

Essai de comparaison entre la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux 169 de l'OIT

«La façon dont les dispositions de la Convention et la Déclaration ont été élaborées est le fruit des circonstances particulières de leur genèse. Ces deux instruments sont des points de repère importants pour la reconnaissance et la protection des droits des peuples autochtones au niveau international»¹.

La comparaison ici effectuée entre la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DDPA)² et la Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l'Organisation internationale du travail (C169)³ vise à établir quels intérêts présente chacun des textes en eux-mêmes. Aussi leurs applications respectives par les États ne seront pas examinées, alors même que l'analyse de celles-ci apparaît essentielle pour comprendre l'opportunité de promouvoir un texte par rapport à un autre dans un État déterminé. Notons en ce sens qu'il est essentiel de toujours garder à l'esprit la liste des États ayant signé la Déclaration et/ou ratifié la Convention pour comprendre la teneur de la protection offerte aux peuples autochtones dans le pays considéré.

Les deux textes présentent des similitudes quant à leur contenu, se complètent à travers ce qui les distingue. La Convention n'était donc pas suffisante, l'adoption de la DDPA apparaissant ainsi nécessaire (I.). Elle renforce les droits des peuples autochtones, complétant ainsi la protection apportée par la C169 (II.). Cette complémentarité reste cependant encore insuffisante à une protection optimale des droits des peuples autochtones au niveau international (III.).

I. Propos introductifs : la nécessaire adoption de la DDPA

Le document d'information de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) relatif à la DDPA offre une vision d'ensemble des circonstances de l'adoption de la Déclaration et de l'importance de celle-ci (1.). L'analyse du ton général employé par les rédacteurs de la Déclaration par rapport à celui de la Convention permet également de mesurer l'intérêt de la Déclaration comme étape de la marche des peuples autochtones vers l'autodétermination (2.).

1. Le document d'information de l'Assemblée Générale des Nations Unies

Pour comprendre l'esprit de la Déclaration, le Document d'information de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 septembre 2007⁴ est un outil particulièrement intéressant. Une définition de la Déclaration introduit le texte. Celle-ci est le : *« le premier instrument universel à*

¹ OIT, «Normes de l'OIT et déclaration des droits des peuples autochtones de l'ONU - Note d'information à l'intention du personnel de l'OIT et de ses partenaires», 7 janvier 2007, à l'adresse : http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100793/lang--fr/index.htm.

² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés AG 61/295, Doc off AG NU, 71^e sess, supp n°1, Doc NU A/RES/61/295 (2007) 3.

³ C169, Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 76^e sess., (1989), Bulletin officiel, Bureau international du travail, vol. LXXII (1989), Série A, n°2,

⁴ AG/10612, <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/AG10612.doc.htm>

affirmer le droit de ces peuples à jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ne faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur leur origine ou leur identité autochtones ». Les droits reconnus aux peuples autochtones sont donc inscrits dans le cadre plus général des droits de l'Homme, ce qui soustrait la définition et la protection des droits spécifiques aux peuples autochtones de la compétence exclusive de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent.

Le document d'information précise ensuite que : «Au-delà de la reconnaissance des droits culturels des peuples autochtones, la Déclaration affirme plus particulièrement leur droit à l'autodétermination». L'affirmation explicite de ce droit est caractéristique de la place significative acquise par les peuples autochtones sur la scène internationale depuis l'adoption de la C 169.

Dans la même dynamique, le document d'information souligne l'« importance particulière» accordée par la Déclaration aux droits des peuples sur les terres et ressources naturelles. Après un bref rappel historique des relations entre les peuples autochtones et les Nations Unies, est précisé que : « l'adoption de cette Déclaration ne visait pas à faire des peuples autochtones des victimes, mais au contraire à reconnaître leur précieuse contribution», ce qui est un élément illustrant également la reconnaissance des peuples autochtones comme acteur de leur évolution, marquant ainsi une différence d'approche par rapport à la Convention 169, celle-ci s'inscrivant davantage dans la volonté de lutter contre les discriminations subies par les peuples autochtones que dans la consécration de droits spécifiques à l'ensemble des peuples autochtones⁵.

L'importance historique de la Déclaration et l'attente que ce texte suscite dans l'amélioration des conditions d'existence des peuples autochtones transparaît dans les deux paragraphes suivants :

Lors d'une séance informelle qui a suivi l'adoption de la Déclaration, Victoria Tauli-Corpuz, Présidente de l'Instance permanente sur les questions autochtones a déclaré que « ce jour restera dans nos mémoires comme celui qui a vu se produire un progrès spectaculaire dans la longue lutte que nos peuples mènent pour la reconnaissance des droits spécifiques qui leur reviennent en tant que peuples et cultures distincts ». Tout en indiquant qu'elle respectait les interprétations que font certaines délégations du texte de la Déclaration, elle a dit que les peuples autochtones sont convaincus que sa signification et ses implications ne devraient, en aucune façon, être minimisées. Ceux qui tenteraient de le faire commettraient un acte de discrimination. « Pour nous, la Déclaration ne peut être bien comprise que si on la lit entièrement à la lumière des normes du droit international actuel », a dit Mme Tauli-Corpuz. Elle a ajouté que l'engagement de la communauté internationale et des États à protéger, respecter et appliquer les droits de l'homme, individuels et collectifs, des autochtones, serait jugé à la manière dont ils mettraient en œuvre les dispositions de la Déclaration. « Nous lançons un appel aux gouvernements, au système de l'ONU, aux peuples autochtones et à la société civile pour qu'ils se montrent à la hauteur de la tâche historique qui nous attend et fassent de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones un document vivant pour l'avenir de l'humanité », a-t-elle déclaré.

⁵ Le préambule de la Convention s'appuie sur les textes de droit international des droits de l'Homme comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, constate l'inégalité dans la jouissance des droits de l'Homme entre les peuples autochtones et le reste de la population et souligne la volonté de ne plus s'inscrire dans les traditions antérieures d'assimilation. Aucune nécessité de consacrer des droits spécifiques aux peuples autochtones n'est soulignée, seule est relevée l'aspiration des peuples autochtones d'« avoir le contrôle de leurs institutions, de leurs modes de vie et de leur développement économique propres et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent ».

Au cours du même débat informel, Lez Malezer, Président du Caucus mondial des peuples autochtones, a dit qu'avec l'adoption de la Déclaration, l'ONU et les peuples autochtones avaient trouvé un terrain d'entente. Le texte n'est à la fois ni l'expression de la seule volonté des Nations Unies ni le reflet du point de vue exclusif des autochtones. C'est le fruit d'un respect mutuel. Il contient des **dispositions nouvelles en termes de droits de l'homme**, et il est basé sur des droits approuvés depuis très longtemps par les Nations Unies, mais dont les peuples autochtones avaient, au fil des années, été privés, a dit M. Malezer. La Déclaration, a-t-il estimé, est un cadre offert aux États pour qu'ils puissent mieux protéger et promouvoir les droits des peuples autochtones sans exclusion et sans discrimination».

Au delà de l'analyse du document d'information, d'autres textes permettent de renouveler les points soulevés par celui-ci et d'illustrer la place singulière de la Déclaration dans le corpus juridique international applicable aux peuples autochtones.

Tout d'abord, le texte de la Déclaration est l'expression d'une collaboration entre Nations Unies et peuples autochtones. Il apparaissait essentiel que les peuples autochtones participent pleinement à l'élaboration du texte dont le but est d'affirmer les droits dont ils sont titulaires. En ce sens, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est unique. Le 29 juin 2007, le Conseil des Droits de l'Homme adopte en effet le texte de la Déclaration après 22 ans de négociations entre les Nations Unies et les peuples autochtones⁶.

Ensuite, la déclaration est essentiel(le) en ce qu'elle affirme de manière renouvelée des droits de l'homme, offrant ainsi aux peuples autochtones une protection nouvelle, plus forte (nous soulignerons ensuite les risques d'une application inefficace en raison de la nature même du texte choisi, nature qui présente cependant certains avantages).

Le «renouveau» est souligné par plusieurs. Prenons par exemples différentes déclarations de représentants de peuples autochtones :

Pour Jumanda Gakelebone, représentant bushman de l'organisation First People of the Kalahari : « Nous souhaitons exprimer notre immense joie devant cette heureuse nouvelle. Les gouvernements ne pourront plus nous traiter comme des citoyens de seconde zone, ils ne pourront plus expulser les peuples indigènes comme nous l'avons été ». Et pour Kiplangat Cheruiyot, porte-parole des Ogiek du Kenya : « Avec l'adoption de la Déclaration, la vie des peuples indigènes a désormais autant de valeur que celle des autres citoyens du monde ».

Stephen Corry, directeur de Survival International, a déclaré à l'annonce du résultat du vote : « En reconnaissant les droits collectifs, la Déclaration des droits des peuples indigènes va instaurer des standards (normes) internationaux(lles) tout comme l'a fait, il y a 60 ans, la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle va devenir l'instrument de référence qui permettra d'évaluer l'attitude des États envers les peuples indigènes et nous avons bon espoir que ce vote inaugure une nouvelle ère où la violation des droits des peuples indigènes ne sera plus tolérée ».

(...)

« elle représente un instrument dynamique dans le cadre des relations internationales pour aider à protéger les indigènes contre la discrimination et la marginalisation ».

Ban Ki-Moon a déclaré que l'adoption de la déclaration est : « un triomphe de toutes

⁶ Les négociations se sont intensifiées entre 1995 et 2005 au sein de la Commission des droits de l'homme (parfois deux sessions par an et un nombre conséquent de sessions informelles, voir :

http://www.docip.org/gsd/collect/upd_en/index/assoc/HASH0113.dir/Upd99-100eng.pdf).

les communautés indigènes du monde », et également qu'il : « s'agit d'un moment historique, en ce que les États membres des Nations unies et les peuples indigènes se sont réconciliés avec leurs histoires douloureuses, et qu'ils ont démontré leur disposition à avancer à l'unisson sur le chemin des droits de l'homme, de la justice et du développement pour tous. »

(...)

Le président bolivien Evo Morales a ainsi déclaré : « C'est un grand pas pour la lutte en faveur des peuples indigènes. Le droit qu'ils ont toujours eu, mais qui leur a toujours été nié, sera exercé pleinement. » Et Aucan Wilcaman, dirigeant mapuche chilien, a estimé que : « le droit international a fait un pas important dans la reconnaissance des droits collectifs »⁷.

Au delà du contenu même du texte, la symbolique de la Déclaration à travers l'historique de son adoption n'est pas à négliger.

Pour les peuples autochtones et les États, la déclaration pourrait permettre d'établir un nouveau contrat social basé sur la reconnaissance et le respect mutuels. Comparer vues et intérêts des différentes populations autochtones permet d'établir un dialogue global, auquel se confrontent les spécificités des histoires des peuples et des États, des spéculations identitaires pour des enjeux économiques et de pouvoir, ou des niveaux de richesse des différentes populations du monde⁸.

«Quand elle sera adoptée, elle constituera sans doute le texte le plus complet jamais élaboré exposant les droits des peuples autochtones : le projet de Déclaration établit des droits collectifs à un degré sans précédent dans la législation internationale relative aux droits de l'homme».

«L'une des plus importantes initiatives prises par les Nations Unies en faveur des peuples autochtones est l'élaboration d'une Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones¹. L'adoption de cet instrument sera le signe le plus clair jusqu'à présent de la volonté de la communauté internationale de protéger les droits individuels et collectifs des peuples autochtones»⁹.

Ensuite, il paraît opportun de souligner le fait que la Déclaration n'est pas un texte isolé, mais s'insère dans le corpus du droit international. Aussi les dispositions qu'elle contient pourraient être interprétées à la lumière des autres textes internationaux, d'autant plus que le préambule de la Déclaration, relayé par le document d'information réaffirme que les peuples autochtones jouissent de l'ensemble des droits de l'Homme. Si cette affirmation est évidente, puisque les droits de l'Homme et les libertés fondamentales sont universels, l'inscription de cette affirmation dans la Déclaration permet de souligner l'histoire singulière des peuples autochtones qui se caractérise par la discrimination dont ils ont fait l'objet. Ensuite, comme il a déjà été relevé dans le document d'information, la Déclaration prévoit le droit à l'autodétermination des peuples autochtones, leur droits aux terres et ressources naturelles, ce qui marque la singularité des peuples autochtones par rapport au reste de la population internationale composée d'individus titulaires de l'ensemble des

⁷ Extrait de l'article de Jean-Baptiste Duez, «La déclaration sur les droits des peuples autochtones, un pas en avant pour sortir de la controverse entre peuples et Etats?», en ligne : <<http://www.alterinfos.org/spip.php?article1681>>.

⁸ Extrait de l'article de Jean-Baptiste Duez, «La déclaration sur les droits des peuples autochtones, un pas en avant pour sortir de la controverse entre peuples et Etats?», en ligne : <<http://www.alterinfos.org/spip.php?article1681>>.

⁹ Fiche d'information 5, Nations Unies.

droits de l'Homme exceptés ceux attribués spécifiquement aux peuples autochtones. La Déclaration matérialise ainsi l'avènement d'une période nouvelle faisant des peuples autochtones des acteurs de leur évolution.

La singularité de la Déclaration, au-delà de son contenu, se matérialise par le ton employé qui tranche avec celui de la Convention de l'OIT, sans que cela n'amenuise l'intérêt certain du texte de l'OIT.

2. Les peuples autochtones au cœur de la Déclaration : le ton du texte

Notons tout d'abord que l'adoption de la Déclaration a répondu à des modalités très différentes de celles ayant gouverné l'adoption de la Convention puisqu'elle est marquée par une participation significative des peuples autochtones¹⁰.

L'adoption de la DDPA par la résolution de l'Assemblée Générale est en effet le fruit d'un processus ayant débuté en 1985, date à laquelle le Groupe de travail sur les populations autochtones, rattaché à la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, elle-même rattachée à la Commission aux droits de l'Homme (remplacée par le Comité des droits de l'Homme), débuta le travail de rédaction d'une Déclaration. Il l'acheva en 1993. Une relecture du projet débuta en 1995 par « le groupe de travail sur la rédaction d'une Déclaration » créé au sein de la Commission aux droits de l'Homme. Il s'agit d'un groupe à composition non limitée. Plus de 100 experts des droits de l'Homme des peuples autochtones, ainsi que des représentants des gouvernements, des peuples autochtones ainsi que différentes organisations non gouvernementales (ONG) participèrent à ce groupe.

L'ouverture de ce groupe de travail aux organisations autochtones non dotées d'un statut consultatif auprès du Conseil des Droits de l'homme (CDH) représente une avancée significative dans l'histoire des peuples autochtones.

D'autre part, concernant le contenu des textes même, la Convention est marquée par un certain paternalisme à l'égard des peuples autochtones. Ainsi elle ne s'adresse qu'aux Etats en définissant les obligations de ces derniers sans proclamer de droits dont seraient titulaires les peuples autochtones. A l'inverse, la Déclaration reconnaît des droits aux peuples autochtones desquels découlent les obligations des Etats.

Ceci peut s'expliquer par la qualité des destinataires du texte de la Convention, qui sont les États investis d'obligations vis-à-vis des peuples vivant sur leurs territoires.

Une des conséquences de cette différence de destinataires (la Convention ne s'adresse qu'aux États) réside notamment dans la précision de la Convention quant aux obligations des États vis-à-vis des peuples autochtones par rapport aux termes généraux employés par les rédacteurs de la Déclaration. La généralité de ces termes, formulés en terme de droits des peuples autochtones et non d'obligations des États confère cependant à la Déclaration une force beaucoup plus importante. En effet, le rôle que les peuples autochtones doivent pouvoir jouer dans leur propre développement, et ce notamment à travers le contrôle de leurs terres, ressources, vie politique et culturelle est mis en lumière et son importance est renforcée.

Dans le cadre des droits coutumiers également, il est possible de constater que la Convention s'inscrit davantage dans le **registre de la protection et de la conservation**, par rapport à la Déclaration qui relève du **registre de la protection et de la promotion**.

¹⁰ Voir : Marie Léger, "L'histoire de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones", Recherches amérindiennes au Québec, vol XXXVII, N°2-2, 2007.

Certains ont pu considérer que la Convention, parce qu'elle empreint d'une logique de l'intégration à certains égards, n'était pas compatible avec l'autonomie gouvernementale recherchée par les peuples autochtones.

«The terms and content of these instruments (Convention 169) were not favourable to indigenous peoples as they referred to “integration” and “protection”, evoking different and, in practice, contradictory ideas to those being advocated by indigenous peoples, at least those in my country and others that I knew of. I knew that in daily life (at least where I came from), integration was more akin to ideas and practices of assimilation and disappearance. I thought that protection would, in all probability, imply a continuation of the colonialist or neo-colonialist tutelage of the nation states in which these peoples lived, as they remained settled on their ancestral territories, now within the jurisdiction of those independent states. These ideas were contradictory to what we knew full well indigenous peoples were fundamentally seeking»¹¹.

Si la différence de ton employé dans la Déclaration atteste de la position aujourd'hui reconnue aux peuples autochtones comme acteurs de leur développement, et donc du caractère dépassé de celui caractérisant la Convention 169, les obligations contraignantes que pose celle-ci permettent de comprendre l'intérêt de la coexistence des deux textes (les critiques quant au ton paternaliste de la Convention pouvant s'effacer par la prise en compte de la date d'adoption du texte).

Notons en ce sens que l'OIT a officiellement adopté une position favorable à l'application complémentaire de la Convention et de la Déclaration. En effet, dans une note d'information à l'intention du personnel de l'OIT et de ses partenaires concernant les normes de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de l'ONU, l'OIT présente la DDPA comme outil de travail de l'organisation et s'engage à assurer sa promotion. Elle met en avant la complémentarité de la DDPA à la Convention 169 et l'utilité de la DDPA.

«La DDPA de l'ONU réaffirme l'importance des approches et des principes fournis par la Convention n° 169. Par conséquent, elle donne un nouvel élan à la promotion de la ratification et de la mise en œuvre de la Convention n° 169.»¹².

Il convient ainsi d'analyser dans quelles mesures les deux textes, à travers l'analyse de leur contenu et des modalités de leur application, attestent de leur complémentarité.

II. Compatibilité et complémentarité de la Convention et de la Déclaration

La complémentarité des textes se retrouve tout d'abord à travers les effets juridiques différents qu'ils déploient (1.), et dans une moindre mesure par la compatibilité de leur contenu (2.)

1. Effets juridiques différents : force de la coexistence

Les délégations qui ont voté pour la Déclaration ont rappelé que celle-ci n'emporte aucune obligations juridiques contraignantes, et qu'elle s'applique à l'État dans la mesure où son contenu

¹¹ Claire Charters and Rodolfo Stavenhagen, eds, *Making the Declaration work : The United Nations Declaration of the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen 2009 – Document No. 127.

¹² OIT, «Normes de l'OIT et déclaration des droits des peuples autochtones de l'ONU - Note d'information à l'intention du personnel de l'OIT et de ses partenaires», 7 janvier 2007, à l'adresse : <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100793/lang--fr/index.htm>.

est conforme au droit national. Ces précisions permettent de comprendre les limites intrinsèques de la Déclaration : elle n'est pas un instrument juridique contraignant, c'est-à-dire que l'opposition du texte à l'Etat ne peut mettre que moralement celui-ci face à ses engagements politiques, mais ne peut entraîner de sanction juridique. La mise en lumière de la violation de la Déclaration par un Etat repose donc sur les peuples autochtones eux-mêmes ou les ONG internationales de défense de ces peuples.

Il en va différemment de texte dont la violation peut être soulevée par l'organe chargé de son application (Conventions internationales). La *Fiche d'information N° 5 des Nations Unies* précise néanmoins que : « Cette déclaration n'est pas un instrument juridiquement contraignant pour les États, et n'impose donc pas d'obligations légales aux gouvernements, mais la Déclaration aura néanmoins une force morale considérable »¹³.

Si la Déclaration n'a pas de valeur normative, la signature de celle-ci par une majorité des États (sur le territoire desquels se trouvent des peuples autochtones) lui confère une autorité morale qui n'est pas négligeable. Elle peut impulser l'adoption d'autres normes internationales contraignantes. De plus, les quatre États ayant voté contre soutiennent aujourd'hui la Déclaration, ce qui atteste de la valeur de ce texte. Enfin, le fait qu'elle ne crée pas d'obligations contraignantes à la charge des États favorisent l'adhésion de ceux-ci. Sa force juridique faible permet d'obtenir un consensus et un maximum d'adhésion.

La Convention 169 jouit d'une nature différente. En effet, elle est un traité international adopté par la Conférence internationale du travail et a un effet juridique contraignant pour les Etats parties. Ces derniers, en application de la Convention de Vienne de 1969¹⁴, sont soumis à une obligation de bonne foi dans la mise en œuvre de la Convention. Par ailleurs la Constitution de l'OIT contraint les membres de l'OIT à faire entrer en vigueur les dispositions des conventions qu'ils ratifient. Les Etats ont l'obligation de rendre un rapport périodique sur l'application des Conventions ratifiées sur leur territoire¹⁵. Sur la base de ces rapports, un contrôle est exercé par la Commission d'experts sur l'application des Conventions et des recommandations de l'OIT¹⁶ et par la Commission de l'application des normes de la Conférence internationale du travail.

La Commission pourra faire mention de la violation de la Convention par un Etat partie dans son rapport. Ainsi la violation sera portée à la connaissance de l'ensemble de la scène internationale, incitant alors l'Etat à modifier son comportement.

La consultation des peuples autochtones lors de la rédaction par les États de leur rapport périodique est obligatoire.

Le contrôle de l'application de la Convention 169 peut également être mené par les Nations Unies, l'Organisation mondiale de la Santé, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, l'organisation pour l'alimentation et l'agriculture, l'Interamerican Indian Institute de l'Organisation des États américains (qui reçoivent les rapports et peuvent assister aux séances du Comité). Dans l'hypothèse où une violation de la Convention est présumée, il existe des procédures particulières de contrôle¹⁷.

¹³ Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, « Fiche d'information N° 5 : le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », Dossier d'information à l'usage des peuples autochtones sur les activités et des mécanismes de l'Organisation des Nations Unies, disponible à l'adresse : <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet5fr.pdf> à la p 1.

¹⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités* adoptée le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.

¹⁵ Les Etats doivent ainsi rédiger des rapports sur les mesures prises pour appliquer les conventions signés, et ce tous les 2 à 4 ans.

¹⁶ Commission composée de 20 experts indépendants représentant diverses régions, systèmes politiques et économiques du monde.

¹⁷ Pour de plus amples informations, voir : http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/lang--fr/WCMS_100793/index.htm#P17_1328.

La Convention 169 permet par ailleurs l'accès aux mécanismes d'examen de réclamation ou de plainte, mais qui en raison des conditions les régissant, ont une utilité limitée pour les peuples autochtones¹⁸.

La nature contraignante de la C169 est donc un atout majeur compte tenu de l'efficacité plus grande que sa force juridique laisse espérer, le contrôle de sa mise en œuvre assurant aux peuples autochtones un plus grand respect des droits que leur confère la convention. Cependant, ce caractère contraignant peut représenter un frein à la signature et la ratification par les Etats de ce texte, puisque l'engagement que l'adhésion à la C169 exige est important.

La conclusion pouvant être tirée des avantages et inconvénients attachés à la nature juridique de chacun des deux textes est celle de leur complémentarité. Ainsi la Déclaration attirerait plus la signature des Etats assurant un minimum au niveau de la reconnaissance des droits des peuples autochtones, ce qui compenserait le fait que la Convention n'a été ratifiée que par un cercle restreint d'Etats.

A cet égard le commentaire de l'OIT sur le projet de déclaration en 1995 est éclairant. Au paragraphe 7 est écrit : «la Déclaration sera un instrument "à aspirations", qui n'établit pas des conditions juridiques dans le même esprit qu'une Convention». Du point de vue des peuples autochtones, la Déclaration est un appui supplémentaire à leurs revendications puisqu'elle pose les droits et principes en terme généraux favorisant ainsi une interprétation large des dispositions contraignantes de la Convention (et dans certains cas d'autres traités internationaux ratifiés par l'Etat).

Si la complémentarité pourrait être établie au seul constat de l'intérêt de la nature juridique différente de la Déclaration et de la Convention, il est nécessaire d'examiner quels sont les contenus des deux textes, dans quelles mesures ces derniers sont compatibles et/ou complémentaires.

2. Compatibilité des droits et enrichissement du patrimoine juridique des peuples autochtones par la Déclaration

«Les dispositions de la Convention n° 169 et de la Déclaration sont compatibles et complémentaires. Les dispositions de la Déclaration abordent tous les domaines couverts par la convention. En outre, la Déclaration traite un certain nombre de sujets qui ne sont pas couverts par la Convention»¹⁹.

Vouloir identifier le «meilleur texte» (parmi) (de) la DDPa et(ou de) la C169 est un exercice qui présente peu d'intérêt, et la démarche de cet écrit n'est pas celle-ci. En effet, nous tenterons d'avantage de reconnaître quels sont les atouts de chaque texte, et l'analyse de leur contenu permet de comprendre qu'au delà du processus de leur adoption et de leur nature, la DDPa et de la C169

¹⁸ La procédure de réclamation, régie par les articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT, est accessible uniquement aux organisations professionnelles d'employeurs ou de travailleurs, qui peuvent transmettre une réclamation au Bureau international du Travail lorsqu'elles estiment qu'un Etat partie n'a pas assuré la réalisation d'une convention de l'OIT. La procédure de plainte, régie par les articles 26 à 34 de la Constitution de l'OIT, n'est ouverte qu'à un autre membre de l'OIT, délégué à la Conférence dénonçant la violation d'une obligation de l'Etat contenue dans une convention de l'OIT. Pour plus d'informations, voir : <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/lang--fr/index.htm>>.

¹⁹ OIT, «Normes de l'OIT et déclaration des droits des peuples autochtones de l'ONU - Note d'information à l'intention du personnel de l'OIT et de ses partenaires», 7 janvier 2007, à l'adresse : <http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Publications/WCMS_100793/lang--fr/index.htm>.

sont compatibles. Elles comprennent en effet des droits semblables, la Déclaration reconnaissant cependant davantage de droits aux peuples autochtones.

Notons par ailleurs que la C169 a été adoptée par l'OIT. Ainsi, elle vise à améliorer les conditions de travail des peuples autochtones et prévoit un ensemble de droits précis des travailleurs autochtones²⁰, à la différence de la Déclaration qui les proclame en terme généraux.

Le contexte et les objectifs d'adoption des deux textes précisés, il convient de détailler les contenus de chacun de ceux-ci.

Nous analyserons 5 éléments pour lesquels le débat était prégnant lors de l'adoption de la déclaration²¹ : 1. Définition des peuples autochtones ; 2. Droit à l'autodétermination ; 3. Droits sur les terres et les ressources ; 4. Consultation et consentement ; 5. Création d'institutions politiques et économiques différentes.

1. Définition des peuples autochtones

La définition des peuples autochtones retenue dans la C169 est distincte de celle offerte par la Déclaration. Alors que la première distingue les peuples tribaux des peuples indigènes, la seconde apporte moins de précision, laissant davantage la porte ouverte à l'auto-identification.

Les peuples tribaux de la C169²² sont identifiés par deux critères. Ils doivent ainsi avoir :

1. une culture, une organisation sociale, une situation économique et un mode de vie qui se distinguent de ceux du reste de la population d'un pays, notamment au niveau des modes de subsistance, de la langue, etc. ;
2. des traditions et coutumes qui leur sont propres et/ou un statut juridique spécial.

Les peuples indigènes se définissent par trois critères :

1. une continuité historique, c'est à dire que ce sont des sociétés antérieures à la conquête/colonisation ;
2. des racines territoriales (le territoire était occupé par leurs ancêtres) ;
3. des institutions sociales, économiques, culturelles et politiques distinctes.

A ces critères objectifs s'ajoute un critère subjectif prévu à l'article 1.1 de la Convention, celui du sentiment d'appartenance indigène ou tribal. Il est un critère fondamental pour déterminer si un groupe bénéficie de l'application de la Convention.

Ainsi le champ d'application de la Convention est déterminé par deux principes guides : celui du mode de vie (caractéristiques sociales, économiques, culturelles et politiques, article 1 alinéas a et b) et de la présence antérieure à la conquête, et un principe additionnel qui est celui du sentiment d'appartenance. Si ces deux catégories existent, aucune différence de traitement n'en découle. Notons par ailleurs que si le critère de la présence antérieure est posé dans le cadre des peuples indigènes, il semble que les rédacteurs de la C169 avaient l'intention de «couvrir une situation sociale» plutôt que de donner la priorité à ceux dont les ancêtres étaient arrivés les premiers sur le territoire. La définition de critère précis n'avait pas non plus vocation à exclure l'auto-identification, mais à offrir des repères quant aux raisons de l'auto-identification²³.

²⁰ Articles 20 à 24, les articles 25 et 26 posant par ailleurs des obligations en terme de sécurité sociale et de services de santé.

²¹ En nous inspirant en partie de : doCip/Update n°75

²² Voir un tableau explicatif de cette distinction : <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--fr/index.htm>

²³ Voir : http://www.unesco.org/culture/fr/indigenous/Dvd/pj/PYGMEES/PYGMC4_1.pdf, l'analyse des travaux préparatoires de la C169 et les propos de M. Helms, rapporteur de la commission de rédaction de la Convention.

La Déclaration ne pose pas de critère de définition des «peuples autochtones», mais son préambule contient certaines caractéristiques permettant d'identifier ces derniers, comme leur singularité, le fait qu'ils aient été dépossédés de leurs terres, territoires et ressources naturelles, leur présence historique et antérieure à la colonisation sur certains territoires, leur spécificité linguistique et culturelle et leur marginalisation politique et juridique. L'article 33 paragraphe 1 prévoit également que : «Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou leur appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'Etat dans lequel ils vivent».

Finalement, l'absence de définition des peuples autochtones pour un texte qui se veut universel, et qui n'offre pas un cadre juridique contraignant n'est-elle pas pertinente ? Elle offre un renouveau à l'affirmation des peuples autochtones sur la scène internationale, et permet aux peuples qui se reconnaissent comme autochtones de porter leurs revendications. Celles-ci doivent être suffisamment fortes pour aboutir à un changement concret, ainsi la Déclaration offre un cadre efficace de revendication dont il serait cependant difficile d'abuser. Il est donc possible de penser que les revendications abusives de groupes ne correspondant pas à ce cadre seront marginales (d'autant que, comme nous l'avons déjà souligné, si le terme de «peuples autochtones» n'est pas défini, le texte offre certaines pistes d'identification).

2. Droit à l'autodétermination

Le droit à l'autodétermination signifie(nt) que les peuples autochtones ont le droit de déterminer leur propre type de gouvernement. Il serait le droit collectif sans lequel tous les autres ne pourraient être exercés²⁴.

La DDPA affirme le droit à l'autodétermination des peuples autochtones aux articles 3 et 4. L'article 46 de la Déclaration²⁵ permet de préciser quelles sont les attentes des peuples autochtones par rapport au droit à l'autodétermination. En effet, il précise que celui-ci n'entraîne pas le droit à la sécession. Il pourrait être interprété différemment et laisser place à une certaine ambiguïté, mais l'analyse des revendications des peuples autochtones permet de comprendre qu'un tel débat autour de l'article 46 serait inutile. Ainsi l'interprétation selon laquelle il permettrait de limiter le droit à l'autodétermination des peuples autochtones doit être écartée.

La consécration de ce droit, véritable succès de la Déclaration, distingue cette dernière de la Convention 169. Celle-ci ne prévoit pas de droit à l'autodétermination, et plus encore son article 1-3 précise que l'expression «peuples» ne doit pas être interprétée comme ayant des implications en droit international. Cela signifie que la reconnaissance par la Convention 169 des «peuples» n'entraîne pas la reconnaissance aux peuples autochtones des droits qui sont conférés aux peuples en droit international, et plus particulièrement le droit des peuples à disposer d'eux même consacré par la Charte de Nations Unies de 1945 et par les deux Pactes de 1966²⁶.

Notons que la Déclaration ne définit pas le droit à l'autodétermination, mais affirme que : «En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur

²⁴ Chanel Loubaky Moundele, «Bref commentaire de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones et la Convention n°169 de l'OIT», disponible en ligne à l'adresse : <<http://www.scribd.com/doc/3133909/Bref-commentaire-sur-la-Declaration-des-Peuples-Autochtones>>, à la p 2.

²⁵ «Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée (...) comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un Etat souverain et indépendant».

²⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 9-14, RT Can 1976 n°47, 6 ILM 368 ; *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* adopté le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976, G.A. Res. 2200A (XXI). Information disponible à l'adresse : <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=fr>.

développement économique, social et culturel»²⁷. La généralité de ces termes vise certainement à favoriser la signature du texte par un maximum d'Etats, mais ouvre surtout la porte à une interprétation maximale. L'examen des droits permettant de rendre effective l'autodétermination des peuples autochtones doit alors être mené.

3. Droits sur les terres et les ressources

Le nombre des articles attribués par la Déclaration et par la Convention aux droits aux terres et ressources naturelles témoigne(nt) de nouveau de la précision qui caractérise le contenu de la Convention par rapport à celui de la Déclaration. Au-delà de cette différence de style précédemment explicitée, la Déclaration ne fait que reprendre les droits affirmés dans la Convention, tout en leur donnant davantage de teneur.

Concernant la définition de la «terre», la Convention et par la Déclaration se rejoignent²⁸, et toutes deux affirment le lien particulier existant entre les peuples autochtones et leurs terres²⁹, l'identification des territoires autochtones ne se faisant pas sur la base de leur reconnaissance par l'Etat. En effet, la Convention précise le processus d'identification et de sauvegarde des territoires des peuples autochtones et prévoit par ailleurs le droit des peuples autochtones de transmettre des terres d'une génération à l'autre, selon les coutumes du peuple en question³⁰. La Déclaration, quant à elle, prévoit que les Etats ont l'obligation de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources et de statuer sur ces droits, et pose l'obligation pour les Etats de reconnaître et protéger juridiquement ces terres, territoires et ressources, dans le respect des coutumes, traditions et régimes fonciers.

Concernant ensuite les droits collectifs des peuples autochtones sur leurs terres et ressources naturelles, ainsi que les droits à restitution, ces derniers sont prévus par les articles 26, 27 et 28 de la Déclaration³¹ et par les articles 13, 14, 15, 16, 17, 18 et 19 de la Convention³². Celle-ci avait été jugée décevante en la matière, et ce pour plusieurs raisons.

²⁷ Article 3 de la Déclaration.

²⁸ Article 13 de la C169 ; article 25 de la Déclaration

²⁹ *Ibid.*

³⁰ L'article 14 de la Convention prévoit ainsi : «les terres où les peuples indigènes et tribaux ont vécu au cours du temps, et qu'ils ont utilisées et gérées conformément à leurs pratiques traditionnelles. Ce sont les terres de leurs ancêtres, qu'ils espèrent léguer à leurs enfants. Elles peuvent inclure dans certains cas les terres qui ont été récemment perdues».

³¹ Article 26 de la Déclaration

1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.
2. Les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis.
3. Les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés.

Article 27 de la Déclaration

Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus.

³² Article 14 de la Convention 169

Ainsi, les droits prévus par la Convention en la matière ne sont pas absolus, et plus encore les obligations posées aux Etats sont limitées.

Par exemple, les Etats doivent établir des «procédures adéquates» pour trancher les questions de revendications de territoire (article 14 para 3) et l'obligation de protection des terres non occupées exclusivement doit se faire «dans les cas appropriés». Le manque de précision de ces dispositions et les limites de l'efficacité des droits qu'ils font naître sont à compenser avec les dispositions de l'article 17 qui pose l'obligation de respecter les «modes de transmission des droits sur la terre». Le mécanisme d'expert auquel les peuples autochtones ont accès est également une autre source de compensation aux limites de ces articles.

Une autre limite tient au fait que les peuples autochtones ne peuvent être que consultés si l'État a la propriété des ressources, et lorsqu'un projet est mis en place par l'État, ils «doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités»³³.

D'autre part, si les deux textes retiennent une définition large des terres des peuples autochtones, la dynamique spécifique de la déclaration imprègne la formulation des droits des peuples autochtones sur les terres, ce qu'atteste la formulation de l'article 27 :

«Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus».

Dans le cadre de la Convention, la seule disposition équivalente est celle de l'article 17 alinéa 1 :

«Les modes de transmission des droits sur la terre entre leurs membres établis par les peuples intéressés doivent être respectés».

En ce qui concerne les droits sur les ressources et le droit à restitution spécifiquement, les articles 15 et 16 s'appliquent conformément à la définition de «terres» retenue par l'article 13 (2) de

1. Les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés. En outre, des mesures doivent être prises dans les cas appropriés pour sauvegarder le droit des peuples intéressés d'utiliser les terres non exclusivement occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leurs activités traditionnelles et de subsistance. Une attention particulière doit être portée à cet égard à la situation des peuples nomades et des agriculteurs itinérants.

2. Les gouvernements doivent en tant que de besoin prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession.

3. Des procédures adéquates doivent être instituées dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés.

Article 15 de la C169

1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources.

2. Dans les cas où l'Etat conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités.

³³ Article 15(2).

la Convention. Ainsi sont exclues les terres qui ne sont plus aujourd'hui occupées par les peuples autochtones³⁴.

Par ailleurs, si le droit des peuples autochtones aux ressources qui se trouvent sur leurs terres doit être sauvegardé, celui-ci se matérialise par le droit des peuples autochtones à «participer(r) à l'utilisation, à la gestion et à la conservation des ressources»³⁵. La Déclaration prévoit quant à elle leur droit aux ressources, ce qui semble plus fort que la simple participation à l'exploitation de leurs ressources³⁶.

Enfin, l'article 16 de la Convention n'interdit pas le déplacement des populations autochtones. Les deux textes prévoient un droit à restitution en cas d'expropriation, même si, de nouveau, la Déclaration le proclame avec plus de vigueur (article 28), la Convention ne faisant que poser les obligations dont sont titulaires les Etats à l'égard des peuples autochtones en la matière (article 16)³⁷.

La Convention présente cependant l'avantage de faire une place aux peuples nomades et agriculteurs itinérants, dont les difficultés de se voir reconnaître effectivement leurs droits sur la terre est connue³⁸.

Les droits sur les terres et ressources naturelles ne peuvent être pleinement respectés que dans la mesure où les projets d'exploitation des terres et ressources naturelles des peuples autochtones (d) sont soumis à l'approbation des peuples autochtones eux-mêmes. En cela, il convient

³⁴ L'occupation présente suffit cependant à remplir les conditions de jouissance du droit, les peuples autochtones n'ont pas à faire la preuve d'une occupation ancestrale, voir : *IOL Convention on Indigenous and Tribal Peoples 1989 (n 169) : A Manual*. International Labour Office (Project to Promote ILO Policy on Indigenous and Tribal Peoples), Genève, 2000, p.31.

³⁵ Article 15 (1).

³⁶ Article 26 (1).

³⁷ Article 28 de la Déclaration

1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée.

Article 16 de la Convention

1. Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent.

2. Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ils ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace.

3. Chaque fois que possible, ces peuples doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles, dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister.

4. Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, ainsi que déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen de procédures appropriées, ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées.

5. Les personnes ainsi déplacées et réinstallées doivent être entièrement indemnisées de toute perte ou de tout dommage subi par elles de ce fait.

³⁸ Article 14 de la C169.

d'examiner la teneur du droit à la consultation et ou au consentement des deux textes, pour mesurer de nouveau l'importance de la Déclaration.

4., Le droit au consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause : un atout essentiel de la Déclaration

La consultation est un outil juridique extrêmement précieux pour les peuples autochtones. Elle permet en effet aux peuples autochtones de participer efficacement aux politiques ou projets susceptibles de les affecter. Les conditions de l'exercice du droit à la consultation doivent être précisées, car sans la définition de celles-ci, la consultation ne pourra permettre aux peuples autochtones d'être actifs dans la définition et la mise en œuvre des politiques et projets pouvant les affecter.

La Déclaration prévoit le droit à la consultation et aux prises de décision aux articles 18 et 19³⁹, et la nécessité d'obtenir leur consentement «préalable, donné librement et en connaissance de cause» est mentionné dans les dispositions relatives à leur droit de ne pas être réinstallés (article 10), à l'obligation des Etats en matière de réparation (article 11), au droit à la préservation et à la protection de leur environnement (article 29), à leur «droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources» et dans le cadre des projets susceptibles d'affecter leurs terres et ressources (article 32). Il irrigue donc l'ensemble du texte.

L'article 6 de la Convention pose simplement le droit à la consultation, et l'article 7⁴⁰ précise quels sont les droits dont doivent pouvoir jouir les peuples autochtones dans les décisions les concernant. Les contenus de ces articles sont à certains égards décevants. Concernant l'article 6, si le «consentement» est mentionné, ce n'est pas en terme de droit. En effet, les Etats ont l'obligation de «consulter» les peuples autochtones, et ces consultations doivent mener

³⁹ Article 18 : Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

Article 19 : Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

⁴⁰ Article 7

1. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.

2. L'amélioration des conditions de vie et de travail des peuples intéressés et de leur niveau de santé et d'éducation, avec leur participation et leur coopération, doit être prioritaire dans les plans de développement économique d'ensemble des régions qu'ils habitent. Les projets particuliers de développement de ces régions doivent également être conçus de manière à promouvoir une telle amélioration.

3. Les gouvernements doivent faire en sorte que, s'il y a lieu, des études soient effectuées en coopération avec les peuples intéressés, afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement que les activités de développement prévues pourraient avoir sur eux. Les résultats de ces études doivent être considérés comme un critère fondamental pour la mise en œuvre de ces activités.

à un accord «ou» à l'obtention de leur consentement. Le paragraphe 2⁴¹ induit donc une certaine ambiguïté puisqu'il ne pose pas clairement l'obligation d'obtenir leur consentement.

Concernant l'article 7 le texte précise que ce droit ne permet pas aux peuples autochtones de poser un veto aux politiques de développement. Autrement dit l'Etat a l'obligation de consulter le peuple autochtone de manière appropriée et de bonne foi, sans que le consentement de ce dernier ne soit requis⁴². Par ailleurs, est précisé au paragraphe 1 de l'article 7 que les peuples autochtones «doivent avoir le droit (...) d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre». La Déclaration proclame des droits, sans mentionner une limite comme celle que suggère l'utilisation de l'expression «autant que possible».

De plus, la Convention prévoit que les études d'impact sont menées «en coopération» avec les peuples autochtones par les Etats eux-mêmes et elle ne précise pas comment la consultation et la coopération doivent être mises en œuvre. La Déclaration met l'accent sur l'obligation pour les Etats de collaborer avec les représentants des peuples autochtones choisis par ces derniers.

Le consentement est uniquement présent dans le texte de la Convention en son article 16 relatif au déplacement et à la réinstallation des peuples autochtones, mesures qui sont donc autorisées. La consultation n'apparaît qu'aux articles 27 concernant la définition des normes minimales dans le cadre de leur droit de créer leurs propres institutions et moyens d'éducation, et à l'article 28 concernant l'enseignement de leur langue et écriture autochtone.

Finalement Fergus MacKay⁴³ met en exergue les conséquences de ces limites sur la substance de l'article 13 qui prévoit l'obligation de respecter les cultures particulières des peuples autochtones. Le respect de cette obligation ne peut véritablement donner les effets escomptés si par ailleurs les Etats ne sont pas obligés d'obtenir le consentement des peuples autochtones concernant les décisions affectant leurs territoires, ou s'ils peuvent légalement être déplacés de ces derniers.

Aussi, dans la dynamique précédemment mentionnée⁴⁴, la Déclaration s'inscrit dans une logique égalitaire, posant des droits et précisant davantage les modalités permettant de les respecter, alors que la Convention pose des obligations que les Etats doivent respecter dans une logique d'absence du peuple autochtone, celui-ci n'étant que l'objet pour lequel l'obligation étatique a été posée.

La consultation ne peut par ailleurs déployer tout l'effet escompté que dans la mesure où les structures politiques autochtones sont viables. Il convient donc d'examiner dans quelles mesures le texte de la Déclaration et celui de la Convention offre une protection efficace des droits des peuples autochtones en la matière.

⁴¹ «Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées».

⁴² Chanel Loubaky Moundele, «Bref commentaire de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones et la Convention n° 169 de l'OIT», disponible en ligne à l'adresse : <<http://www.scribd.com/doc/3133909/Bref-commentaire-sur-la-Declaration-des-Peuples-Autochtones>> à la p 5.

⁴³ Fergus MacKay, «Guide des droits des peuples autochtones dans l'Organisation Internationale du Travail», Royaume-Uni, Forest Peoples Programme, 2003 à la p 12.

⁴⁴ Voir partie I, 2.

5. Conservation, protection et création des institutions autochtones

La protection des institutions traditionnelles des peuples autochtones est prévue par plusieurs dispositions de la C169 : les articles 2 (1), 4(1), 6(1) et 8(2) et 27⁴⁵.

La Convention adopte davantage un langage de conservation, alors que celui employé par la Déclaration s'inscrit davantage dans une optique de développement (autodétermination). Notons que le terme «institutions» peut désigner des entités ou organisations concrètes, ou de manière plus large les us et coutumes des peuples autochtones.

Ainsi l'article 4⁴⁶ pose l'obligation pour les États d'adopter les mesures spéciales pour «sauvegarder» les institutions. Dans cet article figurent les expressions «reconnaissance» et «protection» concernant (les) des pratiques sociales, ainsi que le «respect» de l'intégrité des institutions. L'article 8 (2)⁴⁷ prévoit le droit de «conserver» les structures traditionnelles autochtones, et ce à condition que celles-ci soient compatibles avec les droits fondamentaux. Le champ lexical invite donc à préserver les institutions existantes. Seul l'article 6 (1) mentionne le terme «développement» concernant les «institutions et initiatives propres» des peuples autochtones⁴⁸.

Par ailleurs, la Convention pose des limites à l'obligation pour l'Etat de reconnaître le droit des peuples autochtones de créer leurs propres institutions en matière d'éducation. Ainsi l'article 27 (3) prévoit que : «les gouvernements doivent reconnaître le droit de ces peuples de créer leurs propres institutions et moyens d'éducation, à condition que ces institutions répondent aux normes minimales établies par l'autorité compétente en consultation avec ces peuples». Ainsi les normes d'éducation minimales auxquelles doivent souscrire les institutions autochtones sont déterminées par une autorité étatique qui a simplement l'obligation de «consulter» ces derniers.

La Déclaration est quant à elle riche de références au développement des institutions traditionnelles⁴⁹, et étend les droits des peuples autochtones par rapport au texte de la Convention en posant le droit des peuples autochtones de «renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes»⁵⁰, et celui de «promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme»⁵¹. La précision des dispositions de

⁴⁵ L'article 2, paragraphe 1, prévoit que : [L'action du gouvernement doit comprendre des mesures visant à]: «(b) promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions».

⁴⁶ Article 4, paragraphe 1, stipule que : «Des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés ; l'article 5. En appliquant les dispositions de la présente convention, il faudra: (a) reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples et prendre dûment en considération la nature des problèmes qui se posent à eux, en tant que groupes comme en tant qu'individus; (b) respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples»

⁴⁷ L'article 8, paragraphe 2, stipule que : «Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux [...]».

⁴⁸ L'article 6, paragraphe 1, prévoit que «En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent: (a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement; (c) mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin»

⁴⁹ L'article 18 de la Déclaration prévoit ainsi «le droit (des peuples autochtones) de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles».

⁵⁰ Article 5 de la Déclaration.

⁵¹ Article 34 de la Déclaration.

la Déclaration quant à ce qui doit être protégé, développé, conservé et/ou promu ⁵² permet de mesurer le champ d'application des droits des peuples autochtones, ce que n'offre pas la Convention.

La Déclaration des NU tisse par ailleurs un lien entre les institutions des peuples autochtones et les traditions et coutumes de ces peuples. Ainsi le 7ème paragraphe du Préambule de la Déclaration mentionne : «la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources».

Cette dernière remarque, liée à la dynamique distincte caractérisant la Déclaration et la Convention, se retrouve aux différentes étapes de l'analyse comparée des deux textes, mettant en exergue l'inscription de ceux-ci dans des contextes différents, et la nature juridique distincte qui a pu en découler, pour finalement révéler leur complémentarité, et les limites de celle-ci dans la protection des droits des peuples autochtones.

III. Conclusion : l'adoption nécessaire d'une nouvelle Convention ?

La Déclaration proclame avec force les droits des peuples autochtones, et plus particulièrement leur droit à l'autodétermination. En cela, et parce que son processus d'adoption est marqué par la participation massive des peuples autochtones, elle renforce le pouvoir de ces derniers de définir leur propre développement. La Convention, si elle ne jouit pas de cette même légitimité et s'adresse davantage aux États en définissant les obligations de ces derniers en la matière, présente le grand intérêt d'être un outil contraignant et de donner ainsi accès aux peuples autochtones aux mécanismes de contrôle de l'OIT. Cet atout présente cependant le désavantage de limiter le nombre d'État partie, et certains ont émis l'idée que l'adoption de la Déclaration, qui apparaît comme un geste de l'État en faveur des peuples autochtones incitera les États, notamment africains, à ne pas ratifier la Convention⁵³.

Il faut néanmoins rappeler que la Déclaration reste un outil stratégique pour les peuples autochtones, peu importe que la Convention ait été signée ou non par l'État considéré. Elle peut en effet permettre d'appuyer les revendications fondées sur d'autres textes contraignants auquel l'État est partie et contenant des droits dont les peuples autochtones peuvent se prévaloir (PIDCP, PIDESC, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, etc.).

La dynamique nouvelle des relations entre États et peuples autochtones qui a conduit à l'adoption de la Déclaration et qui est renouvelée par celle-ci pourrait se matérialiser par l'élaboration d'un Pacte reprenant le contenu de la Déclaration. Certains s'accordent cependant sur le fait qu'il ne serait pas pertinent de poser la question aujourd'hui, étant donné que l'adoption de la Déclaration est récente et que les discussions concernant l'application des droits prévus par celle-ci permettent d'en préciser la définition, de comprendre quelles difficultés pose leur application et d'identifier les solutions offertes. La Déclaration pourrait gagner en effectivité par la mobilisation

⁵²«Institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes» (article 5); «structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques» (article 34).

⁵³ Chanel Loubaky Moundele, «Bref commentaire de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones et la Convention n°169 de l'OIT», disponible en ligne à l'adresse : <<http://www.scribd.com/doc/3133909/Bref-commentaire-sur-la-Declaration-des-Peuples-Autochtones>> à la p 1.

des instruments juridiques contraignants déjà existants, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination, la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruel, inhumain et dégradant, ou encore la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes pour l'application desquelles existe un Comité d'experts pouvant recevoir une plainte émanant d'un individu. Ainsi, il conviendrait de favoriser l'intégration des normes de la Déclaration dans les systèmes juridiques nationaux et de développer l'utilisation des mécanismes permettant d'en contrôler l'application, plutôt que d'ouvrir de nouvelles négociations qui ne seront pas aujourd'hui bénéfiques.

Il conviendrait également de mettre en œuvre des procédures permettant d'assurer le suivi des recommandations de l'Instance permanente sur les questions autochtones grâce notamment à une formulation plus précise de ces dernières et à l'identification d'indicateurs pertinents.

Zoé Boirin –Fargues

Master 2 recherche mention Droits de l'Homme – LLM Droits de la personne ;
Université Paris 10 – Université d'Ottawa.