations en question fixent les normes minimales des relations entre les États parties et ces peuples⁹. Sur la base d'un tel consensus et de la nature exécutoire des instruments en question, les États Membres ont, aux termes de la Charte des Nations Unies, et plus particulièrement des paragraphes (2) et (3) de l'article premier et des articles 55 et 56, l'obligation de respecter et de promouvoir les droits de ces peuples.

⁸ Emmanuel Voyiakis, « Voting in the General Assembly as evidence of customary international law? », in *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Stephen Allen and Alexandra Xanthaki, eds. (Hart Publishing, 2011).

⁹ Law Council of Australia, Background Paper, « Policy statement on indigenous Australians and the legal profession », February 2010 (Document d'information du Conseil juridique d'Australie, intitulé « Les juristes et la déclaration de politique sur les populations australiennes autochtones », février 2010).

Droit international coutumier

31. Le Comité de l'Association de droit international sur l'application des droits des peuples autochtones (anciennement intitulé « Comité des droits des peuples autochtones ») et le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones considèrent que certaines composantes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones font partie intégrante du droit international coutumier : les droits des peuples autochtones qui recoupent les dispositions du droit international coutumier sont notamment le droit à l'autodétermination, le droit à l'autonomie ou à l'autogouvernance, les droits culturels et identitaires, ou encore les droits fonciers, les droits d'indemnisation et de réparation et l'accès aux voies de recours existantes¹⁰. Lorie Graham et Siegfried Wiessner apportent l'explication suivante :

« [Une Déclaration] est une réponse de la communauté internationale – solennelle, globale et faisant autorité – aux revendications des peuples autochtones; les dispositions ainsi formulées par les États doivent être respectées dans toute la mesure du possible. Certains droits définis par telle ou telle déclaration peuvent déjà être inscrits dans le droit international coutumier; d'autres pourront y être inscrits ultérieurement et faire partie intégrante de ce droit international (*fons et origo*, selon l'expression latine utilisée en droit, et signifiant *de source et d'origine*). Les études approfondies des pratiques des États et de l'*opinio juris* (c'est-à-dire le droit coutumier) sont parvenues à la conclusion que les peuples autochtones ont le droit de cultiver et de développer leur identité culturelle, leur spiritualité, leur langue et leur mode de vie traditionnel; ces peuples ont également droit à l'autodétermination sur les plans politique, économique et social – ce qui recouvre l'acquisition d'une très large autonomie – et à la propriété des terres qui ont toujours été les leurs, ou qu'ils ont occupées et exploitées »¹¹.

32. Certains aspects du droit international coutumier peuvent devenir des composantes du droit international lorsqu'un nombre d'États relativement important s'accordent sur une norme, son contenu et le respect dont elle doit faire l'objet. Pour entrer dans les critères du droit international coutumier tels qu'ils ont été définis par la Cour internationale de Justice, il faut disposer d'éléments tendant à prouver l'existence de pratiques assez générales des États, outre l'*opinio juris* (c'est-à-dire les coutumes) – les États considérant que les pratiques en question doivent être appuyées par la loi¹². Lorsque telle ou telle pratique d'un État a été établie en tant qu'action coutumière et un avis définitivement formulé à ce sujet, la coutume en question peut s'élever au rang de loi contraignante au niveau du droit international.

¹⁰ International Law Association, Committee on the Rights of Indigenous Peoples, The Hague Conference (2010) : Rights of Indigenous Peoples, Interim Report (Association de droit international, Comité des droits des peuples autochtones, Conférence de La Haye (2010) : Les droits des peuples autochtones, Rapport d'activité – document disponible à l'adresse suivante : www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024.

¹¹ Lorie M. Graham et Siegfried Wiessner: "Indigenous sovereignty, culture and international human rights law", *South Atlantic Quarterly*, vol. 110, n° 2 (Spring 2009) ("Souveraineté, culture et droits des peuples autochtones" – article publié dans la Revue trimestrielle *South Atlantic Quarterly* – printemps 2009).

¹² *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969 (Arrêt de la Cour internationale de Justice au sujet du Plateau continental de la mer du Nord – 1969).

D'après le Rapporteur spécial, si, de l'avis général, un tel processus est considéré comme difficile¹³, il est quasiment incontestable que les dispositions fondamentales de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – ou, tout au moins, certaines d'entre elles – correspondent à cette réalité du fait qu'elles reposent sur des principes établis de longue date en matière de droits de l'homme, et, dès lors, peuvent parfaitement s'intégrer au droit international coutumier (cf. A/68/317, par. 64). Ce point de vue est soutenu par l'Association de droit international, qui a déclaré que, même si la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ne peut être globalement considérée comme une partie intégrante du droit international coutumier, on peut raisonnablement considérer que certaines de ses dispositions fondamentales correspondent aux principes établis du droit international général – ce qui revient à dire que cette Déclaration définit des obligations de même ordre, que les États sont contraints de respecter¹⁴.

33. En outre, dans ce même rapport, l'Association de droit international parvient à la conclusion que les pratiques judiciaires et extrajudiciaires très claires des organes conventionnels, ainsi que les pratiques pertinentes des États aux niveaux national et international, montrent sans ambiguïté que la communauté internationale pratique un *opinio juris* (droit coutumier) et des *consuetudos* (un ensemble d'usages), qui font qu'à l'heure actuelle, certaines prérogatives majeures en matière de sauvegarde de l'identité et des droits fondamentaux des peuples autochtones sont inscrites dans le droit international coutumier¹⁴.

Normes impératives du droit international

34. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est également conforme au *jus cogens* – c'est-à-dire aux normes impératives du droit international. Les normes impératives sont des normes universelles qui ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation – y compris sur la base d'une disposition contraire de tel ou tel traité. Parmi ces normes impératives figurent l'interdiction de tout génocide, ou encore l'ensemble des dispositions internationales interdisant toute discrimination raciale. Nombreux sont ceux qui classent également le droit à l'autodétermination dans la liste des normes impératives.

Terres, territoires et ressources

35. Toujours en matière de droit international coutumier, l'un des domaines qui, selon les commentateurs et les juristes, doit constituer en soi une composante de ce droit international est celui des terres, des territoires et des ressources. D'après l'Association de droit international, les États traitent désormais de la question des droits fonciers des peuples autochtones à la fois aux niveaux législatif (y compris constitutionnel) et juridictionnel¹⁴. Depuis l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, les Professeurs Anaya et Wiessner ont défendu – à partir d'une étude globale des pratiques des États en matière de droits

¹³ Megan Davis. "To bind or not to bind : the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples five years on", Australian International Law Journal, vol. 19 (2012). (Megan Davis: "Contraignante ou non : la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones cinq ans après" dans la Revue juridique internationale d'Australie - vol. 9, 2012).

¹⁴ International Law Association, Interim Report (Association de droit international, Rapport d'activité).

fonciers des peuples autochtones – le principe d’un corps distinct de droit coutumier traitant du droit des peuples autochtones à la démarcation, à la propriété, au développement, à la maîtrise et à l’exploitation des terres qui leur ont traditionnellement appartenu, ou qu’ils ont toujours occupées et utilisées¹⁵. Cette norme a été réaffirmée par la Cour interaméricaine des droits de l’homme dans l’affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*. Dans le cadre du dossier présenté devant la Cour interaméricaine des droits de l’homme, la Commission interaméricaine des droits de l’homme affirmait qu’il existait, en droit international coutumier, une norme en faveur des droits des peuples autochtones à la propriété de leurs terres traditionnelles. Le Nicaragua ne s’est pas opposé à cette thèse, et, dès lors, approuvait l’idée selon laquelle les droits fonciers des peuples autochtones étaient protégés par le droit international coutumier¹⁶.

36. En outre, l’Association de droit international a identifié une jurisprudence émanant des organes conventionnels des Nations Unies en matière de terres, de territoires et de ressources - émanant notamment du Comité des droits de l’homme, qui a souligné que, dans le cadre des obligations des États parties au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les États devaient effectivement restituer aux peuples autochtones leurs terres ancestrales (cf. *A/HRC/4/77*, par. 8)¹⁴; de même, le Comité pour l’élimination de la discrimination raciale a, dans sa recommandation générale n° 23, proclamé l’obligation, pour les États parties à la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de reconnaître et de protéger les droits des peuples autochtones de posséder, de développer, de maîtriser et d’exploiter leurs terres, territoires et ressources communaux, et, lorsque ces peuples ont été privés, sans leur consentement libre et éclairé, des terres et territoires qui étaient traditionnellement les leurs ou qu’ils avaient toujours habités ou utilisés, de prendre des mesures pour la restitution des terres et territoires concernés (par. 5).

37. Sur ce point précis, le rapport de l’Association de droit international indique que, récemment, un nombre d’États assez important ont adopté des politiques de réparation, visant à indemniser les peuples autochtones pour les terres dont ils ont été privés¹⁰. L’Association de droit international indique que cette procédure a été pratiquée par l’Afrique du Sud, l’Argentine, l’Australie, le Bangladesh, Belize, l’État plurinational de Bolivie, le Brésil, le Cambodge, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l’Équateur, les États-Unis d’Amérique, l’Inde, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Nicaragua, la Norvège, le Paraguay, le Pérou, les Philippines, la République démocratique populaire lao, le République bolivarienne du Venezuela, Taïwan, province de Chine, et l’Union européenne¹⁰.

¹⁵ S. James Anaya et Siegfried Wiessner: “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: towards re-empowerment”, *JURIST*, 3 October 2007) (« La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones: vers une nouvelle autonomisation », *JURIST*, 3 octobre 2007), texte disponible à l’adresse suivante : <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>.

¹⁶ HR1/GEN/1/Rev.7, General Recommendation XXIII (1997), The Rights of Indigenous Peoples, para. 5 (Recommandation générale XXIII (1997), par. 5: “Les droits des peuples autochtones”).

IV. Élaboration d'un protocole facultatif se rapportant à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en matière de terres, de territoires et de ressources

38. En matière de terres, de territoires et de ressources, on constate encore des litiges longs et coûteux entre les États, des tierces parties et des peuples autochtones. Cependant, l'Instance permanente sur les questions autochtones a déjà souligné le rôle que la Déclaration des Nations Unies pouvait jouer pour repenser ces différends entre États et peuples autochtones. En cas d'échec des négociations avec l'État concerné, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones peut être un élément important pour prendre une décision dans les litiges se rapportant à ces droits et face aux plaintes soumises aux organes conventionnels des droits de l'homme. La Déclaration des Nations Unies peut également permettre d'inverser la charge de la preuve, de sorte que celle-ci ne pèse plus systématiquement sur les peuples autochtones et soit plutôt demandée aux États. Certains participants ont cité des cas effectifs d'utilisation de la Déclaration des Nations Unies pour établir un dialogue entre les peuples autochtones et les États concernés.

39. Le rôle que la Déclaration des Nations Unies peut jouer dans ce dialogue justifie d'autant plus la dynamique dans le sens de l'élaboration d'un protocole facultatif ou volontaire. Par conséquent, il importe d'examiner très sérieusement les éléments du consensus dans cette direction. Nous considérons qu'un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies devrait être : a) volontaire; b) limité aux dispositions de la Déclaration relatives aux terres, aux territoires et aux ressources; c) négocié dans le cadre d'un dialogue approfondi entre les peuples autochtones et les États-nations; d) négocié sur la base d'un « accord de principe ». En outre, le comité ou autre mécanisme qui accompagnerait le protocole facultatif devrait être composé d'experts indépendants en matière de droits de l'homme.

A. Caractère volontaire du protocole facultatif

40. Pour qu'un mécanisme tel qu'un protocole facultatif soit efficace et conduise à des solutions satisfaisantes et durables, il doit se déployer progressivement. Par conséquent, nous proposons qu'en ce qui concerne la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ce mécanisme soit facultatif ou volontaire, et non contraignant pour les États. L'élaboration d'un tel dispositif devrait se faire dans la coopération et le partenariat – ce qui est l'esprit même de la Déclaration des Nations Unies. Le mécanisme en question serait un instrument ou processus informel et volontaire en vue de résoudre des différends – dans un esprit de coopération, qui permettrait un règlement acceptable pour toutes les parties. Ce règlement devrait permettre finalement l'application des normes de la Déclaration des Nations Unies et de renforcer encore la protection et la promotion des droits des peuples autochtones. Une telle approche permettrait aux parties prenantes une plus grande maîtrise des résultats, et, selon toute probabilité, des solutions positives et durables. Toutefois, ce type de mécanisme volontaire ne doit pas servir d'échappatoire – aux États concernés – pour éviter le suivi et le contrôle d'organes de protection des droits de l'homme existants (au niveau international ou régional),

ou encore de tribunaux nationaux; un protocole facultatif doit être plutôt, pour les États, un moyen d'action en toute bonne foi, d'engagement à un niveau supérieur et d'établissement de normes également supérieures – sur la base d'une résolution acceptable par les deux parties.

41. Pour ce mécanisme volontaire, il sera utile d'envisager une procédure à la fois de communication et d'enquête. Le volet « enquête » permettrait un processus plus dynamique et plus vigilant, pour aboutir, finalement, à un dialogue et des négociations entre les parties concernées – plutôt qu'à des sanctions. Lorsqu'un État aura « volontairement » adhéré à un tel mécanisme, l'objectif sera nécessairement le dialogue et la négociation.

B. Mesures liées exclusivement aux dispositions de la Déclaration concernant les terres, les territoires et les ressources

42. Au départ, il serait préférable de limiter les premières mesures volontaires aux questions de terres, de territoires et de ressources, car ce sont là, semble-t-il, les problèmes les plus difficiles à résoudre pour les États, les peuples autochtones et les tierces parties. La multiplication des litiges et des jurisprudences sur ces sujets, à l'échelon international, au cours de la dernière décennie, montre bien l'importance de ce volet¹⁷. Les rapports du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones – documents qui illustrent la lutte des peuples autochtones, sur l'ensemble de la planète, concernant leurs terres, leurs territoires et leurs ressources, montrent également, de manière tout à fait évidente et éclairée, qu'il faut mettre en place, de toute urgence, un mécanisme qui puisse favoriser le dialogue et la négociation entre les parties prenantes. Un comité ou tout autre type de dispositif pourrait suivre la situation et fournir un avis expert sur les principes établis et l'évolution des normes, dans ces domaines. Par exemple, on accorde beaucoup d'attention, à l'heure actuelle, à la question d'un consentement préalable, libre et éclairé – c'est notamment le cas dans le secteur des entreprises. L'organe ainsi mis en place pourrait s'inspirer du document « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » (A/HRC/17/31, Annexe), approuvé par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 17/4. Le choix des États, des peuples autochtones et des tierces parties d'analyser la teneur et l'importance d'un consentement préalable, libre et éclairé pourrait conférer une certaine cohérence au processus – sur la base des travaux très conséquents du Rapporteur spécial sur la définition des composantes procédurales présidant à un tel consentement

¹⁷ International Law Association, Interim Report; International Law Association, Committee on Rights of Indigenous Peoples, Sofia Conference (2012), Final Report (Association de droit international, Rapport d'activité; Association de droit international, Comité des droits des peuples autochtones, Conférence de Sofia (2012), Rapport final) – textes disponibles sur le site suivant : www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024. Ces deux rapports soulignent et examinent la multiplication des litiges et des jurisprudences notamment en ce qui concerne les droits fonciers des peuples autochtones. Voir, par exemple, l'Affaire dite “*Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*” (Merits and Reparations/Jugement sur le fond et réparation), Cour interaméricaine des droits de l'homme, Ser. C, No. 245, 27 juin 2012; voir également l'affaire “*Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*” (Merits/Jugement sur le fond), African Commission on Human and People's Rights/Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 276/2003, 25 novembre 2009.

(essentiellement un ensemble de concertations avec tous les acteurs concernés) et le refus de tout litige coûteux.

43. Il faut savoir qu'en matière de consentement préalable, libre et éclairé, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones s'est explicitement fondée sur les principes du « Pacte mondial » (« Global Compact ») et les conclusions du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. De plus, les rapporteurs spéciaux et les experts indépendants continuent à étudier cette question du consentement préalable, libre et éclairé dans le contexte de la Déclaration des Nations Unies, des organes conventionnels des droits de l'homme des Nations Unies, des instruments régionaux de protection des droits de l'homme, de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones. Par conséquent, un protocole facultatif et un comité ou tout autre mécanisme associé à la Déclaration des Nations Unies pourrait ainsi trouver son inspiration dans les principes directeurs de protection et de promotion des droits des peuples autochtones. La mise en place d'un protocole facultatif concernant les terres, les territoires et les ressources tels que définis dans les dispositions de la Déclaration pourra être considérée comme une première étape, précédant l'extension des mesures à l'ensemble de la Déclaration, sur la base d'une conception interconnectée, interdépendante et indivisible des droits de l'homme – afin de garantir une application appropriée des premières dispositions importantes à l'ensemble de la Déclaration, du droit international relatif aux droits de l'homme et de la législation nationale concernée.

C. Mesures négociées dans le cadre d'un dialogue approfondi entre les peuples autochtones et les États

44. La négociation sur le protocole facultatif doit se faire par un dialogue important entre les peuples autochtones et les États. Il pourra s'agir d'une série de réunions d'experts – qui feront office de groupes de travail sur les droits de l'homme; ces réunions pourront également être coordonnées par le « Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones », le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones et l'Instance permanente. Le dialogue et la négociation entre les deux parties sont essentiels pour garantir la légitimité du protocole facultatif. L'un des éléments importants de ce processus est la participation des peuples autochtones, qui vont exercer ainsi leur droit à l'autodétermination; et c'est ce processus même qui, au final, constituera le consentement préalable, libre et éclairé des populations concernées. De plus, les peuples autochtones et les États prendront l'action du mécanisme en question d'autant plus au sérieux qu'ils y auront participé à égalité – comme cela a été le cas pour la Déclaration.

D. Mesures négociées sur la base d'un « accord de principe »

45. Enfin, l'élément le plus constructif serait un « accord de principe » renforçant les droits des peuples autochtones et portant sur les principes fondamentaux du dialogue et de la négociation sur le protocole facultatif à la Déclaration. De cette manière, toutes les parties prenantes auront la même compréhension – claire et précise – des règles de base présidant à la conception de ce mécanisme

indispensable. Un tel accord de principe équivaudrait à la reconnaissance de la Déclaration et de son importance sur le plan normatif, des principes d'égalité et de non-discrimination, et du plein exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination – par leur participation directe aux négociations; il s'agira de reconnaître également que le protocole facultatif vise à la promotion et à la protection des droits des peuples autochtones, et que toutes les parties ont l'obligation d'agir en toute bonne foi; il faudra enfin accepter l'interdépendance des normes inscrites dans la Déclaration, s'accorder sur un calendrier en vue d'achever la discussion, le dialogue ou la négociation sur le protocole facultatif et sur un soutien financier garantissant la participation directe des peuples autochtones à l'ensemble des discussions.

E. Le Comité ou tout autre dispositif composé d'experts indépendants en matière de droits de l'homme

46. Le Comité ou tout autre dispositif mis en place devra être composé d'un ensemble d'experts du droit international des droits de l'homme, et, en outre, spécialisés dans le contexte culturel des peuples autochtones et/ou expérimentés dans ces réalités. Les membres du Comité ou du mécanisme en question devront avoir fait preuve de leur expertise dans les domaines couverts par la Déclaration. Ils pourront être invités ou nommés, avec le concours des peuples autochtones et de l'État concernés, puis chargés d'examiner telle ou telle situation précise – sur la base d'une procédure de communication ou d'enquête. Chaque membre du Comité ou du dispositif en question devra être prêt à être envoyé dans tel ou tel pays concerné – le cas échéant. Cette approche suppose une certaine souplesse, une certaine intégrité et des compétences juridiques de haut niveau sur le plan international. Nous souhaiterions enfin dire notre conviction qu'en tant que bénéficiaires des droits inscrits dans la Déclaration, les peuples autochtones devraient jouer un rôle important, avec les États, dans ce processus de sélection des experts – dans l'esprit de coopération qui a également présidé à l'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹⁸.

¹⁸ La rédaction de la Déclaration a constitué en effet un précédent, dans la mesure où, en l'occurrence, les peuples autochtones ont modifié les règles des Nations Unies en insistant sur leur volonté de participer directement au processus normatif – et en y parvenant –, y compris, lors de certaines étapes, la désignation de coprésidents autochtones pour les sessions les plus importantes des groupes élaborant le projet de Déclaration. Cette dynamique, soutenue par les États membres, a fait des peuples autochtones les ultimes bénéficiaires de la Déclaration. En outre, en ce qui concerne les droits des peuples autochtones aux terres, aux territoires et aux ressources, les injustices historiques, la dépossession de leurs biens et le déni de leurs droits fonciers, la charge de réparation incombe très clairement aux États. Voir, pour une description générale de cette situation, l'article de K. McNeil, "The onus of proof of aboriginal title" (La charge de la preuve en matière de titres de propriété des autochtones) dans la revue *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, n° 4 (Hiver 1999); dans cet article, l'auteur affirme que les peuples autochtones devraient pouvoir s'appuyer sur leurs biens présents ou passés pour revendiquer un titre de propriété en tant qu'autochtones, et déplacer ainsi la charge de la preuve du côté de la Couronne britannique (qui doit ainsi apporter la preuve de ses titres de propriété).

V. Conclusions et recommandations

47. La présente étude répond à une recommandation formulée à la onzième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones et concernant l'élaboration d'un protocole facultatif à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, avec, pour axe particulier, la mise en place d'un mécanisme volontaire en tant qu'organe de dépôt de plaintes au niveau international (notamment en ce qui concerne les revendications des peuples autochtones en matière de droits aux terres, aux territoires et aux ressources dans le cadre national, et les violations de ces droits). La recommandation en question a été formulée au terme de nombreuses années de débat sur la nécessité d'un mécanisme facultatif ou volontaire permettant de contrôler l'application de la Déclaration. La présente étude s'est fait l'écho des préoccupations des Nations Unies au sujet de l'absence d'initiatives nationales, politiques et juridiques globales visant au respect des normes minimales établies dans le cadre de la Déclaration. Par exemple, dans son rapport annuel à l'Assemblée générale (A/68/317), le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones se disait profondément préoccupé par l'action « affaiblissante » des États qui sous-estimaient ou minimisaient l'importance et la portée de la Déclaration.

48. Pour mettre en place un mécanisme volontaire ou facultatif qui permettrait de déposer des plaintes et de négocier sur la base d'un partenariat – à l'instar du processus d'élaboration de la Déclaration –, il convient de garantir les éléments suivants :

- Le mécanisme devrait être volontaire et conforme à la demande des États et des peuples autochtones concernés (y compris les tierces parties).
- Le mécanisme devrait se limiter aux dispositions de la Déclaration et aux questions conflictuelles ou aux différends concernant spécifiquement les terres, les territoires et les ressources.
- La mise en place d'un tel mécanisme devrait se négocier par un dialogue approfondi entre les peuples autochtones et les États, sur des bases approuvées par les deux parties.
- Le Comité ou mécanisme mis en place dans le cadre du protocole facultatif devrait être composé d'éminents juristes internationaux ayant une expérience importante du droit international et des droits des peuples autochtones – y compris les dispositions de la Déclaration des Nations Unies; ces experts devraient être choisis conjointement par les peuples autochtones et les États. Les membres du mécanisme en question ne seront pas rémunérés (hormis la couverture de leurs frais); ils devraient être facilement accessibles et prêts à être envoyés en mission sur le terrain.