



Assemblée générale

Distr. générale
28 juillet 2022
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Cinquante et unième session

12 septembre-7 octobre 2022

Points 3 et 5 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Organismes et mécanismes de protection des droits de l'homme

Traités, accords et autres arrangements constructifs, y compris les accords de paix et les initiatives de réconciliation, et leur reconnaissance dans les textes constitutionnels

Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones

Résumé

La présente étude est soumise par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones conformément à la résolution 33/25 du Conseil des droits de l'homme.

Elle comprend l'avis n° 15 du Mécanisme d'experts sur les traités, accords et autres arrangements constructifs, y compris les accords de paix et les initiatives de réconciliation, et leur reconnaissance dans les textes constitutionnels, présenté en annexe.



I. Introduction

1. Conformément à la résolution 33/25 du Conseil des droits de l'homme, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a décidé, à sa quatorzième session tenue en juillet 2021, de réaliser une étude sur la manière dont les traités, accords et autres arrangements constructifs, visés à l'article 37 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration), ainsi que dans des accords de paix et des initiatives de réconciliation et inscrits dans des textes constitutionnels, sont reconnus, observés, appliqués, honorés et respectés. À cette fin, le Mécanisme d'experts a organisé un séminaire virtuel le 29 novembre et les 1^{er} et 2 décembre 2021. La présente étude s'appuie sur les exposés présentés à ce séminaire et les communications soumises notamment par des États, des peuples autochtones, des institutions nationales des droits de l'homme et des universitaires¹. Le Mécanisme d'experts regrette de n'avoir reçu que deux contributions de la part d'États membres à la suite de son appel à contribution de 2021, une réponse clairement insuffisante pour refléter la diversité des points de vue et des expériences des États.

2. Le sujet de la présente étude, qui a été examiné au niveau international depuis le début des années 1970, a été abordé dans le rapport final du Rapporteur spécial, Miguel Alfonso Martínez, sur les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones², ainsi que dans le cadre de trois séminaires d'experts de l'ONU organisés en 2003, 2006 et 2012, comme l'avait recommandé le Rapporteur spécial dans son rapport³. La présente étude vise à contribuer à une meilleure compréhension des droits énoncés à l'article 37 de la Déclaration et les obligations correspondantes des États. Elle tente d'identifier les principes et les conditions, y compris les lacunes et les difficultés plus généraux, de la réalisation et de l'exercice du droit des peuples autochtones de conclure des traités, des accords et d'autres arrangements constructifs avec les États et de les faire respecter et appliquer.

3. La présente étude ne cherche nullement à refaire le travail du Rapporteur spécial, ni à minimiser l'important travail accompli dans le rapport final de celui-ci et au cours des trois séminaires ultérieurs de l'ONU. Elle portera essentiellement sur des exemples d'accords plus récents, dont certains ne sont pas à classer parmi les traités à caractère international. Certaines des critiques émises par le Rapporteur spécial sont toujours d'actualité, surtout après l'adoption de la Déclaration, et certaines parties de son rapport ont été particulièrement utiles pour la rédaction de l'étude.

4. Il y a plus de vingt ans, le Rapporteur spécial a conclu que, de l'avis quasi unanime des peuples autochtones, les mécanismes d'État administratifs ou judiciaires existants étaient dans l'incapacité de répondre à leurs aspirations et à leurs espoirs de réparation. Cette opinion est toujours répandue chez ces peuples autochtones, comme en attestent les informations fournies au Mécanisme d'experts⁴. Il convient également de noter que nombre des recommandations du Rapporteur spécial n'ont pas encore été appliquées.

II. Cadre juridique

5. L'un des principaux objectifs de l'adoption de la Déclaration était d'établir de meilleures relations entre les peuples autochtones et les États, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi⁵. L'objectif d'une relation renouvelée est exprimé, en particulier, à l'article 37 de la Déclaration et aux quinzième, dix-huitième et vingt-quatrième alinéas de son préambule.

¹ Les exposés et les communications peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://www.ohchr.org/en/hrc-subsiaries/expert-mechanism-on-indigenous-peoples/treaties-agreements-and-other-constructive-arrangements-between-indigenous-peoples-and-states>.

² Voir E/CN.4/Sub.2/1999/20.

³ Voir le document intitulé « Compilation of conclusions and recommendations from the United Nations seminars on treaties, agreements and other constructive arrangements », available at <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session7/A.HRC.EMRI.P.2014.CRP.1.pdf>.

⁴ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 261.

⁵ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dix-huitième alinéa du préambule.

En adoptant la Déclaration, l'Assemblée générale a solennellement proclamé qu'elle constituait un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel⁶. L'article 37 de la Déclaration doit être lu en relation avec les autres droits énoncés dans celle-ci, notamment les droits à l'autodétermination, au consentement préalable, libre et éclairé, et aux terres, territoires et ressources naturelles.

6. Il est souligné dans la Déclaration que la reconnaissance des droits des peuples autochtones encourage des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones et que les traités, accords et autres arrangements constructifs constituent la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États⁷. Aux termes de l'article 37, les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués, et à ce que les États honorent et respectent lesdits traités, accords et autres arrangements constructifs.

7. En se fondant sur ces principes, la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones garantit le droit des peuples autochtones à la reconnaissance et à l'application des traités, en reprenant le texte de l'article 37 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et ajoute que cela doit se faire « conformément à leur esprit et à leur intention, et de bonne foi ». En outre, elle dispose que les États doivent prendre dûment en considération l'interprétation donnée par les peuples autochtones aux traités, accords et autres arrangements constructifs, et prévoit l'intervention d'organes compétents, notamment régionaux et internationaux, pour résoudre les différends⁸.

8. La négociation sur laquelle est fondée la conclusion des traités est le meilleur moyen non seulement de faire en sorte que les autochtones contribuent effectivement à la reconnaissance ou au rétablissement de leurs droits et libertés, mais aussi de mettre en place les mécanismes concrets si nécessaires destinés à favoriser l'exercice et la mise en œuvre de leurs droits ancestraux et de ceux qui sont consacrés par les textes nationaux et les instruments internationaux⁹. La Cour suprême du Canada a déclaré que « les traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle »¹⁰.

9. Dans la Déclaration, il est dit que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones pourraient être des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international¹¹. Cela s'applique clairement aux traités et autres instruments juridiques conclus entre les colons européens et leurs successeurs et les nations autochtones, qui sont toujours des instruments internationaux au regard du droit international, comme l'a affirmé le Rapporteur spécial dans son rapport final¹². Le Rapporteur spécial a également abordé cette question en décrivant l'« internalisation » des « affaires autochtones » comme étant le processus par lequel l'intégralité de la problématique passa carrément de la sphère du droit international à la compétence nationale exclusive des États non autochtones¹³.

10. De même, comme l'a fait remarquer un ancien Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, la doctrine de la souveraineté a traditionnellement constitué pour les États un moyen d'échapper à l'examen des questions considérées comme relevant de leurs affaires intérieures¹⁴. Toutefois, dans l'évolution du régime international des droits de l'homme depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, ce bouclier a été affaibli,

⁶ Ibid., vingt-quatrième alinéa du préambule.

⁷ Ibid., quinzième et dix-huitième alinéas du préambule.

⁸ Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones (AG/RES.2888 (XLVI-O/16)), art. XXIV.

⁹ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 263 et A/HRC/39/62, par. 5.

¹⁰ Cour suprême du Canada, *Nation haïda c. Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts) [2004] RCS. 511, par. 20, voir <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2189/index.do>.

¹¹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, quatorzième alinéa du préambule.

¹² E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 270 à 272.

¹³ Ibid., par. 192.

¹⁴ S. James Anaya, « Indigenous peoples and international law issues », dans *The Challenge of Non-State Actors: Proceedings of the 92nd Annual Meeting of American Society of International Law*, vol. 92, (avril 1998), p. 97.

notamment du fait que les revendications autochtones ont été présentées comme des droits collectifs¹⁵.

11. Dans le cadre du droit international des droits de l'homme, des normes relatives aux peuples autochtones ont été élaborées dans le but de mettre fin à la discrimination historique à l'égard de ces peuples en droit international¹⁶. L'adoption de la Déclaration a permis de renforcer l'internationalisation des questions autochtones, non seulement parce que la Déclaration constitue l'instrument international le plus complet sur les droits des peuples autochtones, mais également parce qu'elle est le fruit d'un processus de négociation de vingt ans entre les États membres et les peuples autochtones. La participation et l'influence sans précédent des peuples autochtones ont conféré une plus grande légitimité à la Déclaration. Les organes conventionnels et les procédures spéciales accordent de plus en plus d'attention aux traités, accords et autres arrangements constructifs, enrichissant ainsi progressivement l'interprétation de l'article 37 de la Déclaration¹⁷.

12. La reconnaissance des Kalaallit (Groenlandais) en tant que peuple en droit international dans le cadre de la loi sur l'autonomie du Groenland constitue un progrès remarquable dans la protection des droits des peuples autochtones¹⁸. Cette avancée devrait servir de modèle à d'autres États.

A. Droit à l'autodétermination

13. Dans la Déclaration, il est affirmé que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples¹⁹ et qu'ils peuvent se prévaloir de tous les droits établis par le droit international applicable, y compris le droit à l'autodétermination, comme énoncé à son article 3 ainsi que dans la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones. Ce droit a été invoqué par les peuples autochtones comme base normative de leur relation avec l'État²⁰. En particulier, les articles 3, 5, 9 et 33 de la Déclaration servent de cadre pour la reconnaissance des droits des peuples autochtones de négocier en tant que peuples distincts et parties légitimes habilitées à conclure des accords en vertu du droit international.

14. Conformément à leur droit à l'autodétermination, les peuples autochtones ont toujours eu le pouvoir inhérent de passer des accords contraignants entre eux-mêmes et d'autres autorités de gouvernance²¹. Comme le recommande le Mécanisme d'experts, les traités, en ce qu'ils affirment le droit à l'autodétermination, et les relations qu'ils représentent, constituent la base d'un partenariat renforcé, conforme à la Déclaration²².

B. Consentement préalable, libre et éclairé

15. Les instruments internationaux reconnaissent le droit des peuples autochtones de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits²³ et l'obligation d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé pour toute décision

¹⁵ Ibid.

¹⁶ S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples* (Aspen, États-Unis d'Amérique, 2010) ; Claire Charters, « Multi-sourced equivalent norms and the legitimacy of indigenous peoples' rights under international law », dans *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Tomer Broude et Yuval Shany (dir. publ.), *Studies in International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2011).

¹⁷ Voir, par exemple, A/HRC/39/17/Add.3, par. 17 ; CCPR/C/BGD/CO/1, par. 12 ; CERD/C/NZL/CO/21-22, par. 13 à 15 ; et CERD/C/AUS/CO/18-20, par. 20.

¹⁸ Loi n° 473 du 12 juin 2009 sur l'autonomie du Groenland, voir https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=110442&p_lang=en.

¹⁹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, deuxième alinéa du préambule.

²⁰ A/HRC/48/75, par. 3.

²¹ A/HRC/39/62, par. 4 à 5.

²² A/HRC/18/42, annexe, par. 34.

²³ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 18.

concernant leurs intérêts²⁴. Le principe du consentement préalable, libre et éclairé a également été réaffirmé par plusieurs organes conventionnels de l'ONU, qui ont contribué de manière significative à la compréhension normative des droits des peuples autochtones de participer à la prise de décisions²⁵. En particulier, en cherchant à démanteler les structures conceptuelles par lesquelles les peuples autochtones étaient spoliés et privés de moyens d'action, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a expressément mis en avant le « consentement » en tant que norme des droits de l'homme²⁶.

16. Le consentement est un principe essentiel en vertu duquel les peuples autochtones peuvent exercer leur droit à l'autodétermination et selon lequel on considère que les peuples autochtones s'impliquent dans les propositions les concernant et ont le droit de donner ou non leur consentement à ces propositions²⁷. Le Mécanisme d'experts a aussi relevé que, dans plusieurs traités conclus entre États et peuples autochtones, il est affirmé que le principe du consentement de ces derniers est fondamental dans la relation conventionnelle ainsi créée entre les uns et les autres²⁸.

17. Le principe du consentement préalable, libre et éclairé, qui fournit aux États les orientations nécessaires pour s'engager dans le dialogue et la négociation, ne suffit pas, à lui seul, à légitimer un projet. Dans le cadre des droits de l'homme, ce principe ne conçoit pas le consentement comme le simple fait d'approuver une décision prédéterminée²⁹. Le consentement préalable, libre et éclairé doit être considéré comme une norme minimale dans toutes les phases du processus d'élaboration de traités ou d'accords, y compris dans la conception des cadres, la négociation, l'établissement et l'application des accords, et la mise en place et le fonctionnement des mécanismes de résolution des conflits. Il doit également être appliqué comme principe dans le cadre des plaintes et des réparations³⁰.

III. Types de traités, accords et autres arrangements constructifs conclus entre les peuples autochtones et les États

18. Les peuples autochtones et les États ont conclu des accords au moyen d'un large éventail d'instruments, qui ont pour objectif commun de renforcer les partenariats entre eux de manière à promouvoir des relations de coopération, à instaurer une coexistence pacifique, à régler les questions d'intérêt commun et à établir des relations stables et mutuelles.

19. Selon la Commission interaméricaine des droits de l'homme, les traités historiquement signés avec les peuples autochtones peuvent être compris comme la reconnaissance implicite de leur souveraineté inhérente et l'instauration de relations politiques de nation à nation, ou de gouvernement à gouvernement³¹. En Aotearoa/Nouvelle-Zélande, le Traité de Waitangi sert de cadre important à la relation entre les Maoris et la Couronne britannique et marque le début d'un dialogue permanent entre les Maoris et l'État.

²⁴ Ibid., art. 10, 11, 19, 28, 29 et 32 ; Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail (OIT) ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23 (1997), par. 4 d) ; A/HRC/18/42 ; et A/HRC/EMRIP/2010/2, par. 8.

²⁵ Voir A/HRC/EMRIP/2010/2 ; voir également CCPR/C/79/Add.109 et CCPR/C/79/Add.112 ; CCPR/CO/69/AUS ; CCPR/CO/74/SWE ; A/50/40, vol. II, annexe X, sect. I, par. 9.6 ; CERD/C/CAN/CO/18, par. 15 et 25 ; CERD/C/NZL/CO/17, par. 20 ; CERD/C/IDN/CO/3, par. 17 ; CERD/C/COD/CO/15, par. 18 ; CERD/C/ECU/CO/19, par. 16 ; CERD/C/USA/CO/6, par. 29 ; CERD/C/NAM/CO/12, par. 18 ; CERD/C/SWE/CO/18, par. 19 ; CCPR/C/NIC/CO/3, par. 21 ; CCPR/C/BWA/CO/1, par. 24 ; CCPR/C/CRI/CO/5, par. 5 ; CCPR/C/CHL/CO/5, par. 19 ; A/52/18, annexe V ; et Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 21 (2009).

²⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23 (1997).

²⁷ A/HRC/39/62, par. 25.

²⁸ A/HRC/18/42, annexe, par. 12.

²⁹ A/HRC/24/41, par. 30.

³⁰ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 263, et A/HRC/39/62, par. 45.

³¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* (OEA/Ser.L/V/II. Doc.413/21), décembre 2021, par. 224 ; voir également A/HRC/21/47/Add.1, par. 19.

20. Au Canada, à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, 25 traités modernes ou ententes sur les revendications territoriales globales, dont certains concernent l'autonomie, ont été signés³². Il convient d'examiner de manière plus approfondie l'évolution actuelle, notamment la reconnaissance juridique de la Déclaration en tant qu'instrument international universel en matière de droits de l'homme applicable en droit canadien³³ et les cadres législatifs fédéraux et provinciaux (Colombie-Britannique) récemment instaurés visant à mettre en œuvre cette Déclaration³⁴. Le dialogue et la négociation sur la procédure de conclusion des traités entre les propriétaires traditionnels et les peuples autochtones dans l'État de Victoria, en Australie, constituent un autre exemple actuel³⁵.

21. Dans des situations de conflit, les peuples autochtones ont participé à la négociation d'accords de paix avec les États pour mettre fin aux hostilités. Par exemple, l'accord de paix de Chittagong Hill Tracts conclu au Bangladesh a permis de mettre un terme à deux décennies de conflit, bien que sa mise en œuvre se heurte à de sérieuses difficultés. La militarisation continue du territoire des Nagas en Inde est un autre exemple d'accord faiblement appliqué, ce qui montre que les accords de paix peuvent produire des résultats décevants, entraînant parfois des divisions internes au lieu de consolider la paix³⁶. Lorsque des droits fondamentaux, tels que l'autodétermination, ne sont pas pris en compte, comme ce fut le cas dans les accords de paix conclus avec les Bodos³⁷ et les accords de San Andrés conclus entre l'Armée zapatiste de libération nationale et le Gouvernement mexicain, la confiance dans le dialogue et dans une résolution durable s'évapore³⁸.

22. Les peuples autochtones ont contribué à divers accords de paix dans lesquels ils ont été reconnus aussi bien comme victimes que comme artisans de la paix, à savoir notamment les accords de paix en Colombie³⁹ et au Guatemala⁴⁰, qui ont été conclus après des années de souffrances vécues par les peuples autochtones. Toutefois, ces derniers n'ont pas encore tiré pleinement parti desdits accords.

23. En Australie, la tendance a été de mener les négociations dans des conditions d'entreprise à souverain plutôt que de souverain à souverain, par le biais de sociétés de titre autochtone, un dispositif établi par l'État pour assurer la gestion et l'administration des titres fonciers autochtones⁴¹, lesquelles sociétés sont chargées de représenter les détenteurs de titres fonciers autochtones en *common law*, de superviser et d'exercer les droits de ceux-ci et défendre leurs intérêts⁴². Dans la plupart des cas, le titre autochtone constituerait un mécanisme pratique permettant aux États australiens de reconnaître les droits fonciers des peuples autochtones, sans pour autant accepter leurs revendications plus générales d'autodétermination et de souveraineté⁴³.

³² Gouvernement du Canada, « Traités modernes », voir <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231#chp4>.

³³ Gouvernement du Canada, loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (L.C. 2021, ch. 14), sect. 4 a).

³⁴ Gouvernement canadien, Mise en œuvre de la Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, voir <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/index.html>.

³⁵ Voir <https://www.legislation.vic.gov.au/bills/advancing-treaty-process-aboriginal-victorians-bill-2018>.

³⁶ Exposé d'Atina Pamei Gaare au séminaire du Mécanisme d'experts.

³⁷ Communication conjointe de plusieurs organisations du nord-est de l'Inde.

³⁸ Exposé de Gilberto López y Rivas au séminaire du Mécanisme d'experts.

³⁹ Gouvernement colombien, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016), voir [https://www.jep.gov.co/Marco Normativo/Normativa_v2/01 ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0](https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0).

⁴⁰ Communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones ; voir également « Guatemala. Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas » (1995) (<https://www.almg.org.gt/wp-content/uploads/2020/05/j-Acuerdo-Sobre-Identidad.pdf>).

⁴¹ Australie, « Registered native title bodies corporate », Office of the Registrar of Indigenous Corporations, 22 octobre 2020, voir <https://www.oric.gov.au/top-500/2015-16/RNTBCs>.

⁴² Exposé de Janine Gertz au séminaire du Mécanisme d'experts.

⁴³ Communication du Castan Centre for Human Rights Law ; voir également Harry Hobbs et George Williams, « The Noongar settlement: Australia's first treaty », *Sydney Law Review*, vol. 40, n° 1 (2018), p. 27.

24. Dans certains cas, la relation entre les peuples autochtones et les États est régie par des dispositions législatives ou les constitutions. Aux États-Unis d'Amérique, les autorités fédérales et étatiques ont souvent eu recours à des décrets pour traiter des questions essentielles et raffermir les relations politiques avec les gouvernements autochtones, sur des bases de coordination et de consultation, même si le principe du consentement n'aurait pas été envisagé⁴⁴.

25. En Colombie, des accords sur les territoires autochtones ont conduit à l'adoption du décret 1397 de 1996 portant création de la Commission nationale des territoires autochtones et de la table ronde permanente de concertation avec les peuples et organisations autochtones. Cependant, les organisations autochtones ont protesté contre le non-respect de toutes les conditions prévues par le décret et se sont mobilisées pour demander que ces engagements soient respectés⁴⁵. Il a été signalé que la Juridiction spéciale pour la paix, créée dans le cadre de l'accord de paix final, contribue au renforcement des institutions des peuples autochtones et à l'instauration d'un climat de liberté, de paix et de sécurité⁴⁶.

IV. Conclusion de traités, accords et autres arrangements constructifs

26. L'exercice effectif du droit des peuples autochtones d'établir des accords consensuels et de les faire appliquer dépend de plusieurs conditions favorables, dont le respect des droits de l'homme et la non-discrimination, la bonne foi et le principe du consentement préalable, libre et éclairé.

A. Reconnaissance des peuples autochtones

27. La Déclaration contient plusieurs dispositions relatives à la reconnaissance des peuples autochtones en tant que tels et à la reconnaissance de leurs droits individuels et collectifs, qui font partie intégrante de leur existence même en tant que peuples distincts, notamment les articles 3, 5, 7, 9 et 33⁴⁷.

28. La reconnaissance par les États des peuples autochtones en tant que peuples dotés d'une identité, d'institutions, d'une culture et de traditions qui leur sont propres et du droit à l'autodétermination constitue une condition favorable à un dialogue constructif. Elle est également essentielle pour l'exercice et la mise en œuvre des droits énoncés dans la Déclaration⁴⁸ ainsi que pour l'établissement d'accords régissant les relations entre les peuples autochtones et les États⁴⁹, quand bien même l'absence de reconnaissance ne devrait pas empêcher l'accès à la protection juridique de ces droits. Les peuples autochtones ont souvent cherché à obtenir une reconnaissance constitutionnelle parce que cette reconnaissance, au sommet de la hiérarchie judiciaire nationale, est censée leur garantir une protection plus complète. Plusieurs États ont inscrit dans leur constitution la reconnaissance des peuples autochtones et, dans une certaine mesure, les droits de ces derniers tels qu'ils sont énoncés dans la Déclaration.

29. Un certain nombre d'États des Amériques, comme la Bolivie (État plurinational de), le Brésil, le Canada, la Colombie, le Mexique et le Nicaragua, ont introduit des clauses analogues dans leurs constitutions. Cependant, dans certains cas, notamment dans les constitutions du Guatemala et du Nicaragua, si la reconnaissance de l'existence des peuples autochtones, des mesures de protection spéciales et certains domaines d'autonomie sont

⁴⁴ Exposé de David Wilkins au séminaire du Mécanisme d'experts ; voir également [A/HRC/21/47/Add.1](#), par. 67 et 68.

⁴⁵ [A/HRC/37/3/Add.3](#), par. 72, 73 et 75 ; voir également <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/2058-pueblos-y-organizaciones-indigenas-nosdeclaramos-en-alerta-y-asamblea-permanente-por-incumplimientode-acuerdos-por-parte-del-gobierno-nacional>.

⁴⁶ Exposé de Belkis Izquierdo Torres au séminaire du Mécanisme d'experts.

⁴⁷ [A/HRC/EMRIP/2019/3/Rev.1](#), par. 9.

⁴⁸ Ibid., par. 17.

⁴⁹ Ibid., par. 38.

consacrés, il n'est pas fait mention de leur droit à l'autodétermination. Dans d'autres cas, des sphères spécifiques de pouvoir et de compétence sont mises en place, comme les entités territoriales autochtones en Colombie (art. 329-330) ou les circonscriptions territoriales autochtones en Équateur (art. 60, 242, 257)⁵⁰.

30. Dans certaines constitutions, comme celles des Philippines et de plusieurs pays africains, dont l'Afrique du Sud, le Gabon et le Kenya, les peuples autochtones sont désignés comme un groupe, une population ou une communauté, conformément à une approche qui identifie les peuples autochtones au lieu de les définir⁵¹. Dans d'autres, seuls des groupes particuliers sont reconnus, comme c'est le cas des tribus répertoriées en Inde, au détriment d'autres groupes, tels que les migrants Adivasi adivasis dans l'État d'Assam⁵².

31. En Afrique, les peuples autochtones se heurtent à un obstacle majeur résultant de la croyance très répandue selon laquelle tous les Africains sont des peuples autochtones et que leur reconnaissance en tant que peuples séparés ou distincts pourrait déclencher des conflits entre les groupes ethniques ou compromettre l'intégrité des États⁵³. La République démocratique du Congo est le seul État de l'Afrique qui reconnaît les peuples autochtones dans sa Constitution (art. 16). Dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a estimé que le Kenya avait violé l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en ne reconnaissant pas les Ogieks comme une tribu distincte⁵⁴. Dans sa Constitution, le Kenya reconnaît le devoir de l'État de répondre aux besoins des personnes issues de minorités ou de communautés marginalisées, et des personnes appartenant à une communauté ethnique, religieuse ou culturelle particulière, ainsi que d'autres groupes vulnérables comme les femmes et les enfants⁵⁵. Dans le préambule de la Constitution du Cameroun, il est fait mention des populations autochtones, tandis que la Constitution du Burundi prévoit trois sièges au Sénat réservés aux « personnes issues de l'ethnie Twa » (art. 185 2)). Dans une affaire impliquant les peuples San et Bakgalagadi, la Haute Cour du Botswana a admis que les requérants appartenaient à une catégorie de peuples désormais reconnus comme peuples autochtones⁵⁶.

32. Depuis 1995, les Sâmes sont reconnus comme peuple autochtone dans la Constitution finlandaise, mais selon le Parlement sâme, des problèmes subsisteraient quant aux modalités de mise en œuvre de ce droit. En Australie, les revendications des peuples aborigènes et peuples insulaires du détroit de Torres visant à faire reconnaître leur droit à l'autodétermination dans la Constitution n'ont toujours pas été satisfaites⁵⁷. Toutefois, le Gouvernement australien se déclare résolu à organiser un référendum sur la question au cours du mandat de l'administration actuelle⁵⁸.

33. Il est essentiel de souligner que lorsque les constitutions ou les lois reconnaissent les peuples autochtones et leurs droits, elles affirment, plutôt qu'elles ne créent, ces droits, qui sont intrinsèques⁵⁹ et inaliénables⁶⁰. Cette reconnaissance doit également se traduire par de profondes réformes structurelles. Le fait que les États n'accordent pas la personnalité

⁵⁰ A/HRC/48/75, par. 44.

⁵¹ OIT et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Aperçu du rapport du projet de recherche par l'Organisation internationale du Travail et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la protection constitutionnelle et législative des droits des peuples autochtones dans 24 pays africains*, Genève, OIT, 2009 ; Banjul (Gambie), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2009), voir <https://www.achpr.org/presspublic/publication?id=50>.

⁵² Voir la communication de Bipasha Rosy Lakra.

⁵³ Exposé de Chidiebere C. Ogbonna au séminaire du Mécanisme d'experts.

⁵⁴ *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*, requête n° 006/2012 (2017), arrêt du 26 mai 2017, par. 112 et 146.

⁵⁵ Constitution du Kenya, art. 21 3), voir <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=Const2010>.

⁵⁶ Haute Cour du Botswana, *Roy Sesana Keiwa Setlhobogwa and Others v. The Attorney General*, arrêt du 13 décembre 2006, sect. H.1, par. 5.

⁵⁷ Communications de Harry Hobbs et du Castan Centre for Human Rights Law.

⁵⁸ Communication de l'Australie.

⁵⁹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, septième alinéa du préambule.

⁶⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, préambule.

juridique aux peuples autochtones constitue pour eux un obstacle les empêchant d'être parties à des accords formels dans le cadre du régime juridique dominant⁶¹. De même, en dépit de la reconnaissance étendue dont ils jouissent dans la Constitution mexicaine (art. 2), les peuples autochtones ont toujours le statut d'entités d'intérêt public et non celui de sujets de droit public, un aspect controversé du droit que contestent ces peuples autochtones et des universitaires⁶². La promesse de réforme constitutionnelle visant à modifier ce statut, faite en 2019, ne s'est pas encore concrétisée. Pour que les peuples autochtones puissent exercer leurs droits – surtout leurs droits à l'autodétermination et à la terre, aux territoires et aux ressources naturelles, il est essentiel de leur reconnaître la personnalité juridique⁶³. Toutefois, la personnalité juridique ne doit pas conditionner l'exercice des droits des peuples autochtones. En outre, dans son rapport final, le Rapporteur spécial a déclaré que si des peuples autochtones qui n'ont jamais eu de relations juridiques formelles, sous forme de traités ou autres procédures analogues, avec des puissances non autochtones revendiquent aussi le statut juridique de nations, il y a lieu de partir du principe que, sauf preuve du contraire, ils continuent de jouir de ce statut⁶⁴.

34. Même lorsque leurs droits sont reconnus, les peuples autochtones sont souvent traités de manière paternaliste⁶⁵, tandis que leurs revendications d'autodétermination et d'autonomie sont considérées avec méfiance⁶⁶. Il est essentiel de changer de paradigme pour instaurer un dialogue et une coopération véritables, fondés sur la reconnaissance et le partenariat, entre les États et les peuples autochtones, ce qui suppose que les États soient davantage disposés à partager le pouvoir. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a recommandé à la Nouvelle-Zélande de reconnaître l'obligation d'établir une gouvernance partagée conformément à l'accord de partage du pouvoir prévu par le Traité de Waitangi⁶⁷. Les États doivent considérer le partage du pouvoir, non pas comme une menace pour leur intégrité, mais plutôt comme une occasion de garantir l'intégration des peuples autochtones au sein du gouvernement et leur participation effective à l'action gouvernementale. Comme l'a déclaré la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones en 2019, « Les traités constituent le fondement de l'autodétermination des peuples autochtones. Leur application effective devrait aller de pair avec la reconnaissance des peuples autochtones en tant qu'entités politiques habilitées à s'auto-administrer »⁶⁸.

⁶¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, par. 310 et 311. Ce problème a été signalé pour les États-Unis et la Fédération de Russie (exposés de David Wilkins (États-Unis) et Vladimir Kryazhkov (Fédération de Russie) au séminaire du Mécanisme d'experts).

⁶² A/HRC/39/17/Add.2, par. 10 ; voir également Francisco López Bárcenas *et al.*, *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México*, 2^e éd. (Mexico, 2002), voir https://www.franciscolopezbarcenass.org/_files/ugd/afcdf2_ea87b8b180ae45d08460d19e42ca992b.pdf ; et Francisco López Bárcenas, « La diversidad negada: los derechos indígenas en la propuesta de reforma constitucional », dans *Globalización, Identidad y Democracia: México y América Latina* (Mexico, Siglo Veintiuno Editores, 2001), p. 449 à 463, voir https://www.franciscolopezbarcenass.org/_files/ugd/afcdf2_5f891922295943bb9ca650559023c099.pdf.

⁶³ Organisation des États américains, Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, article IX : « Personnalité juridique. Les États reconnaissent pleinement la personnalité juridique des peuples autochtones en respectant les formes d'organisation autochtones et en promouvant le plein exercice des droits reconnus par la présente Déclaration » ; voir aussi Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal peoples' Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources* (OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/09), 2009, chap. X, par. 372 à 375, voir <http://cidh.org/countryrep/indigenous-lands09/Chap.X.htm#>.

⁶⁴ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 288.

⁶⁵ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, par. 97.

⁶⁶ John B. Henriksen, « The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: some key issues and events in the process », dans *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Claire Charters et Rodolfo Stavenhagen, (dir. publ.) (Copenhague, Groupe de travail international pour les affaires autochtones, 2009), p. 365.

⁶⁷ CERD/C/NZL/CO/21-22, par. 12 et 13 c).

⁶⁸ A/74/149, par. 42.

B. Reconnaissance des traités, accords et autres arrangements constructifs

35. La reconnaissance et la protection constitutionnelles des traités, accords et autres arrangements constructifs est une question juridique importante. À titre d'exemple, à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982⁶⁹, le Canada reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités, tandis qu'à l'article 25, il prévoit des protections supplémentaires contre toute abrogation ou dérogation pouvant résulter d'autres droits et libertés garantis par la Charte des droits et libertés⁷⁰. L'interprétation de l'article 35 se poursuit dans les cours de justice⁷¹, et l'on ignore si d'autres accords, même s'ils sont complets, bénéficieront de la même protection et de la même reconnaissance constitutionnelles que les futurs traités et accords sur des revendications territoriales qui sont expressément reconnus au paragraphe 3 de l'article 35⁷².

36. Au Chili, un projet de réforme constitutionnelle est à l'étude et devrait permettre de reconnaître dans la Constitution le lien entre l'autodétermination des peuples autochtones et leur droit de faire respecter leurs traités par l'État et d'en négocier de nouveaux⁷³.

C. Déséquilibre du pouvoir

37. Comme l'a déclaré le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, les efforts déployés par les États pour réduire les déséquilibres de pouvoir confèrent une plus grande légitimité aux négociations engagées avec les peuples autochtones⁷⁴. Par exemple, les États doivent faire en sorte de fournir aux autochtones des moyens financiers et techniques et l'aide dont ils ont besoin sous d'autres formes pour participer à des consultations constructives, sans faire de cette assistance un bras de levier pour faire pression sur eux ou influencer sur leurs positions⁷⁵.

38. Dans l'État de Victoria, en Australie, la loi de 2018 sur l'avancement du processus de négociation des traités avec les Aborigènes du Victoria a porté création d'un fonds d'autodétermination destiné à aider les propriétaires traditionnels et les Aborigènes du Victoria à jouir du même statut que l'État dans les négociations de traités (art. 36). Le gouvernement de l'État a adapté ses procédures ordinaires pour faire en sorte que la loi soit appliquée au moyen d'une procédure dirigée par des Aborigènes et mise au point en partenariat avec un groupe de travail aborigène sur les traités.

39. Pour assurer un équilibre des pouvoirs dans les négociations, il faut commencer par définir le processus lui-même, ses objectifs et ses étapes, les ressources nécessaires ainsi que le moment, le lieu et les modalités du dialogue. L'absence de ces éléments empêche les peuples autochtones d'exprimer leurs positions et les oblige à inscrire leurs revendications et leurs demandes dans les limites d'une structure prédéterminée qui n'a pas été établie de manière consensuelle.

40. En Australie, par exemple, la loi sur les titres fonciers autochtones de 1993 a établi des procédures officielles par lesquelles les revendications de titres fonciers autochtones peuvent être déterminées⁷⁶, tandis que les discussions sur les traités ont commencé plus tard. Selon certains, la préexistence du système de titres fonciers autochtones est susceptible d'affaiblir le pouvoir de négociation des peuples autochtones au cours des discussions sur les traités, en particulier si les institutions politiques d'autonomie n'ont pas encore été créées⁷⁷.

⁶⁹ Voir <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-13.html#docCont>.

⁷⁰ Voir <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-50> ; voir aussi la communication du Canada.

⁷¹ Cour suprême du Canada, *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S 1075 ; et *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique* [1973] R.C.S 313.

⁷² Communication de la Commission des traités de la Colombie-Britannique.

⁷³ Exposé de Francisco Cali Tzay' au séminaire du Mécanisme d'experts.

⁷⁴ A/66/288, par. 88.

⁷⁵ A/HRC/12/34, par. 51, et A/HRC/39/62, par. 22 c).

⁷⁶ Communication de l'Australie.

⁷⁷ Exposé de Janine Gertz au séminaire du Mécanisme d'experts.

41. Comme énoncé à l'article 18 de la Déclaration, « 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 ». Dès lors, ils ne doivent pas être obligés d'adopter d'autres institutions ou de se transformer en sociétés pour pouvoir prendre part à un dialogue constructif et conclure des accords constructifs avec les États⁷⁸.

42. Les peuples autochtones doivent mettre en place les institutions qui les dirigeront, selon leurs structures, leurs traditions et leurs cultures⁷⁹, sans se voir imposer un mode de participation qui ne corresponde pas à leurs propres processus de décision. Ne pas dialoguer avec les représentants légitimes des peuples autochtones peut compromettre tout consentement obtenu⁸⁰. Une participation effective suppose aussi que toutes les parties concernées soient associées aux négociations : ne pas faire participer tous les titulaires de droits risque de compromettre le résultat⁸¹.

43. Les peuples autochtones ont parfois été exclus de la table des négociations, comme ce fut le cas pour l'accord de réconciliation conclu entre l'Allemagne et la Namibie concernant les allégations de génocide perpétré contre les Hereros, les Namas, les Sans et les Damaras⁸². Le Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine a fait observer que l'Allemagne n'avait pas consulté sérieusement les représentants légitimes des minorités et autochtones victimes de ce génocide afin de discuter des réparations⁸³ et a recommandé à l'Allemagne de faire en sorte que ces peuples soient associés aux négociations en cours entre les deux gouvernements⁸⁴.

44. Dans certains cas, les institutions nationales des droits de l'homme et les institutions créées pour traiter les questions relatives aux peuples autochtones⁸⁵ jouent un rôle primordial dans les efforts visant à rééquilibrer les asymétries de pouvoir et doivent être dotées des ressources nécessaires pour accomplir leur mission. En cas de conflit, la médiation d'une tierce partie peut être souhaitable pour éviter qu'une partie n'impose des solutions à l'autre, en compensant l'asymétrie, de manière à promouvoir un dialogue constructif et parvenir à des résultats concrets⁸⁶.

V. Mise en œuvre des traités, accords et autres arrangements constructifs

45. Lorsque des traités, des accords ou d'autres arrangements constructifs sont établis, les peuples autochtones et les États doivent faire face à de multiples défis et obstacles pour les mettre en œuvre et les faire respecter efficacement et pleinement, qui tiennent notamment à l'interprétation des termes de l'accord et au manque de moyens techniques et financiers, et à l'absence de volonté politique et d'harmonisation avec d'autres réglementations.

⁷⁸ A/HRC/39/62, par. 20 c) et 23.

⁷⁹ Ibid., par. 20 c).

⁸⁰ Ibid., par. 23.

⁸¹ Exposé d'Atina Pamei Gaare au séminaire du Mécanisme d'experts.

⁸² Communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones.

⁸³ A/HRC/36/60/Add.2, par. 53, et A/HRC/WG.6/30/DEU/2, par. 29 ; voir également Lisa Ossenbrink, « Namibia's Ovaherero, Nama slam exclusion from Germany deal », *Al-Jazeera*, 1^{er} juin 2021, voir <https://www.aljazeera.com/news/2021/6/1/ovaherero-nama-descendants-criticise-germanys-reconciliation>.

⁸⁴ A/HRC/36/60/Add.2, par. 61.

⁸⁵ Comme la Commission nationale chargée des peuples autochtones aux Philippines et l'Institut national des peuples autochtones au Mexique.

⁸⁶ Contributions d'organisations de la société civile et de réseaux de peuples autochtones du Bangladesh ; voir aussi Miek Boltjes, « The implementation challenge in intrastate peace processes: an analysis », dans *Implementing Negotiated Agreements: The Real Challenge to Intrastate Peace*, Miek Boltjes, éd. (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007), p. 21.

A. Interprétation

46. Un élément déterminant pour la mise en œuvre des accords est une compréhension commune et de bonne foi de l'objectif que les deux parties veulent atteindre et de la manière dont elles souhaitent formaliser un accord⁸⁷. Un désaccord peut survenir entre les parties sur la nature et la portée de l'accord, sur le sens et l'interprétation des termes et des concepts qu'il contient, y compris la façon dont les concepts sont exprimés dans les différentes langues et évoluent en fonction des circonstances, et sur la durée de l'accord⁸⁸. De nombreux peuples autochtones font état de ce type de préoccupations, notamment en ce qui concerne les cessions ou transferts supposés de souveraineté, de terres et de droits.

47. Ainsi, les versions maorie et anglaise du traité de Waitangi étaient très différentes. Dans la version en langue maorie, les Maoris conservent leur souveraineté, leur autodétermination et leurs droits sur leur *taonga* (patrimoine), tandis que dans la version en langue anglaise, il est dit que les Māori ont cédé leur souveraineté à la Couronne britannique⁸⁹.

48. La Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones affirme clairement que les États doivent honorer et respecter les traités, accords et autres arrangements constructifs « conformément à leur esprit et à leur intention et de bonne foi » et qu'il convient de prendre dûment en considération l'interprétation qui en est donnée par les peuples autochtones. Néanmoins, au Canada et aux États-Unis, l'État privilégie souvent les interprétations contractuelles et littérales restrictives plutôt que l'intention originale de l'accord telle qu'elle est comprise par les peuples autochtones. Les États ont tendance à obtenir, par le biais de leurs systèmes judiciaires, que les traités historiques soient interprétés comme une cession par les nations autochtones de leurs droits territoriaux et souverains à la Couronne⁹⁰, par opposition à l'intention des nations autochtones d'établir une relation de coexistence en termes d'amitié et de parenté, fondée sur la paix et le soutien mutuel⁹¹. Les droits intrinsèques ne doivent en aucun cas être écartés⁹². Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux du Canada ont été largement critiqués pour avoir adopté une approche réductionniste de l'interprétation des traités⁹³.

49. Dans l'interprétation des traités, il est important de « faire valoir l'interprétation par les peuples autochtones des traités les concernant, telle qu'elle ressort des récits oraux et traditions et notions exprimées dans leurs propres langues »⁹⁴ à la lumière du droit international des droits de l'homme⁹⁵. Les traités doivent être considérés comme des accords vivants, et il convient de ne pas perdre de vue leur esprit et leur intention, en tenant dûment

⁸⁷ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 58.

⁸⁸ Voir le document intitulé « Compilation of conclusions and recommendations from the United Nations seminars on treaties, agreements and other constructive arrangements » ; voir aussi la contribution du Conseil international des traités indiens.

⁸⁹ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 280 ; voir aussi l'avis du Mécanisme d'experts dans le cadre du mandat relatif à la collaboration avec les pays, Nouvelle-Zélande, par. 25, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/RequestsUnderNewMandate.aspx>.

⁹⁰ Voir <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1307460755710/1536862806124>.

⁹¹ Exposé de Chief Wilton Littlechild au séminaire du Mécanisme d'experts ; voir également les communications du Musée canadien des droits de la personne, de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba, des Amis de la rivière Attawapiskat et du Western Shoshone Defense Project ; John Leonard Taylor, « Two views on the meaning of treaties six and seven », in *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, 3^e éd., Richard Price (dir. publ.) (Edmonton, University of Alberta Press, 1999), p. 39 ; et J. R. Miller, *Lethal Legacy: Current Native Controversies in Canada* (Toronto, McClelland & Stewart, 2004), p. 165.

⁹² E/CN.4/2006/78/Add.3, par. 16.

⁹³ Association du barreau autochtone du Canada, « Renforcer le partenariat entre les États et les peuples autochtones : traités, accords et autres arrangements constructifs », Genève, 16 et 17 juillet 2012, p. 4 (disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/Seminars/Treaties/BP16.pdf>).

⁹⁴ A/HRC/EMRIP/2010/5, par. 22.

⁹⁵ A/74/149, par. 43 ; voir aussi E/CN.4/2005/88/Add.3 et E/CN.4/2005/88/Add.3/Corr.1 ; A/HRC/27/52/Add.2 ; et A/HRC/18/35/Add.4.

compte de la vision du monde des autochtones⁹⁶. Dans certains cas, il est essentiel de respecter les traités en tant que pactes spirituels, tels qu'ils sont compris par les peuples autochtones⁹⁷.

50. S'agissant de futurs accords, il convient d'aborder les questions d'interprétation et de signification de manière préventive. Dans l'État de Victoria, la législation sur les processus de négociation des traités reconnaît que les principes directeurs peuvent avoir des significations et des accents différents pour différents propriétaires traditionnels et autochtones de cet État et que ces variations doivent être prises en compte dans l'application des principes directeurs⁹⁸.

51. Il a été signalé que, dans certains cas, l'interprétation unilatérale des traités avait entraîné leur dénonciation unilatérale⁹⁹. Dans celui de la Western Shoshone Nation, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que l'État avait violé les droits de propriété des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales¹⁰⁰, et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a lancé une procédure d'alerte rapide et d'intervention d'urgence concernant cette affaire¹⁰¹. Les organes conventionnels et les procédures spéciales de l'ONU en matière de droits de l'homme ont exhorté les États-Unis à reconnaître que les droits issus de traités des Amérindiens ne pouvaient être annulés unilatéralement¹⁰². Comme il est affirmé dans le rapport final du Rapporteur spécial, les traités qui ne sont pas accompagnés d'une date d'expiration sont réputés en vigueur jusqu'à ce que toutes les parties décident d'y mettre fin¹⁰³. Récemment, 17 agences fédérales du Gouvernement des États-Unis ont conclu un protocole d'accord visant à protéger les droits issus de traités conclus avec des peuples tribaux dans leurs processus d'élaboration des politiques et des réglementations¹⁰⁴.

B. Mise en œuvre

52. La mise en œuvre des accords peut entraîner des changements structurels, législatifs et administratifs, tels que la création d'institutions spécifiques ou le renforcement d'institutions préexistantes. Elle nécessite également l'allocation d'un budget suffisant pour appliquer les changements nécessaires et financer les institutions chargées de la mise en œuvre des accords et du suivi de celle-ci. Ces institutions doivent être dotées des moyens leur permettant d'accomplir leurs tâches, d'un mandat solide et de pouvoirs appropriés, et bénéficier de l'indépendance et des capacités techniques nécessaires. Le non-respect de ces conditions peut compromettre le résultat du processus et affaiblir la crédibilité des institutions concernées.

53. L'adoption de la loi sur les droits des peuples autochtones aux Philippines comme cadre des relations avec les peuples autochtones a conduit à la création de la Commission nationale des peuples autochtones. Il a cependant été rapporté que la Commission souffrirait

⁹⁶ La terre est considérée comme un « être » ou comme ayant un esprit, et elle est donc en relation avec les peuples autochtones. Elle ne peut être possédée. Communication de la coalition Friends of the Attawapiskat River ; voir aussi Leroy Little Bear, « Jagged worldviews colliding », in *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, Marie Battiste (dir. publ.). (Vancouver, University of British Columbia Press, 2000).

⁹⁷ Communication de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba.

⁹⁸ Loi de 2018 sur l'avancement du processus de négociation des traités avec les Autochtones du Victoria (*Advancing the Treaty Process with Aboriginal Victorians Act 2018*), art. 20 2)

⁹⁹ Communications du Conseil international des traités indiens et du Western Shoshone Defense Project.

¹⁰⁰ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Mary and Carrie Dann v. United States* (affaire 11.140, rapport n° 75/02, 27 décembre 2002) (disponible à l'adresse : <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>).

¹⁰¹ Voir CERD/C/USA/DEC/1.

¹⁰² CCPR/C/79/Add.50, par. 37 ; voir aussi CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, par. 37 ; et A/HRC/21/47/Add.1, par. 15 et 102.

¹⁰³ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 272 et 279.

¹⁰⁴ Communication des États-Unis à la quinzième session du Mécanisme d'experts, voir <https://www.doi.gov/sites/doi.gov/files/interagency-mou-protecting-tribal-treaty-and-reserved-rights-11-15-2021.pdf>.

d'un manque de financement approprié, de capacités techniques et de pouvoir effectif¹⁰⁵. De même, il a été rapporté que le Comité de mise en œuvre de l'accord de paix de Chittagong Hills Tracts au Bangladesh ferait face à des difficultés dans l'exécution de son mandat, tenant notamment à l'absence d'un mécanisme de suivi de ses décisions¹⁰⁶.

54. En Colombie, les peuples autochtones ont signalé des retards dans la mise en œuvre du chapitre ethnique de l'accord de paix, en raison, notamment, du manque de financement et de plan de mise en œuvre. Ces retards ont notamment concerné la réforme agraire et la garantie d'une participation effective, ce qui a affecté la situation en matière de sécurité dans les territoires et les communautés autochtones, en particulier celle des femmes et des filles autochtones¹⁰⁷.

C. Volonté politique et bonne foi

55. La mise en œuvre d'accords consensuels dépend de la volonté politique et de la bonne foi, sans que soient compromis les efforts pour parvenir à la paix¹⁰⁸. Une mise en œuvre complète et efficace fonde une coexistence pacifique et respectueuse.

56. L'étude sur l'évaluation de l'état de mise en œuvre de l'accord de paix de Chittagong Hill Tracts présentée à l'Instance permanente sur les questions autochtones¹⁰⁹ a mis en évidence l'impact de la volonté politique sur la mise en œuvre de l'accord, et le fait que la résistance à sa mise en œuvre était centrée sur l'opposition à la réalisation des droits des peuples autochtones à l'autodétermination, à l'autonomie, aux terres et aux ressources naturelles¹¹⁰. Ces conclusions sont également ressorties des observations des rapporteurs spéciaux successifs sur les droits des peuples autochtones¹¹¹, ainsi que des processus d'examen périodique universel¹¹².

57. Au cours de la finalisation de la présente étude, le Mécanisme d'experts a reçu des allégations de tentatives d'abrogation de la loi sur la réglementation de 1900, ce qui compromettrait les fondements juridiques de la mise en œuvre de l'accord de paix de Chittagong Hill Tracts et les droits des Jummas dans cette région du Bangladesh¹¹³. Les risques liés à l'absence de reconnaissance constitutionnelle de l'accord ont été soulevés à plusieurs reprises¹¹⁴.

58. Le mécanisme d'experts a également connaissance de situations dans lesquelles la reconnaissance constitutionnelle des traités n'a pas garanti leur bonne application. Au Canada, malgré la conclusion du traité entre les Micmacs et la Couronne sur le droit de pêche, de chasse et de cueillette et la réaffirmation de ce droit dans l'arrêt Marshall de 1999 de la Cour suprême¹¹⁵, les Micmacs ont toujours du mal à réaliser leurs droits issus du traité

¹⁰⁵ Exposé de Minnie Degawan au séminaire du Mécanisme d'experts.

¹⁰⁶ Communications des organisations de la société civile et des réseaux de peuples autochtones du Bangladesh, du Parbatya Chattagram Jana Samhati Samiti et du Groupe de travail international pour les affaires autochtones ; voir aussi Devasish Roy, « Lessons from the implementation of the Chittagong Hill Tracts Accord », 2021 (disponible à l'adresse : <https://www.iwgia.org/en/news/4541-lessons-from-the-implementation-of-the-chittagong-hill-tracts-accord.html>).

¹⁰⁷ Communication présentée à la quinzième session du Mécanisme d'experts par Indigenous Peoples Rights International.

¹⁰⁸ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 277, 295 et 296.

¹⁰⁹ Voir E/C.19/2011/6.

¹¹⁰ Ibid., par. 45 et 46.

¹¹¹ A/74/149, par. 47 ; et A/HRC/9/9/Add.1, par. 50 à 56.

¹¹² Voir A/HRC/39/12, A/HRC/24/12 et A/HRC/11/18.

¹¹³ Voir <https://hillvoice.net/cht-regulation-1900-must-be-enforced-statements-of-27-eminent-citizens/>.

¹¹⁴ A/HRC/48/75, par. 37 ; A/HRC/9/9/Add.1, par. 50 ; E/C.19/2011/6 ; E/C.19/2014/4 ; et CCPR/C/BGD/CO/1, par. 12.

¹¹⁵ Cour suprême du Canada, *R. c. Marshall* [1999] 3 RCS 456.

et sont en butte aux acte d'intimidation et de harcèlement de non-autochtones lorsqu'ils tentent de les exercer¹¹⁶.

D. Manque de préparation culturelle

59. La mise en œuvre est également liée à la nécessité d'un cadre culturel qui favorise une compréhension approfondie des droits des peuples autochtones et de l'importance de l'engagement pris en concluant un accord. Cela suppose la création d'un environnement partagé et stable dans lequel les droits et les points de vue autochtones sont largement compris pour pouvoir être pleinement et systématiquement mis en œuvre¹¹⁷. L'éducation aux droits de l'homme est un outil fondamental pour atteindre cet objectif, et les agents de l'État, en particulier, doivent être formés pour comprendre et appliquer ces droits dans l'exercice de leurs fonctions. Des initiatives comme la « trousse éducative sur les traités » pour les programmes scolaires, élaborée par la Commission des relations découlant des traités du Manitoba (*Treaty Relations Commission of Manitoba*), peuvent contribuer à une compréhension commune et à une culture respectueuse des traités¹¹⁸.

VI. Mécanismes de résolution des conflits

60. La création et le renforcement de mécanismes spécifiques contribuent au respect et à la bonne application des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les peuples autochtones et les États. Les violations des accords sont sources de conflits et peuvent conduire à des atteintes aux droits de l'homme et à la rupture de partenariats durement acquis. Elles doivent être traitées de manière appropriée par des mécanismes compétents pour gérer et résoudre les conflits, examiner les griefs et accorder réparation. L'engagement des États à réparer la dépossession historique et continue des peuples autochtones est un élément essentiel d'une nouvelle relation avec eux. Ces mécanismes devraient examiner les violations passées, présentes et persistantes en adoptant une approche fondée sur les droits de l'homme et en manifestant une compréhension approfondie des processus historiques.

61. La Déclaration fournit un cadre pour la mise en œuvre des processus propres à réparer les violations des traités, accords et autres arrangements constructifs, comme cela a été énoncé dans les études et rapports du Mécanisme d'experts¹¹⁹ et au cours des trois séminaires d'experts de l'ONU¹²⁰. L'article 40 de la Déclaration dispose que les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs, et que toute décision en la matière doit prendre dûment en considération les normes internationales relatives aux droits de l'homme et les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés.

62. De même, l'article 27 de la Déclaration dispose que les États doivent mettre en place et appliquer, 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 de ces peuples en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, et de statuer sur ces droits.

63. L'article 28 de la Déclaration affirme le droit à réparation des peuples autochtones pour les violations de leur droit à la terre, aux territoires et aux ressources, lorsque ceux-ci ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable,

¹¹⁶ Sarah Ritchie, « Federal enforcement in N.S. fisheries dispute 'political': Mi'kmaw lawyer », *Global News*, 20 septembre 2021 (disponible à l'adresse : <https://globalnews.ca/news/8204388/liberals-fishery-dispute-mikmaw-lawyer/>).

¹¹⁷ A/74/149, par. 81 g).

¹¹⁸ Communication de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba.

¹¹⁹ Voir A/HRC/39/62 ; A/HRC/45/38 ; et A/HRC/48/51.

¹²⁰ Voir le document intitulé « Compilation of conclusions and recommendations from the United Nations seminars on treaties, agreements and other constructive arrangements ».

donné librement et en connaissance de cause. Les mesures de réparation de ces violations peuvent inclure la restitution ou, si cela n'est pas possible, une indemnisation juste, correcte et équitable. 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.

64. Les articles 27, 28 et 40 soulignent deux points importants : a) le droit des peuples autochtones à ce que les violations de leurs droits soient examinées et réparées par des processus adéquats ; b) leur droit de participer à ces processus, dans le respect du principe du consentement préalable, libre et éclairé.

65. Les entités chargées d'aborder les négociations et de régler les différends et les conflits doivent jouir d'une indépendance garantie par les lois constitutionnelles ou autres et disposer d'un financement et de moyens adéquats pour s'acquitter de leur tâche correctement et efficacement. Elles doivent être dotées de mandats larges et explicites et leurs décisions doivent être contraignantes et dûment exécutées. Il convient de les mettre en place en collaboration avec les peuples autochtones, en tenant compte de manière significative dans leur mandat des approches autochtones en matière de résolution des conflits et des lois autochtones. Leur composition doit garantir le pluralisme et la représentation égale des peuples autochtones. Toute asymétrie de pouvoir entre les peuples autochtones et les États au sein de ces entités et dans l'application de leurs décisions compromettrait la notion de « résolution conjointe des problèmes ». Ces entités devraient fonder leur action sur une connaissance et une compréhension profondes et complètes du droit international des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones.

A. Mécanismes non contentieux

66. Les mécanismes de résolution des conflits pour traiter les questions liées aux traités entre les peuples autochtones et les États doivent avoir un caractère non contentieux. Le tribunal de Waitangi est une commission d'enquête permanente chargée de déterminer si les actions, inactions ou omissions de la Couronne ont enfreint les principes du traité de Waitangi¹²¹. Les droits inscrits dans la Déclaration sont devenus de plus en plus pertinents pour interpréter ces principes¹²². Cependant, comme l'a fait observer le Mécanisme d'experts, l'interprétation du traité par le tribunal et les cours n'est pas faite sur l'intégralité de celui-ci et n'est pas strictement conforme au texte en langue maorie¹²³.

67. Les audiences du tribunal de Waitangi, qui sont moins formelles et menées d'une manière partiellement alignée sur les approches de résolution des conflits selon les coutumes (tikanga) maories, aboutissent à des recommandations, qui sont généralement non contraignantes et fréquemment ignorées par la Couronne¹²⁴. Le tribunal manquerait de ressources et serait saisi d'un nombre important de plaintes, ce qui ralentirait ses enquêtes, l'établissement de ses rapports et la formulation de ses recommandations sur les affaires¹²⁵. Nombre de ces problèmes ont déjà été examinés par les organes conventionnels des droits de l'homme de l'ONU¹²⁶ et par le Mécanisme d'experts, qui ont conseillé à l'État d'envisager diverses mesures de nature à renforcer le rôle du Tribunal, notamment les suivantes : l'habiliter à prononcer des décisions contraignantes plutôt que des recommandations, lui donner compétence pour évaluer les politiques par rapport au traité et le doter de ressources humaines et financières supplémentaires¹²⁷.

¹²¹ Voir <https://waitangitribunal.govt.nz/treaty-of-waitangi/>.

¹²² Tribunal de Waitangi, *Whaia te Mana Motuhake: report on the Māori Community Development Act Claim* (Lower Hutt, Nouvelle-Zélande, Legislation Direct, 2015).

¹²³ Avis du mécanisme d'experts, Nouvelle-Zélande, par. 25.

¹²⁴ A/HRC/18/35/Add.4, par. 27.

¹²⁵ Avis du mécanisme d'experts, Nouvelle-Zélande, par. 25.

¹²⁶ Voir E/C.12/NZL/CO/4 et CERD/C/NZL/CO/21-22.

¹²⁷ Avis du mécanisme d'experts, Nouvelle-Zélande, par. 27.

68. Dans l'État de Victoria, en Australie, la législation relative à la définition des processus d'élaboration des traités établit une autorité des traités qui a notamment pour fonction de prévoir un mode de résolution des différends durant la négociation de traités et d'établir un processus à cette fin¹²⁸. Le contenu du cadre de négociation des traités, sur lequel l'organe représentatif aborigène et l'État travailleront ensemble, comprend un mécanisme d'application du traité¹²⁹.

69. La Commission des traités de la Colombie-Britannique, au Canada, une entité indépendante, fondée sur une législation qui assure sa longévité et sa continuité, a été créée en collaboration avec les peuples autochtones. Bien qu'elle n'ait pas de mandat explicite pour superviser la mise en œuvre des traités et participer à la résolution des conflits, elle s'est, à la demande des parties, davantage impliquée dans la facilitation d'un dialogue constructif entre l'État et les nations autochtones en appliquant des approches de résolution de problèmes¹³⁰. En outre, le plan d'action de la loi sur la Déclaration des droits des peuples autochtones en Colombie-Britannique¹³¹, qui a été élaboré en collaboration avec les peuples autochtones, constitue un autre exemple d'une approche concrète pour aborder les problèmes actuels et futurs de manière concertée.

70. De même, la Commission des relations découlant des traités du Manitoba¹³² propose un règlement des différends de manière non contentieuse et non conflictuelle, en s'appuyant principalement sur l'approche des peuples des Premières nations en matière de résolution des conflits, ainsi que sur leur expertise en matière de traités. Bien que son mandat vise à faciliter et à maintenir des relations et une coopération intergouvernementales positives entre l'État et les peuples autochtones, il a été signalé que la Commission ne serait pas pleinement opérationnelle ni toujours utilisée par les partenaires du traité¹³³.

71. Au Canada, il n'existe pas au niveau national de mécanismes complets dotés des compétences et du mandat leur permettant de superviser la mise en œuvre des traités, accords et autres arrangements constructifs, et le règlement des conflits qui y sont liés. Au lieu de cela, il y a une orientation politique basée sur la réconciliation¹³⁴, associée à une directive sur les litiges qui régit la réponse fédérale lorsque des actions en justice sont engagées par des peuples autochtones¹³⁵. Un comité de transition dirigé par des autochtones a été formé pour mettre sur pied un conseil national de réconciliation chargé de veiller à ce que le Gouvernement du Canada s'acquitte de sa responsabilité de réconciliation avec les peuples autochtones¹³⁶.

72. La loi sur l'autonomie du Groenland établit un mécanisme hybride de résolution des conflits, qui consiste en un conseil ad hoc composé de « deux membres nommés par le gouvernement danois, deux membres nommés par le Naalakkersuisut et trois juges de la Cour suprême nommés par son président », ces derniers ne prenant une décision que si les membres des deux gouvernements ne parviennent pas à un accord (art. 19).

B. Rôle des tribunaux

73. Faute d'organes compétents pour régler les différends relatifs aux traités, il est souvent recouru aux systèmes juridiques des États, ce qui crée de nouveaux problèmes. Le caractère accusatoire des actions judiciaires entraîne des procédures longues et coûteuses, souvent inabordables pour les peuples autochtones, tandis que les dommages continuent de s'accumuler au fil des litiges. Le faible nombre d'avocats et de juges ayant une expertise dans

¹²⁸ Advancing the Treaty Process with Aboriginal Victorians Act 2018, part. 7.

¹²⁹ Ibid., part. 5, sect. 31 1 e) et (f).

¹³⁰ Communication de la Commission des traités de la Colombie-Britannique.

¹³¹ Voir https://engage.gov.bc.ca/app/uploads/sites/121/2022/03/declaration_act_action_plan.pdf.

¹³² Voir www.trcm.ca.

¹³³ Communication de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba.

¹³⁴ Voir <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1400782178444/1529183710887>.

¹³⁵ Voir <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ijr-dja/dclip-dlcpa/litigation-litiges.html>.

¹³⁶ Communication de la Commission des traités de la Colombie-Britannique ; voir aussi <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html>.

le domaine des traités et des droits, de la culture, de l'histoire et des lois des peuples autochtones constitue un obstacle majeur à l'accès des peuples autochtones à la justice¹³⁷.

74. Dans de nombreux cas, les tribunaux sont appelés à interpréter le sens et la portée des traités, y compris s'agissant de leur mise en œuvre et des violations dont ils font l'objet. En Aotearoa/Nouvelle-Zélande, l'incorporation du traité de Waitangi dans la législation a parfois donné des résultats notables, et les tribunaux en ont progressivement interprété les principes¹³⁸. Dans un arrêt récent concernant la protection de l'environnement avant une exploitation minière, la Cour suprême a estimé que le traité n'avait pas été suffisamment pris en compte lors de l'octroi de permis environnementaux et qu'il fallait adopter une approche large et généreuse de ses principes¹³⁹.

75. Les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1951 ont permis aux peuples autochtones du Canada d'avoir accès aux tribunaux, ce qui a donné lieu à une série de décisions de la Cour suprême sur des affaires portant sur les droits et titres autochtones ainsi que sur les droits issus de traités, notamment les affaires *Calder*¹⁴⁰, *Delgamuukw*¹⁴¹ et de la nation *Tsilhqot'in*¹⁴². Par une série d'arrêts, la Cour suprême a développé un ensemble de règles d'interprétation des traités, dont l'égalité de valeur des preuves orales et écrites et l'inclusion des points de vue des peuples autochtones sur les droits et les titres, bien que ces règles n'aient pas toujours abouti à des interprétations des traités reflétant la compréhension par les peuples autochtones de leur esprit et de leur intention¹⁴³.

76. Les tribunaux sont également chargés de déterminer si les traités ont été violés et si une violation est justifiée conformément aux critères établis par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Sparrow* et *Badger*¹⁴⁴. Il faut toutefois souligner que la notion de « violation » ou d'« atteinte », telle qu'elle est constamment invoquée par la Cour suprême, est incompatible avec l'article 40 de la Déclaration, qui affirme le droit des peuples autochtones à des voies de recours efficaces pour toute violation.

C. Mécanisme international

77. Comme il était souligné dans le rapport final du Rapporteur spécial, et cela reste très pertinent, les États manifestent quelque réticence à porter des questions litigieuses liées aux traités, accords et arrangements constructifs impliquant des peuples autochtones au niveau international. Il faut toutefois envisager la possibilité que des instances internationales puissent librement en débattre et prendre des décisions à leur sujet, une fois que la juridiction nationale est épuisée. Ceci est particulièrement pertinent pour les traités et les arrangements constructifs ayant un caractère international¹⁴⁵.

¹³⁷ Communication de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba.

¹³⁸ Exposé de Claire Charters au séminaire du Mécanisme d'experts.

¹³⁹ Tribunaux de Nouvelle-Zélande, *Trans-Tasman Resources Limited v. The Taranaki-Whanganui Conservation Board* [2021] NZSC 127 ; Robin Martin et Craig Ashworth, « Taranaki ironsands mining appeal fails at Supreme Court », *Radio New Zealand*, 30 septembre 2021 ; et Tara Shaskey, « Both sides claim victory in Supreme Court ruling quashing South Taranaki seabed mining consents », *Stuff*, 30 septembre 2012, voir <https://www.stuff.co.nz/business/126525818/both-sides-claim-victory-in-supreme-court-ruling-quashing-south-taranaki-seabed-mining-consents>.

¹⁴⁰ Cour suprême du Canada, *Calder et al. c. Procureur general de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313.

¹⁴¹ Cour suprême du Canada, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010.

¹⁴² Cour suprême du Canada, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] RCS 44.

¹⁴³ Communication de la Commission des relations découlant des traités du Manitoba ; voir aussi sur l'interprétation des traités, Cour suprême du Canada, *R. c. Marshall* [1999] ; *R. c. Van der Peet* [1996] ; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon (Gouvernement du)* [2017] RCS 58.

¹⁴⁴ Cour suprême du Canada, *R. c. Sparrow* [1990] ; et Peter W. Hogg et Roy W. Millen, « Re: treaties and the sharing of sovereignty in Canada », avis juridique demandé par la Commission des traités de la Colombie-Britannique, 18 avril 2017 ; voir aussi <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html>.

¹⁴⁵ E/CN.4/Sub.2/1999/20, par. 312 à 314.

78. Le Rapporteur spécial demandait que l'on discute davantage de la création d'un organe international, soulignant que « l'absence, le mauvais fonctionnement, l'inefficacité d'institutions nationales ou l'adoption d'une attitude discriminatoire à l'encontre des autochtones, jouer[ai]ent] en faveur d'options internationales. C'est peut-être là l'un des arguments les plus convaincants en faveur de la création (ou du renforcement) de systèmes internes adéquats et efficaces concernant la mise en œuvre/le respect des droits des autochtones et le règlement des différends portant sur des questions qui touchent aux autochtones »¹⁴⁶. Bien que la mise en place de mécanismes internationaux ait été suggérée au cours des séminaires d'experts de l'ONU qui ont suivi le rapport final du Rapporteur spécial, parallèlement à l'invitation adressée aux organes régionaux de s'engager et de faire des recommandations sur les différends relatifs aux traités¹⁴⁷, peu de progrès ont été réalisés.

79. L'article XXIV de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones dispose que les différends qui ne peuvent être résolus entre les parties aux traités, accords et autres arrangements constructifs doivent être soumis aux organes compétents, notamment les organes régionaux et internationaux, par les États ou les peuples autochtones concernés.

80. L'internationalisation des accords peut contribuer à favoriser leur mise en œuvre, comme le montre le cas de l'accord de paix de 2016 en Colombie, qui a été adopté en tant qu'accord spécial conformément à l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949. La signature de l'accord dans le cadre du droit international a renforcé les garanties quant à sa mise en œuvre et assuré la continuité du processus de justice transitionnelle en dépit des changements politiques¹⁴⁸.

81. Le fait de soumettre les questions liées aux traités, accords et autres arrangements constructifs à un examen international, y compris aux organes de l'ONU chargés de la surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme, peut sensibiliser à leur pertinence, instaurer la confiance, aider à corriger les asymétries et encourager l'application systématique d'une approche fondée sur les droits de l'homme, contribuant ainsi à l'établissement de relations respectueuses et saines entre les États et les peuples autochtones.

82. Il ne faut pas perdre de vue l'idée de créer un mécanisme international axé sur la mise en œuvre des traités, accords et autres arrangements constructifs, en plus des organes existants de l'ONU. Dans le document final de la conférence d'Alta, les peuples autochtones ont recommandé à l'Assemblée générale de demander la création d'un mécanisme international chargé d'assurer une supervision, et de connaître des questions touchant aux recours, aux restitutions et à la mise en œuvre des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les peuples ou nations autochtones et les États, ainsi que leurs prédécesseurs ou successeurs¹⁴⁹. Depuis lors, aucune autre recommandation n'a été formulée pour la création d'un tel mécanisme.

¹⁴⁶ Ibid., par. 317.

¹⁴⁷ Voir le document intitulé « Compilation of conclusions and recommendations from the United Nations seminars on treaties, agreements and other constructive arrangements ».

¹⁴⁸ Communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones, voir aussi César Rojas Orozco, « Estatus jurídico internacional del acuerdo de paz colombiano », *Revista Estudios de Derecho*, vol. 75, n° 165 (2018), p. 131 à 149, voir <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334760/20790563>.

¹⁴⁹ Conférence préparatoire mondiale des Peuples Autochtones en vue de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale des Nations Unies intitulée Conférence mondiale sur les Peuples autochtones, juin 2013, Alta, Document final, thème 2 2), voir https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/wc/AdoptedAlta_outcomedoc_%20FR.pdf.

Annexe

Avis n° 15 sur les traités, accords et autres arrangements constructifs, y compris les accords de paix et les initiatives de réconciliation, et leur reconnaissance dans les textes constitutionnels

1. Les États devraient reconnaître pleinement les peuples autochtones comme des peuples ayant droit à l'autodétermination, comme il est affirmé dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (la Déclaration), comme le prévoient l'Article 1 de la Charte des Nations Unies et les articles 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et comme il est réaffirmé dans plusieurs instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que dans les mandats des organes conventionnels et des procédures spéciales. Cette reconnaissance devrait être affirmée de préférence dans les constitutions des États afin de garantir le plus haut niveau de protection interne et d'assurer une continuité et une immunité contre l'instabilité, les changements politiques et la régression des droits, y compris dans la législation et les politiques internes.
2. Les États devraient, en collaboration avec les peuples autochtones, intégrer un cadre de mise en œuvre de la Déclaration dans le droit national. Ils devraient considérer la Déclaration comme la norme minimale pour permettre aux peuples autochtones de jouir de leurs droits, sans pour autant exclure des initiatives plus ambitieuses.
3. Les États devraient prendre des mesures pour faire progresser et réaliser le droit des peuples autochtones à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec eux ou leurs successeurs soient reconnus, respectés et appliqués, comme le prévoient l'article 37 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et l'article XXIV de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones. Ils doivent les honorer et les respecter de bonne foi, conformément à leur esprit et à leur intention, et s'abstenir de prendre des initiatives unilatérales susceptibles de porter atteinte au statut de ces accords et aux droits qui y sont affirmés. La mise en œuvre de ces accords est fondamentale pour la jouissance par les peuples autochtones de leur droit à l'autodétermination.
4. Les États devraient prendre les mesures nécessaires pour instaurer des partenariats réels et authentiques avec les peuples autochtones, fondés sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi, par l'établissement, sur un pied d'égalité, de traités, d'accords et d'autres arrangements constructifs.
5. Lorsque le cadre juridique dominant n'inclut pas de systèmes juridiques autochtones, les États devraient reconnaître aux peuples autochtones la personnalité juridique afin que les accords conclus avec eux puissent officialiser leur personnalité juridique et leur égalité de traitement dans la négociation, la conclusion, la mise en œuvre et l'application de ces accords.
6. Dans les processus d'élaboration des accords, les États devraient engager un dialogue constructif, en considérant les peuples autochtones comme des partenaires et non comme des bénéficiaires, pour définir ensemble, par consentement mutuel et participation égale, le cadre de négociation et les termes de l'accord, y compris les mécanismes de suivi, d'application et de résolution des conflits.
7. En s'employant à établir des accords avec les peuples autochtones, les États devraient envisager la possibilité de s'engager conformément au système juridique, aux coutumes et aux pratiques traditionnelles des peuples autochtones, même s'ils se situent en dehors du cadre juridique de l'État. Cela doit se faire dans le respect de leurs pratiques d'établissement des relations et ne doit en aucun cas être utilisé pour délégitimer les accords conclus sur ces bases.
8. Le respect de l'ensemble des droits de l'homme des peuples autochtones doit être placé au centre de toutes les phases de l'élaboration, de l'établissement, du suivi et de la mise en œuvre des accords, et de la résolution des conflits.

9. Lorsqu'ils négocient des accords avec les peuples autochtones, les États doivent être conscients des déséquilibres de pouvoir et respecter le temps et les conditions nécessaires pour que les peuples autochtones définissent et renforcent leurs propres institutions internes de prise de décisions, sans aucune ingérence ni tentative visant à influencer leur composition ou leurs positions.

10. Les États devraient faire en sorte que les peuples autochtones disposent des ressources et des capacités nécessaires pour s'engager efficacement dans un processus de négociation et devraient allouer des ressources suffisantes pour leur permettre de participer pleinement, de se préparer et de solliciter des experts, s'ils le souhaitent, sans utiliser cette assistance comme un moyen de pression pour contrôler leurs positions.

11. Les processus de négociation et d'approbation doivent être conformes au principe du consentement préalable, libre et éclairé, tel qu'il est énoncé dans la Déclaration et progressivement interprété par les systèmes régionaux et internationaux des droits de l'homme.

12. Si les peuples autochtones le demandent, les États devraient accepter qu'un rôle de médiation soit confié à des tierces parties à la table des négociations. Ces parties doivent être indépendantes et leur rôle, leur composition et leur mandat doivent être définis et acceptés par les peuples autochtones. Les États doivent veiller à ce qu'elles aient les moyens d'accomplir leur mission et possèdent une expertise et des connaissances suffisantes dans le domaine des droits et du contexte des peuples autochtones, ainsi que du droit international des droits de l'homme.

13. Lorsque des traités, accords et autres arrangements constructifs entre des États et des peuples autochtones ont été conclus dans un contexte colonial, les États successeurs doivent assumer les obligations en découlant, comme énoncé à l'article 37 de la Déclaration. Ils devraient les honorer, les appliquer et les faire respecter, et s'abstenir de prendre des décisions unilatérales, telles que l'annulation, visant à compromettre la jouissance des droits convenus dans ces instruments.

14. Les États doivent assumer et mettre en œuvre les traités, accords et autres arrangements constructifs conformément à leur esprit et à leur intention, tels qu'ils sont compris par les peuples autochtones concernés et avec la souplesse que requiert un accord vivant qui a une longue histoire et continue de s'appliquer dans des contextes changeants. Les accords doivent toujours être interprétés de la manière la plus favorable aux peuples autochtones et conformément aux droits inscrits dans la Déclaration.

15. Les États devraient établir des mécanismes de suivi et de mise en œuvre, en partenariat avec les peuples autochtones, afin de garantir l'exécution effective des accords ; ils devraient assurer à ces mécanismes l'indépendance, la viabilité économique et les moyens techniques requis, et inclure dans leurs mandats des compétences suffisantes. Pour atteindre cet objectif, il convient de garantir un financement adéquat, sans porter atteinte à l'indépendance des institutions concernées, et de faire appel à des fonctionnaires bien formés et qualifiés travaillant selon une approche fondée sur les droits de l'homme et les droits des peuples autochtones. Les peuples autochtones qui sont parties à l'accord doivent être représentés dans ces institutions de manière égale et à tous les niveaux.

16. Les États doivent veiller à ce qu'il existe une capacité institutionnelle et une volonté politique au sein des organes de l'État qui permettent de comprendre le sens des traités, accords et autres arrangements constructifs avec les peuples autochtones et de les faire appliquer dans leurs domaines respectifs. Cela devrait inclure la recherche de solutions constructives si des protocoles contradictoires compromettent la mise en œuvre d'un accord.

17. Les États devraient mettre en place des mécanismes d'arbitrage appropriés, en partenariat avec les peuples autochtones, afin de traiter les plaintes relatives aux violations des accords, résoudre les conflits et réparer les préjudices. Ces mécanismes doivent être indépendants et impartiaux et leurs décisions doivent être contraignantes et exécutoires. Les approches autochtones de résolution des conflits et les lois autochtones doivent faire partie des méthodes de règlement des conflits. Les mécanismes de résolution des conflits doivent être guidés par le droit international des droits de l'homme, y compris les droits des peuples autochtones.

18. Les États devraient fournir une formation adéquate et continue en matière de renforcement des capacités dans le domaine du droit des droits de l'homme, des droits des peuples autochtones, des processus d'élaboration des traités et des cultures, traditions et perspectives autochtones aux mécanismes et institutions conçus pour établir, surveiller et mettre en œuvre les accords, ainsi qu'à ceux qui sont chargés de la résolution des différends s'y rapportant.

19. Les États devraient promouvoir, dans toutes les composantes de la société, la compréhension des processus historiques liés aux peuples autochtones, de la colonisation et de leurs répercussions, de la discrimination historique et persistante dont sont victimes les peuples autochtones, et du sens et de l'importance des accords et des droits des peuples autochtones. Il peut être envisagé à cette fin d'intégrer ou de renforcer ces sujets dans les programmes scolaires et les campagnes de sensibilisation.

20. Les peuples autochtones ne devraient jamais être stigmatisés, pénalisés ou attaqués par les autorités ou les fonctionnaires de l'État pour avoir exercé leurs droits tels qu'énoncés dans les accords consensuels conclus avec les États ou pour avoir protesté contre des violations de ces droits. Les États devraient clairement reconnaître la légitimité de ces revendications et réaffirmer le respect de la liberté d'expression en tant que pilier d'un espace civique sain, pluriel et démocratique.

21. L'accès à la justice doit être assuré aux peuples autochtones sans restriction ni discrimination. La durée des procédures judiciaires doit être raisonnable et justifiée. Avant toute violation éventuelle d'un traité, compte tenu notamment d'éventuels préjudices, il convient d'appliquer le principe de précaution afin d'éviter que la situation ne s'aggrave et que le dommage ne devienne permanent.

22. Les décisions judiciaires sur les différends relatifs aux traités doivent être respectées et exécutées, y compris s'agissant de la cessation immédiate de l'action répréhensible et de la réparation effective, conformément à l'article 28 de la Déclaration.

23. Les peuples autochtones sont encouragés à considérer les traités, accords ou autres arrangements constructifs comme un moyen d'établir et de renforcer les relations avec les États d'une manière mieux adaptée à leurs objectifs et selon leurs propres organisations décisionnelles.

24. Un mandat de rapporteur spécial sur la mise en œuvre des traités, accords et arrangements constructifs conclus avec les peuples autochtones devrait être créé.

25. Les organismes et les mécanismes des Nations Unies devraient, dans le cadre de leurs activités et de leurs fonctions habituelles, soutenir la mise en œuvre des traités, accords et arrangements constructifs conclus.

26. Lorsque les traités sont considérés comme ayant un intérêt international, les peuples autochtones devraient avoir accès aux organes internationaux de règlement des différends, y compris les organes de traités existants de l'ONU.

27. Il convient de suivre et de mettre en œuvre les recommandations émises par le Rapporteur spécial Miguel Alfonso Martínez et celles formulées au cours des trois séminaires d'experts de l'ONU, notamment celles relatives à la création d'un mécanisme international chargé de traiter les différends liés aux traités, accords et arrangements constructifs et à la création d'une section ou d'un organe international chargé d'enregistrer et de publier tous les traités conclus entre des peuples autochtones et des États, en veillant à garantir un accès aux versions orales autochtones de ces instruments.