

UNIVERSITÉ PARIS X – PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE

École doctorale de Droit et Science politique

**LE DROIT DES PEUPLES AUTOCHTONES À L'AUTODÉTERMINATION**

**Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier**

Thèse pour le doctorat en droit public

présentée et soutenue publiquement par

**Jean-Baptiste MERLIN**

le 9 janvier 2015

Jury :

M. Gérard CAHIN, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), **rapporteur**

M. Emmanuel DECAUX, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), **rapporteur**

M. Alain PELLET, professeur à l'Université Paris ouest Nanterre La Défense, **directeur de la recherche**

M. Jean-Marc THOUVENIN, professeur à l'Université Paris ouest Nanterre La Défense

Sir Michael WOOD, ancien conseiller juridique du Ministère britannique des affaires étrangères et du Commonwealth, membre de la Commission du Droit international des Nations Unies

L'Université et l'Ecole doctorale n'entendent donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Note liminaire**

### Référencement – français

#### *Titre*

« Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination – Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier »

#### *mots-clés*

Autodétermination – autonomie – codification – consentement – coutume – Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – développement du droit – droit international – institution – *lex ferenda* – *lex lata* – Nations Unies – *opinio juris* – peuples – peuples autochtones – pratique – processus coutumier.

### Référencement – anglais

#### *Titre*

“The right of indigenous peoples to self-determination: Contribution to the study of the emergence of a rule in customary international law”

#### *Mots-clés*

Self-determination – autonomy – codification – acquiescence – custom – United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – development – international law – institution – soft law – *lex lata* – United Nations – *opinio juris* – peoples – indigenous peoples – practice – customary process

Date d'achèvement de la présente thèse de doctorat : 20 novembre 2014.

## RÉSUMÉ

[FRANÇAIS]

### **Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination – Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier**

À la faveur d'un long processus coutumier, les peuples autochtones comptent aujourd'hui parmi les peuples titulaires du droit des peuples à l'autodétermination. Si l'existence du droit des peuples autochtones à l'autodétermination (la norme) comme principe *de lege ferenda* a fait son apparition vers 1980, ce droit fait aujourd'hui partie de la *lex lata* et constitue une norme du droit international coutumier. Le processus coutumier à l'étude puise ses racines dans un passé lointain et s'est accéléré à partir des années 1970 à la faveur de son institutionnalisation au sein de l'Organisation des Nations Unies. Le long processus d'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones puis son adoption par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 constituent autant d'étapes importantes dans le processus d'accession de la norme à l'étude à la normativité, dont le cadre institutionnel des Nations Unies a contribué à renforcer la cohérence. L'examen des deux éléments du processus coutumier, à la fois chez les Etats et au sein des Nations Unies, atteste à l'heure actuelle de l'existence de la norme, ayant achevé son passage dans la *lex lata* au lendemain de l'adoption de la Déclaration, instrument en lui-même non obligatoire.

L'examen du processus coutumier permet également de déterminer les fondements, le contenu et la portée de la norme coutumière ainsi que ses principes d'application. Il s'agit notamment d'examiner la spécificité de la norme à l'étude par rapport aux droits des minorités nationales ainsi que sa relation avec la question de la sécession. Ces dimensions témoignent de l'émergence des peuples autochtones comme segment particulier de la catégorie des peuples, donnant lieu à une application contextuelle du droit des peuples à l'autodétermination de nature à sauvegarder ou à restaurer leur intégrité autochtone.

## SUMMARY

[ANGLAIS / ENGLISH]

### **The right of indigenous peoples to self-determination: contribution to the study of the emergence of a rule in customary international law**

As a result of a long customary process, indigenous peoples today count as one of the holders of the right of peoples to self-determination. The existence of the right of indigenous peoples to self-determination (the norm or standard) as a principle *de lege ferenda* first appeared around 1980, and this right now forms part of *lex lata* as a norm of customary international law. The customary process under examination here has its roots in a distant past. It accelerated from the 1970s onwards due to its institutionalization within the United Nations. The long drafting process of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and its final adoption by the UN General Assembly on 13 September 2007 constitute important steps in the accession of the standard under consideration to full normativity. The UN institutional framework contributed to consolidate the consistency of this process. An in-depth analysis of the two elements of the customary process, both among States and within the United Nations, leads to a positive conclusion as to the existence of the standard in the current state of positive international law, as this standard completed its path into *lex lata* some time in the aftermath of the adoption of the Declaration, a non-binding instrument in nature.

Analyzing the customary process also compels to determining the foundations, content and scope of the customary norm as well as its principles of application. In particular, this involves an examination of the specificity of the standard under consideration in comparison with the rights of national minorities as well as its relation with the question of secession. These aspects are indicative of the emergence of indigenous peoples as a particular segment of the category of peoples in international law, resulting in a contextual application of the right of peoples to self-determination in order to safeguard or restore indigenous integrity.

## RESUMEN EJECUTIVO

[ESPAGNOL / ESPAÑOL]

### **El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación – Contribución al estudio de la aparición de una norma de derecho internacional consuetudinario**

Como resultado de un proceso consuetudinario largo, los pueblos indígenas hoy cuentan como uno de los titulares del derecho de los pueblos a la libre determinación. La existencia del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación como principio *de lege ferenda* apareció por primera vez alrededor de 1980, y esto ahora forma parte de la *lex lata* como una norma de derecho internacional consuetudinario. El proceso consuetudinario que se examina aquí tiene sus raíces en un pasado lejano. Aceleró de la década de 1970 debido a su institucionalización dentro de las Naciones Unidas. El largo proceso de redacción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y su aprobación definitiva por la Asamblea General de la ONU en 13 de septiembre 2007 constituyen pasos importantes en la adhesión de la norma objeto de examen a la plena normatividad. El marco institucional de las Naciones Unidas ha contribuido a consolidar la coherencia de este proceso. Un análisis en profundidad de los dos elementos del proceso consuetudinario, tanto entre los Estados y dentro de las Naciones Unidas, lleva a una conclusión positiva sobre la existencia de la norma en el estado actual del derecho internacional, ya que esta norma ha completado su camino hacia *lex lata* algún tiempo como consecuencia de la adopción de la Declaración, un instrumento no vinculante.

Analizando el proceso consuetudinario también obliga a la determinación de la fundaciones, contenido y alcance de la norma consuetudinaria, así como que los principios de aplicación. En particular, se trata de un examen de la especificidad de la norma objeto de examen en comparación con los derechos de las minorías nacionales, así como su relación con la cuestión de la secesión. Estos aspectos son indicativos de la aparición de los pueblos indígenas como un segmento particular de la categoría de los pueblos en el derecho internacional, lo que resulta en una aplicación contextual del derecho de los pueblos a la libre determinación, a fin de preservar o restablecer la integridad indígena.

## КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ

[RUSSE / РУССКИЙ]

### **Право коренных народов на самоопределение – Вклад в изучение возникновения этой нормы в обычном международном праве**

В результате длительного процесса создания обычной нормы (обычный процесс), коренные народы сегодня считаются одними из обладателей права народов на самоопределение. Существование права коренных народов на самоопределение с точки зрения мягкого права (принцип *de lege ferenda*) впервые появилось около 1980 года, и сегодня является частью позитивного права (*lex lata*) в качестве нормы обычного международного права. Рассматриваемый процесс уходит корнями в далекое прошлое. Этот процесс ускорился в 1970-х в связи с институционализацией в рамках ООН. Длительный процесс составления проекта Декларации ООН о правах коренных народов и его окончательное принятие резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 13 сентября 2007 года стали важными шагами на пути к окончательному юридическому принятию этого юридического стандарта в качестве международно-правовой нормы. Институциональная база ООН способствовала систематизации этого процесса. Подробный анализ двух составляющих понятия (практика и *opinio juris*) процесса создания обычной нормы в отношении государств и в рамках ООН показывает, что право коренных народов на самоопределение существует в современном позитивном международном праве, поскольку эта правовая норма была окончательно утверждена в качестве нормы позитивного права уже после принятия Декларации – резолюции, не имеющей обязательной силы.

Анализируя процесс правотворчества обычной нормы подразумевает определение основ, содержания и объема обычной нормы, а также принципы её применения. В частности, это подразумевает и экспертизу специфики рассматриваемой правовой нормы в сравнении с правами национальных меньшинств, а также её связи с вопросом о сецессии. Эти аспекты свидетельствуют о появлении коренных народов в качестве особой части категории народов в международном праве, что приводит к контекстуальному применению права народов на самоопределение в целях защиты или для восстановления целостности коренных народов.

## Sommaire

Introduction générale

Partie I – La période antérieure à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et le processus de son élaboration

Titre 1 – Identification de la pratique : la pratique étatique avant le processus d'élaboration de la *D.N.U.D.P.A.*

Titre 2 – De la pratique à la systématisation conceptuelle : le processus d'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Partie II – L'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et les développements ultérieurs : passage dans la *lex lata*

Titre 1 – Cristallisation des standards *de lege ferenda* : l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Titre 2 – Accession à la normativité : développements ultérieurs

Conclusion générale



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement les personnes sans qui la présente thèse n'aurait jamais pu être menée à bien et qui ont, chacune à sa manière, soutenu et encouragé mes efforts et stimulé ma curiosité. Je leur dédie donc ces lignes.

Je remercie en premier lieu mon directeur de thèse, M. le professeur Alain Pellet, qui a accepté en novembre 2010 d'encadrer mes recherches et dont les remarques et conseils judicieux se sont conjugués à une grande latitude laissée quant à la construction de la thèse. Ce guide précieux m'a offert une orientation sûre dans le développement progressif de la présente étude. Il est également demeuré ouvert, compréhensif et patient lorsque les débuts ont nécessité une période d'adaptation aux logiques et méthodes juridiques pour l'étudiant extérieur que j'étais alors, fraîchement diplômé en science politique et en relations internationales. La conduite de mes travaux sous sa direction m'a apporté une grande stimulation intellectuelle pour laquelle je lui exprime toute ma reconnaissance.

Je remercie également M. Jean Albert qui est l'inspirateur originel de l'idée d'une thèse de doctorat, et en particulier sur ce sujet. Cette idée a fait son chemin depuis le début de notre relation professionnelle en Nouvelle-Zélande en 2007-2008 et mes recherches d'alors sur le peuple autochtone māori en vue de la préparation de mon mémoire diplômant de l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence. Je tiens à remercier Jean pour ses conseils judicieux et son soutien indéfectible durant toutes ces années ainsi que pour ses relectures attentionnées.

Mes remerciements vont enfin à ma famille et à mes proches qui m'ont soutenu durant cette longue aventure solitaire, en particulier à mes parents, Charles-Henri et Annie, et à ma femme, Marina.

## ABRÉVIATIONS ET SIGLES

A.D.I.	Association de droit international
<i>A.F.D.I.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>A.J.I.L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>A.L.J.R.</i>	<i>Australian Law Journal Reports</i>
<i>A.L.R.</i>	<i>Australian Law Reports</i>
A.S.I.L.	American Society of International Law
B.I.A.	Bureau des affaires indiennes (Etats-Unis)
<i>B.Y.I.L.</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
C.A.	Cour d'appel
C.A.D.H.P.	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
C. Cl.	Court of Claims (Etats-Unis)
C.D.H.	Commission des droits de l'homme (jusqu'au 19 juin 2006) – Conseil des droits de l'homme (depuis le 19 juin 2006)
C.D.I.	Commission du droit international des Nations Unies
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.R.D.	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
C.I.D.H.	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Comm. I.D.H.	Commission interaméricaine des droits de l'homme
C.I.J.	Cour internationale de Justice
<i>C.L.J.</i>	<i>Malaysia Current Law Journal</i>
<i>C.L.R.</i>	<i>Commonwealth Law Reports</i>
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale
<i>D.L.R.</i>	<i>Dominion Law Reports (Canada)</i>
<i>D.N.U.D.P.A.</i> / Déclaration / Déclaration de 2007	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (annexée à la Résolution 61/295 de l'Assemblée générale du 13 septembre 2007 et reproduite en Annexe 1 de la présente étude)
<i>F.L.R.</i>	<i>Federal Law Reports (Australie)</i>
F.Z.	Loi fédérale (“federal’niy zakon / федеральный закон” –

	Russie)
Groupe de travail	selon le contexte : Groupe de travail sur les populations autochtones OU Groupe de travail intersessions à composition non-limitée chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones
I.C.C.	Indian Claims Commission (Etats-Unis)
I.C.C.P.R.	Comité des droits de l'homme (organe de suivi du Pacte international sur les droits civils et politiques)
I.D.I.	Institut de droit international
<i>I.L.M.</i>	<i>International Legal Materials</i>
I.W.G.I.A.	Groupe de travail international pour les affaires autochtones
<i>J.D.I.</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>J.E.D.I.</i>	<i>Journal européen de droit international</i>
<i>J.O.R.F.</i>	<i>Journal officiel de la République Française</i>
<i>J.O.U.E.</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>M.L.J.</i>	<i>Malaysian Law Journal</i>
<i>Melb. J.I.L.</i>	<i>Melbourne Journal of International Law</i>
<i>N.Z.L.R.</i>	<i>New Zealand Law Reports</i>
N.Z.S.C.	Cour suprême de Nouvelle-Zélande
Norme / norme à l'étude / norme nouvelle / norme émergente	Droit des peuples autochtones à l'autodétermination (coutume générale)
O.I.T.	Organisation internationale du Travail
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
O.N.G.	Organisation non-gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
O.T.S.	Office of Treaty Settlements (Nouvelle-Zélande)
P.C.	Comité judiciaire du Conseil privé de Sa Majesté, juridiction d'appel du Commonwealth (« Privy Council »)
<i>P.N.G.L.R.</i>	<i>Papua New Guinea Law Reports</i>
P.N.U.D.	Programme des Nations Unies pour le développement
Rapporteur spécial	Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones (jusqu'au 30 septembre 2010) / Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones (depuis le 30 septembre 2010) sauf si contexte différent.
R.A.I.P.O.N.	Association russe des peuples autochtones du nord

<i>R.B.D.I.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>R.C.A.D.E.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit européen</i>
<i>R.C.A.D.I.</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>R.C.S.</i>	<i>Rapports de la Cour suprême (Canada)</i>
<i>R.G.D.I.P.</i>	<i>Revue générale de Droit international public</i>
<i>R.L.F.R.</i>	<i>Recueil de législation de la Fédération de Russie</i>
<i>R.Q.D.I.</i>	<i>Revue québécoise de droit international</i>
<i>R.T.N.U.</i>	Nations Unies – <i>Recueil des Traités</i>
<i>Rev. trim. dr. h.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>S.C.R.</i>	<i>Supreme Court Reports (Malaisie)</i>
<i>S.F.D.I.</i>	Société française pour le droit international
Sous-Commission	Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (21 juin 1946 – 27 juillet 1999) / Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (27 juillet 1999 – 18 juin 2007) / Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme (depuis le 18 juin 2007)
<i>T.P.I.Y.</i>	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
<i>U.E.</i>	Union européenne
<i>U.N.E.S.C.O.</i>	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
<i>U.N.I.C.E.F.</i>	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
<i>U.R.S.S.</i>	Union des Républiques socialistes soviétiques
<i>U.S.</i>	<i>United States Reports</i>
<i>U.S.C.</i>	<i>United States Code</i>
<i>Va. J. Int. L</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Z.A.C.C.</i>	Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud
<i>Z.a.ö.R.V.</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Institut Max Planck, Heidelberg)</i>
<i>Z.A.S.C.A.</i>	Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud

*« Aucune civilisation n'aurait jamais pu voir le jour sans un cadre de stabilité fournissant un support au flux du changement. Occupant une place primordiale parmi les facteurs de stabilisation, plus durables que les coutumes, les manières et les traditions, les systèmes juridiques régissent notre vie dans le monde et nos affaires quotidiennes avec autrui. »*

Hannah Arendt (1906-1975), *Du mensonge à la violence*, 1972  
(original : *The Crises of the Republic*, 1969)

## **INTRODUCTION GÉNÉRALE**

## I

Collectivité humaine ayant émergé relativement récemment comme sujet de préoccupation du droit international, les peuples autochtones en constituent désormais une catégorie juridique qui recèle un potentiel révolutionnaire pour l'ordre international traditionnel. L'implication active et finalement couronnée de succès des intéressés dans la définition et la consécration des normes les concernant apparaît à bien des égards comme le symptôme annonciateur de sa charge potentiellement déstabilisatrice pour l'ordre international. Si cette implication d'acteurs non étatiques n'est pas inédite dans les dynamiques de formation du droit international, l'ampleur et les résultats du rôle du mouvement autochtone dans l'émergence d'un corpus de normes juridiques consacrant leurs droits contribuent à rendre ce phénomène original. La reconnaissance des peuples autochtones en droit international et le succès ultime de leurs revendications en matière d'autodétermination touchent aux fondements mêmes du droit international. De tels développements posent en effet un défi considérable en matière d'interprétation de notions aussi essentielles que la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité politique de l'Etat, l'autonomie ou encore le principe démocratique universel. En effet, admettre l'idée d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination conduit à remettre en cause les fondements idéologiques initiaux de la souveraineté de l'Etat. Le développement des droits des peuples autochtones offre un exemple remarquable d'une tendance qui se retrouve dans plusieurs autres domaines, suggérant une évolution du droit international contemporain vers l'idée d'une souveraineté de l'Etat de plus en plus conditionnée par le principe universel légitimateur d'exercice démocratique du pouvoir. Corollairement, l'emprise de la volonté de l'Etat sur le processus de formation de la norme coutumière semble relativisée.

L'idée d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme principe *de lege ferenda* semble avoir émergé progressivement au confluent de plusieurs développements du droit international intervenus après la Seconde Guerre mondiale. Elle

apparaît ainsi comme la conséquence logique de l'interaction entre le principe d'intégrité territoriale de l'Etat, l'évolution postcoloniale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et l'idée d'une reconnaissance de la qualité de peuples au sens du droit international au bénéfice des peuples autochtones. Le point de rencontre entre ces trois éléments peut symboliquement être constaté dans l'émergence des préoccupations expressément consacrées aux peuples autochtones à l'échelle institutionnelle de l'Organisation des Nations Unies au cours des années 1970, marquant ainsi une impulsion vers un mouvement progressif de systématisation des comportements et de prise de conscience de la société internationale. Peu d'acteurs non étatiques sur la scène du droit international semblent être arrivés à un résultat comparable à celui des peuples autochtones en termes d'influence sur la formation des règles de droit international les concernant. Apprécié dans son ensemble et replacé dans son contexte général, ce phénomène apparaît comme un exemple remarquable de développement du droit international dans une direction déviante de la volonté des Etats, forçant ceux-ci au compromis. Cet aspect jette une lumière édifiante sur un exemple d'indépendance relative du processus coutumier vis-à-vis de la volonté expresse des Etats, du moins à partir d'un certain stade d'avancement.

Outre un certain nombre de problèmes juridiques délicats, l'idée d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination pose plus largement un défi d'ordre philosophique et amène l'observateur à interroger des notions politiques aussi essentielles et omniprésentes que la société, l'Etat, le pouvoir politique, l'identité ou encore le multiculturalisme. Le déploiement conceptuel de cette idée reflète la tension inhérente à toute société humaine entre unité et diversité, entre liberté et égalité ou encore entre stabilité et mouvement. Si la place du droit des peuples à l'autodétermination dans le droit international coutumier ne fait pas de doute, cette notion demeure frappée d'incertitudes problématiques, qu'il s'agisse de s'accorder sur une définition de la notion de « peuple » ou d'arrêter un contenu et une portée clairs de l'« autodétermination ». Loin de s'apaiser, les discussions doctrinales se sont plutôt amplifiées avec le temps, justifiant un sentiment de confusion<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. Théodore CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, thèse de doctorat, Paris, La Documentation française, 1999, p. 15 : « Le problème, quasi-métaphysique, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pourrait peut-être se résumer à cette paraphrase de la belle réponse que saint Augustin avait donnée à propos du temps. Comme tous les problèmes philosophiques essentiels, celui de l'autodétermination des peuples ne risque pas de recevoir de solution claire ou monolithique. Etrange condamnation de l'autodétermination à l'indétermination », évoquant plus loin la perplexité persistante malgré les décennies de réflexion à son égard.



## II

L'objet de la présente étude consiste à examiner la question de savoir si le droit des peuples autochtones à l'autodétermination constitue une norme obligatoire du droit international coutumier contemporain, entendue en termes de coutume générale. L'existence de cette norme sous une forme *de lege ferenda* depuis la période précoce des activités des Nations Unies en matière de peuples autochtones, à partir des années 1970, n'est pas contestable. L'émergence de cette norme *de lege ferenda* résulte de revendications des peuples autochtones eux-mêmes et puise ses racines dans une phase initiale reculée du processus coutumier dont les développements suggèrent une tendance précoce à la convergence de certains comportements étatiques, malgré un manque singulier d'unité de la pratique et l'inexistence d'une véritable *opinio juris*. L'enjeu est d'examiner le processus coutumier affectant cette norme afin de déterminer si un passage de cette norme *de lege ferenda* a eu lieu vers la *lex lata* et de déterminer par la même occasion le contenu et la portée contemporains de ladite norme.

Résumant la position réaffirmée par certains commentateurs à plusieurs reprises, le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones considère que les dispositions de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* – incluant la norme à l'étude qui en constitue la disposition centrale – ne constituent pas des droits nouveaux ou spéciaux mais simplement une clarification des droits de l'homme existants dans le contexte des peuples autochtones<sup>2</sup>. Pour autant, il ne fait pas de doute que l'existence dans le droit positif de la norme à l'étude ne saurait être aussi ancienne que celle du corpus général des droits de l'homme, ni même que celle du droit à l'autodétermination lui-même. En effet, le processus coutumier à l'étude suggère précisément que les peuples autochtones sont désormais reconnus parmi les titulaires du droit des peuples à l'autodétermination. De plus, comme le suggère le processus coutumier, le contenu de la norme a été lui-même appelé à évoluer avec le temps. Par conséquent, il n'est pas contradictoire avec le point de vue résumé par le Rapporteur spécial d'affirmer que le processus d'élaboration de la Déclaration implique

---

<sup>2</sup> V. entre autres *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. S. James Anaya, au Conseil des droits de l'homme, 9<sup>e</sup> session, point 3 de l'ordre du jour, 11 août 2008, A/HRC/9/9, §86 p. 24 : « la Déclaration [des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones] ne vise pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux ; elle développe plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones. »

également une démarche de développement du droit. Les résistances rencontrées dans la réalisation progressive du consensus à propos de l'idée de la détermination autochtone suggèrent que le processus implique plus qu'un simple déploiement progressif de droits de l'homme qui seraient réputés exister *ab initio*. En tant qu'instrument juridiquement non obligatoire, la Déclaration de 2007 témoigne elle-même de l'ambiguïté entre codification – ou du moins mise par écrit – et développement du droit. Du reste, certaines déclarations et prises de position y compris chez les Etats initialement réservés à la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>3</sup> indiquent que les Etats eux-mêmes semblent percevoir l'enjeu en termes de droit international coutumier.

Certaines questions méthodologiques, qui seront développées à mesure qu'elles se présentent au cours de l'examen du processus coutumier, peuvent être néanmoins évoquées d'emblée. La présente étude suit une approche pragmatique et empirique en vue d'accomplir son objectif. Il ne s'agit pas d'adopter un parti pris doctrinal mais plutôt d'explorer les possibilités et les divers outils qu'offrent les différents courants et doctrines du droit international dans le cadre de la problématique. Par conséquent, les aspects théoriques et doctrinaux ne sont pas abordés comme une fin en soi mais seulement en vue de contribuer à la démarche d'administration de la preuve. En particulier, afin de rester sur un terrain neutre et de ne pas entrer dans la controverse doctrinale autour de la place relative des deux éléments dans le processus coutumier, l'administration de la preuve adopte une démarche « par défaut » en examinant le développement de chacun des deux éléments ainsi que leur relation mutuelle, étant donnée leur collusion fréquente<sup>4</sup>. Une telle démarche a pour objectif de parer à toute critique doctrinale éventuelle en matière de processus coutumier<sup>5</sup>, et par là-même, d'assurer la solidité méthodologique de l'administration de la preuve. Il s'agit donc de procéder à tour à tour à l'identification de l'élément matériel ou de la pratique et de l'élément psychologique ou *opinio juris sive necessitatis* ou, en d'autres termes « de rechercher s'il existe une pratique

---

<sup>3</sup> V. entre autres notes 933-934 et 940-941 *infra*.

<sup>4</sup> Le caractère parfois vain et artificiel que peut revêtir l'entreprise d'isolement de chacun des deux éléments transparaît clairement au cours des travaux du rapporteur spécial de la C.D.I. sur le sujet, v. *Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Sir Michael WOOD, rapporteur spécial, C.D.I., 66<sup>e</sup> session, 22 mai 2014, A/CN.4/672, p. 76 (projet de conclusion 11 alinéa 4 – Preuve de l'acceptation comme étant le droit) : « Le fait qu'un acte (positif ou négatif) accompli par tel Etat établisse l'existence d'une pratique aux fins de la détermination d'une règle de droit international coutumier n'empêche pas le même acte de prouver que la pratique en question est acceptée comme étant le droit » ; James CRAWFORD, « The Identification and Development of Customary International Law », discours principal de la Conférence de printemps de la section anglaise de l'A.D.I., (« Foundations and Futures of International Law »), 23 mai 2014, p. 15 : « *The content of customary rules is the product of the dialectical process of international actors over time.* »

<sup>5</sup> Pour un exemple de ce type de critique, v. C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, opinion individuelle du juge Gilbert GUILLAUME, *C.I.J. Recueil 1996*, §1 p. 287.

générale acceptée comme étant le droit »<sup>6</sup>. Ainsi, il convient de ne pas exagérer l'importance de la classification, parfois délicate, des comportements pertinents sous l'un ou l'autre des deux éléments au-delà d'un intérêt essentiellement méthodologique, l'importance revenant au *continuum* du processus. Par ailleurs, la remise en cause par une partie de la doctrine de la capacité même de la théorie traditionnelle des deux éléments à rendre compte du processus coutumier eu égard à certaines incohérences qui l'affectent<sup>7</sup> ne saurait dissimuler le fait qu'elle demeure largement utilisée par les juridictions internationales comme méthode légitime de détermination des règles de droit coutumier et qu'elle a été encore récemment approuvée par la Commission du droit international lors de ses travaux sur le sujet<sup>8</sup>. Etrange situation du maintien à flot d'une théorie déficiente servant à expliquer un processus qui, s'il se rapporte à l'une des sources primaires du droit international, se distingue par son caractère éminemment informel.

Le choix des pistes méthodologiques suivies dans le cadre de l'approche empirique générale sera éclairé au cours de la démonstration en fonction de la trajectoire qu'elle suit et à mesure que les questions méthodologiques surviennent. L'examen ne prétend pas à une exhaustivité d'ailleurs impossible des comportements, développements, prises de position ou de la littérature pertinente. Au regard de la démarche d'administration de la preuve, il s'agit plutôt de démontrer le mouvement général de maturation de la norme au moyen d'une pénétration progressive dans la *lex lata* en passant par divers paliers de normativité plutôt que par un seuil unique. L'accumulation, l'alignement et la répétition d'actes à la conscience juridique croissante conduisent *in fine* à attester du passage de la norme vers la *lex lata* au-delà du doute raisonnable. Le sujet entretient un lien avec de nombreux autres domaines et aspects du droit international qui ne font néanmoins pas partie du sujet à proprement parler. C'est le cas notamment des questions incidentes relatives à la sécession remède, aux minorités nationales ou encore à la responsabilité de l'Etat. Par conséquent, l'examen suivi n'aborde ces ramifications que de manière incidente et dans la mesure du strict nécessaire à la démarche

---

<sup>6</sup> A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), Projet de conclusion 3 (approche fondamentale), p. 74. Cette formule reprend celle de l'article 38-b du Statut de la C.I.J. qui désigne parmi les sources du droit international « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

<sup>7</sup> V. *inter alia* Jack L. GOLDSMITH, Eric A. POSNER, "A Theory of Customary International Law", *John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 63*, Faculté de Droit, Université de Chicago, 82 p.

<sup>8</sup> A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), §3-a p. 2 : « Les membres de la CDI étaient généralement favorables à l'approche binaire dite « des deux éléments ». Cette conclusion est tirée des débats lors de la 65<sup>e</sup> session de 2013 (*Compte-rendu analytique provisoire de la 3186<sup>e</sup> séance*, 25 juillet 2013, A/CN.4/SR.3186). Ce soutien à l'approche des deux éléments s'est confirmée l'année suivante : *Rapport de la Commission du droit international*, 66<sup>e</sup> session, 2014, A/69/10, §149 p. 251 : « [l]'approche dite « des deux éléments » a fait l'unanimité ».

d'administration de la preuve. Il ne s'agit en aucun cas d'aborder le débat général de ces questions.

Cette méthodologie est complétée par un examen des comportements pertinents dans l'établissement des deux éléments du processus coutumier selon une classification par nature de l'acte accompli plutôt que par thème ou principe en lien avec la norme à l'étude. Cette approche privilégiant la forme à la substance, dont il faut admettre la platitude ainsi que le caractère arbitraire et répétitif, offre pour autant une garantie supérieure de rationalisation face à des comportements nombreux et reflétant parfois simultanément plusieurs aspects de la norme à l'étude. Dénuée de toute signification idéologique ou doctrinale, cette classification méthodologique, commode pour une analyse à grande échelle, fournit la neutralité et la systématisation nécessaires à l'appréciation de la contribution de ces comportements au processus coutumier, en termes d'imputabilité, d'établissement de précédents, de constance, de répétition ou encore de sentiment juridique. L'appréciation de l'effet cumulé de ces divers comportements est au cœur de la dynamique du passage de la norme à l'étude – le droit des peuples autochtones à l'autodétermination – de la *lex ferenda* vers la *lex lata*. En termes de contribution au processus coutumier, le poids des actes constitutionnels et jurisprudentiels pourrait parfois s'avérer plus important que celui de la législation en raison de leur sécurité juridique en principe supérieure, mais cela n'est pas systématique. Par conséquent, l'approche consistant à examiner les comportements servant de socle à l'émergence des deux éléments du processus coutumier en fonction de catégories formelles apparaît la plus neutre et la plus pratique aux fins d'administration de la preuve. Elle se justifie par des considérations exclusivement méthodologiques en raison de la grande diversité des comportements, de leurs formes et de leurs manifestations. L'étude de la période initiale du processus coutumier<sup>9</sup> montre que c'est effectivement le cas en l'espèce.

De manière générale, les comportements pertinents pour le propos de l'administration de la preuve se composent des comportements internes et internationaux des Etats ainsi que des comportements des organisations internationales, au premier chef desquelles l'Organisation des Nations Unies. Dans le cas d'espèce, les comportements internationaux des Etats regroupent le plus souvent des déclarations et prises de position de la part des organes susceptibles d'engager l'Etat. Les comportements internes des Etats couvrent plusieurs degrés

---

<sup>9</sup> V. partie I, titre 1.

de force juridique, incluant les déclarations d'intention, les politiques publiques, la législation, les dispositions constitutionnelles, les mécanismes institutionnels politiques ainsi que la jurisprudence interne<sup>10</sup>. Concernant les comportements des organisations internationales et particulièrement de l'O.N.U., la pertinence de cette catégorie ne saurait faire de doute, pour autant que la pratique de l'organisation internationale soit « bien établie », c'est-à-dire non contestée par les Etats membres<sup>11</sup>. C'est bien le cas en l'espèce, en témoigne l'influence déterminante de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier. Suivant un motif similaire à d'autres domaines d'activité de l'O.N.U., la pratique suivie en matière d'élaboration du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ou encore de mise en œuvre de mécanismes institutionnels de suivi est en définitive acceptée par les Etats comme une pratique cohérente et constante des Nations Unies, par conséquent moyen légitime et reconnu d'activités normatives, entre codification et développement du droit. Fréquemment manifestées concernant le contenu des travaux normatifs, les oppositions des Etats examinées au cours de la présente étude ne portent pas sur les méthodes et instruments institutionnels qui font quant-à-eux l'objet d'une acceptation générale une fois établis.

Seuls les comportements pertinents de l'Etat, internes ou internationaux, sont susceptibles d'être pris en compte dans l'établissement d'une norme coutumière<sup>12</sup>. Cela ne pose pas un obstacle à ce que les comportements d'acteurs non étatiques, en l'occurrence émanant des peuples autochtones, de leurs représentants ou d'organisations non-gouvernementales de société civile puissent jouer un rôle certain dans l'orientation des comportements imputables à l'Etat. Cette influence occupe d'ailleurs une place considérable dans le processus coutumier. Cependant, cette influence ne se confond pas avec les comportements étatiques eux-mêmes.

---

<sup>10</sup> Pour l'appréciation de la contribution des comportements internes des Etats au processus coutumier, v. pp. 38-75 et 108-139 *infra*.

<sup>11</sup> *Deuxième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales* (2<sup>e</sup> partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, Rapporteur spécial, Statut, privilèges et immunités des organisations internationales, de leurs fonctionnaires, experts, etc., C.D.I., 37<sup>e</sup> session, 1985, A/CN.4/391 et Add.1 et Corr.1, extrait de l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, tome II(1), A/CN.4/SER.A/1985/Add.1, §68 p. 111 ; Paul REUTER, « Quelques réflexions sur la notion de « pratique internationale », spécialement en matière d'organisations internationales », *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1984, p. 200.

<sup>12</sup> C.I.J., *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 13 juillet 2009, opinion individuelle du juge Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR, *C.I.J. Recueil 2009*, §26 pp. 279-280.

### III

L'aspect temporel inhérent à tout processus coutumier a pour conséquence l'impossibilité d'appréhender l'émergence d'une norme coutumière indépendamment de sa dimension diachronique ou chronologique, puisqu'elle consiste avant tout en une évolution normative. Cet aspect est le siège du caractère ambivalent de la coutume, ce terme désignant à la fois le processus de formation spontanée d'une norme du droit international et la norme résultant de ce processus. Ces deux aspects – la source de la norme et la norme elle-même – entrent dans le cadre de l'examen conduit au titre de l'administration de la preuve. En effet, le processus coutumier en tant que processus d'émergence de la norme à l'étude et de son accession progressive à la normativité se rattache au premier aspect alors que l'examen portant sur la détermination du fondement, du contenu, des formes d'exercice et de la portée de la norme se rattache davantage au second aspect. Prenant acte de la dimension diachronique au cœur de la dynamique coutumière, la présente étude s'articule autour de quatre périodes successives de maturation progressive du processus coutumier, examinant la formation puis la consolidation des deux éléments. Cette cristallisation progressive de la norme passe par de multiples paliers de normativité, conduisant à une adéquation ultime entre ce qui est et ce qui doit être. Au cours de cette évolution, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par la Résolution 61/295 de l'Assemblée générale du 13 septembre 2007 (reproduite en Annexe 1), constitue l'instrument central de cristallisation de la norme à l'étude.

La structuration de l'étude en quatre périodes successives suit le mouvement chronologique du processus coutumier. La première partie, portant sur les développements antérieurs à l'adoption de la Déclaration, regroupe deux périodes successives. Le premier titre couvre les origines du processus coutumier et les développements précoces avant l'internationalisation et l'institutionnalisation des préoccupations de la société internationale vis-à-vis des questions autochtones. Sont ainsi examinées les conditions d'émergence des premiers fondements du processus coutumier, jusqu'au tournant des années 1970. Le deuxième titre examine l'institutionnalisation du processus coutumier au sein des Nations Unies à partir des années 1970, particulièrement autour du long processus d'élaboration du projet de Déclaration (évolution des dispositions du projet de Déclaration relatives à l'autodétermination synthétisée en Annexe 2). Ce long processus institutionnel d'élaboration d'un projet de Déclaration au sein de l'O.N.U. s'est déroulé de 1982 à 2007 (schéma

institutionnel en Annexe 4). A la faveur d'une certaine influence du cadre institutionnel de l'O.N.U. sur les comportements des Etats en matière autochtone, les deux éléments du processus coutumier se sont progressivement consolidés en s'inscrivant dans la durée. La deuxième partie de l'étude examine d'abord, dans le premier titre, l'épisode de l'adoption de la Déclaration par une résolution de l'Assemblée générale en 2007. Etape centrale du processus coutumier, ce développement complexe constitue à la fois l'aboutissement d'activités normatives menées dans le cadre institutionnel de l'O.N.U. et la formulation d'attentes comportementales fortes vis-à-vis des Etats membres pour l'avenir (synthèse de l'évolution des positions des Etats en Annexe 3). Enfin, le deuxième titre examine les développements postérieurs à l'adoption de la Déclaration et consacrant la finalisation du processus coutumier ainsi que le plein passage de la norme à l'étude vers la *lex lata*.

Tout autant que sont indissociables les deux éléments constitutifs de la coutume, ne peuvent être isolés les différents principes ou droits reconnus aux peuples autochtones ; ils sont les différentes facettes d'une même réalité. Bien que l'autodétermination soit parfois identifiée comme l'un de ces principes aux côtés des autres, l'examen approfondi de son contenu potentiel autorise la conceptualisation de l'autodétermination comme la clé de voûte d'un système recouvrant l'ensemble des autres principes ou droits attribués aux peuples autochtones – autonomie ou auto administration, participation, respect de l'intégrité, droits culturels et identité, droits fonciers, droits sociaux et économiques, réparations, etc<sup>13</sup>. Le contenu relativement flou et indéterminé de l'autodétermination en autorise une interprétation flexible au sein d'un cadre quant à lui clairement délimité. Cela permet la conceptualisation de l'autodétermination comme droit-cadre ou droit à tiroirs, c'est-à-dire constitué d'un faisceau de droits constitutifs et de principes d'application, qui manifestent autant de formes d'exercice de ce droit premier.

Pour autant, cette démarche doit être clairement balisée et assortie des précautions nécessaires. Outre les limites théoriques d'une telle approche<sup>14</sup>, il apparaît hasardeux, au plan méthodologique, d'examiner la pratique en fonction des différents droits constitutifs et principes d'application qui apparaissent aujourd'hui comme autant de facettes de

---

<sup>13</sup> La classification de ces principes et droits au cloisonnement poreux se retrouve dans la plupart des articles doctrinaux sur le sujet. V. par exemple le rapport intérimaire de l'A.D.I. sur les droits des peuples autochtones, Conférence de La Haye, 74<sup>e</sup> session, 2010, sous la présidence de Siegfried WIESSNER (Etats-Unis d'Amérique), ainsi que le rapport final sur les droits des peuples autochtones, Conférence de Sofia, 75<sup>e</sup> session, 2012. Les conclusions de chacun de ces rapports sont présentées une résolution séparée.

<sup>14</sup> V. l'examen de ces limites pp. 312-315 *infra*.

l'autodétermination interne des peuples autochtones. Une telle approche méthodologique conduirait inévitablement à un travail essentiellement répétitif. Les pratiques identifiées, bien souvent, ne se rattachent à une dimension de l'autodétermination que de manière tendancielle ou indirecte, ou bien peuvent également se rattacher à plus d'une dimension, mettant en évidence le caractère artificiel et préjudiciable pour l'opération d'administration de la preuve d'opérer une séparation entre ces diverses facettes du droit à l'autodétermination interne contemporain dans la mesure où elles constituent autant de reflets d'une même réalité. C'est ainsi qu'il apparaît peu constructif de regrouper méthodologiquement les comportements des sujets de droit international en fonction de principes constitutifs du droit à l'autodétermination interne. En fixant l'examen autour de plusieurs pôles fixes correspondant aux différents droits constitutifs et principes d'application, cette approche manquerait également de mettre en évidence le caractère évolutif du contenu du droit à l'autodétermination, contenu qui s'est développé et enrichi au cours du temps pour atteindre son état actuel.

La pratique et l'*opinio juris* adossés à certains comportements pertinents imputables aux sujets du droit international font l'objet d'une identification progressive à mesure qu'ils se consolident autour de principes et de droits aujourd'hui articulés comme constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Ce lien logique, parfois expressément articulé par les auteurs des comportements, permet de lier lesdits comportements au processus coutumier. Notamment, des développements distincts exercent une incidence sur la formation des principes d'intégrité – dans sa dimension notamment économique et culturelle –, d'autonomie ou encore de participation, principes qui sont aujourd'hui couverts par la formulation du droit à l'autodétermination dans son application – interne – faite aux peuples autochtones, notamment articulée par la *D.N.U.D.P.A.*, et en constituent autant de droits constitutifs et de principes d'application.

La portée des comportements pertinents dans la formation du processus coutumier varie au cours du temps. Notamment, le poids relatif des comportements pertinents et des comportements contraires ou déviants évolue à mesure que la norme émergente s'affermi. Dans les développements initiaux, les comportements pertinents et le sens de leur évolution matérialisent une rupture avec l'environnement politique et juridique, et acquièrent ainsi une portée plus grande dans la structuration progressive du processus coutumier. Cela justifie la concentration de l'examen sur les seuls comportements contribuant au processus coutumier, car ils sont interprétés comme autant de signes annonciateurs du processus coutumier. Lors



des phases plus avancées au contraire, lorsque les deux éléments établis sont en phase de consolidation, les comportements déviants se situent nécessairement en relation avec la norme et acquièrent un caractère structurant accru, ce qui pour autant ne fait pas d'eux systématiquement des infirmations de la norme nouvelle. La portée de ces comportements déviants mérite alors un examen approfondi permettant d'apprécier la portée et le degré de maturation de la norme.

L'approche chronologique de l'examen du processus coutumier est étroitement liée au phénomène coutumier lui-même, dont l'existence repose sur le passage du temps. La diachronie est une dimension *sine qua non* du processus coutumier, et dans le cas d'espèce, l'approche chronologique révèle de manière remarquable l'évolution temporelle des notions à mesure qu'elles se structurent progressivement. L'émergence de la norme à l'étude apparaît comme la résultante de ces évolutions simultanées. En d'autres termes, loin de faire l'objet d'une simple reconnaissance, le droit à l'autodétermination interne appliqué aux peuples autochtones a vu son contenu et sa portée évoluer au cours du processus coutumier pour atteindre son état actuel lors de son passage dans le droit positif. Au moins jusqu'à sa reconnaissance par la résolution solennelle contenant la Déclaration de 2007, c'est de manière *ad hoc* que se manifeste ce droit, accepté de manière seulement partielle. Cette manifestation à chaque fois incomplète répond à la logique de manifestation du processus coutumier, qui n'apparaît jamais directement mais seulement en filigrane des comportements et déclarations des sujets du droit international. Il semble à cet égard infiniment préférable d'éviter les écueils d'un formalisme excessif qui consisterait à chercher à établir une définition précise et rigide des notions ou principes liés au processus coutumier avant d'entreprendre l'exercice d'administration de la preuve. Rechercher la définition *a priori* de principes et notions intrinsèquement évolutifs revient à poser un faux problème. Il apparaît plus constructif de commencer l'examen du processus coutumier en utilisant ces notions dans leur sens général et indéterminé pour en apprécier l'évolution, la spécification et la précision de portée à la faveur du processus coutumier. C'est là, semble-t-il, que réside tout l'intérêt du présent exercice, voire la condition même de sa faisabilité. Les difficultés persistantes liées à la définition de notions générales telles que celles de peuple, de peuple autochtone ou encore de droit à l'autodétermination ne présentent donc pas un obstacle méthodologique à la présente étude. Plutôt que de s'attacher à définir trop précisément les principes et notions utilisés dès la phase initiale, la présente étude en explorera les aspects présentant un intérêt en l'espèce au cours de

la démonstration. Ces définitions sont appelées à se préciser au cours du processus coutumier, révélant ainsi toute leur flexibilité contextuelle et leur portée.

Les notions de « peuple » et d'« autodétermination » attestent d'un paradoxe singulier. Alors qu'elles occupent une place essentielle en droit international, leur définition et leur portée demeurent vagues et sujettes à controverse. Si leur principe est admis, leurs contours restent incertains et ces notions n'ont pas encore dévoilé tout leur potentiel dans le droit international et les relations internationales. L'approche chronologique révèle notamment la dynamique de structuration du « peuple », du « peuple autochtone » et de l'« autodétermination », trois catégories juridiques au cœur de la problématique mais dont la définition en droit international demeure mouvante. Alors que la première étape de toute démonstration classique consiste généralement à définir les termes et notions utilisés, une telle opération préalable apparaît non seulement contre-productive, mais aussi délicate dans le cas d'espèce, précisément parce que leur structuration encore imparfaite est précisément le résultat du long processus coutumier, en d'autres termes de l'objet de la présente étude lui-même. Les notions essentielles de l'administration de la preuve étant appelées à se préciser seulement à mesure que le processus coutumier se développe, leur examen approfondi ne pourra intervenir qu'à la lumière du processus coutumier. S'il n'est pas possible de déterminer à ce stade une définition trop précise de ces catégories juridiques sous peine de prédéterminer la démonstration, il est néanmoins possible de définir d'emblée le cadre général de ces notions à l'intérieur duquel la définition et la portée seront amenées à se structurer.

Malgré les nombreuses tentatives de définition, le « peuple » ne possède toujours pas de définition claire et définitive qui réalise l'équilibre entre inclusivité et efficacité juridique. Les critères de définition les plus récurrents retiennent notamment une communauté de langue et de culture ainsi qu'un caractère démographique plus « compact » que celui d'autres groupes humains<sup>15</sup>, notamment la population ou encore les minorités nationales. Bien qu'ils se prétendent objectifs, ces critères s'avèrent problématiques en termes de démonstration. La question de déterminer ce qu'est un groupe humain compact se présente comme une porte ouverte à l'arbitraire et aux interprétations subjectives. En outre, point n'est besoin de rappeler que la notion de peuple n'est pas toujours strictement juxtaposable aux notions de

---

<sup>15</sup> *Moyens possibles de faciliter la solution par des voies pacifiques et constructives de problèmes dans lesquels des minorités sont impliquées*, Asbjørn EIDE, Rapporteur spécial, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 10 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/34, §73 p. 17.

culture et de langue. Ainsi, ces critères apparaissent plus indicatifs que constitutifs de l'essence du peuple. La situation est rendue plus confuse encore par la distinction progressive en droit international entre plusieurs catégories de peuples, tels le peuple colonial, le peuple opprimé, le peuple constituant ou encore le peuple autochtone<sup>16</sup>, ainsi que par la tendance à utiliser parfois les termes de peuple et de nation de manière apparemment équivalente<sup>17</sup>. La combinaison de ces critères « objectifs » à l'introduction d'un critère subjectif, celui de l'auto-identification du peuple<sup>18</sup>, apparaît beaucoup plus prometteuse. Pourtant, cette combinaison, qui offre la perspective d'un dépassement des conceptions subjectivistes et objectivistes du peuple<sup>19</sup>, demeure un cadre empirique de clarification qui ne saurait se substituer à une définition claire et précise de la notion juridique de peuple.

De cette carence initiale découle fort logiquement le caractère lacunaire de la définition et de la portée de tout cadre juridique appliqué au peuple. L'absence de définition claire du peuple entraîne nécessairement des imprécisions et incertitudes dans la définition et la portée du droit des peuples à l'autodétermination<sup>20</sup>. De fait, la définition généralement retenue du droit des peuples à l'autodétermination est reflétée par l'article 1.1 commun des deux Pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966 : « [t]ous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. »<sup>21</sup> Les imprécisions d'une définition si générale sont patentées, notamment quant aux manières d'exercer ce droit. La seule certitude qui s'en dégage est que les titulaires du droit à l'autodétermination sont les peuples. Cette définition générale sera reprise dans les mêmes termes dans le contexte des

---

<sup>16</sup> Pour l'examen de la définition du « peuple autochtone » procédant de la notion de « peuple » dans le cadre du processus coutumier à l'étude, v. pp. 158-166 *infra*.

<sup>17</sup> Surtout dans la période initiale de la décolonisation : v. Résolutions 637 (VII) du 16 décembre 1952 et 1188 (XII) du 11 décembre 1957 aux titres évocateurs ; *Recommandations relatives au respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes*, Note du Secrétaire général, Commission des droits de l'homme, 10<sup>e</sup> session, point 4 de l'ordre du jour, 3 février 1954, E/CN.4/697, 3 p.

<sup>18</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/34, *doc. cit.*, 10 août 1993 (v. note 15 *supra*), §73 p. 17 : « ses représentants prétendent parfois que le groupe constitue un peuple, ou une nation » : l'élément d'auto-identification transparaît nettement dans la formulation, mais le terme « prétendent » implique que cette prétention ne se suffit pas à elle-même en vue d'établir l'appartenance d'un groupe humain à la catégorie de peuple.

<sup>19</sup> Toute proportion gardée, cette controverse rappelle l'opposition sur un autre terrain entre les conceptions dites française (volontariste) et allemande (essentialiste) de la nation : v. Ernest RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? » (discours à la Sorbonne, 1882), in *Discours et conférences*, Paris, 1887 ; Johann G. FICHTE, *Discours à la nation allemande*, Berlin, 1807.

<sup>20</sup> Pour l'examen des développements du processus coutumier concernant la définition et la portée du droit des peuples à l'autodétermination, v. pp. 95-108, 157-214 et 291-318 *infra*.

<sup>21</sup> Article 1.1 commun du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, R.T.N.U., tome 999, 1976, p. 171 (traité n° 14668) et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, R.T.N.U., tome 993, 1976, p. 3 (traité n° 14531).

peuples autochtones, à l'article 3 de la *D.N.U.D.P.A.* de 2007, et complétée par d'autres dispositions de cet instrument.

Pour autant, les définitions lacunaires de ces catégories juridiques n'en ont pas hypothéqué l'application et l'efficacité juridique et n'empêchent pas le droit des peuples à l'autodétermination de constituer aujourd'hui l'une des normes essentielles du droit international. La raison en est que la définition et la portée de ce droit et de ses titulaires se sont précisées progressivement à l'occasion de son application dans la pratique internationale et avant tout des Nations Unies, d'abord dans le cadre de la décolonisation puis à l'époque contemporaine en dehors de celui-ci. L'évolution de sa définition a ainsi suivi celle des relations internationales. Il en va de même pour la catégorie de peuple autochtone dont les lacunes en matière de définition, pourtant soulignées par certains Etats réservés vis-à-vis de la norme à l'étude<sup>22</sup>, n'ont finalement pas posé d'obstacle insurmontable au processus coutumier et n'ont pas empêché le droit des peuples autochtones à l'autodétermination de devenir *in fine* une norme coutumière du droit positif<sup>23</sup>. Partant, la présente étude s'inscrit dans une perspective de contribution à la clarification progressive de la définition et de la portée du droit des peuples à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones.

#### IV

La démarche d'administration de la preuve du processus coutumier voit sa méthodologie affectée par d'autres difficultés dues au caractère éminemment informel de la coutume parmi les processus de formation spontanée du droit international. En particulier, le passage de la norme émergente de la *lex ferenda* vers la *lex lata* conduit cette norme à occuper transitoirement le champ controversé de la « normativité relative » et pose la question méthodologique de l'existence d'un seuil de normativité. Bien que la question soit examinée

---

<sup>22</sup> V. les déclarations en ce sens de certains Etats lors du processus d'élaboration du projet de *D.N.U.D.P.A.* au sein de l'O.N.U. puis lors de son adoption, *infra*, partie I, titre 2 et partie II, titre 1. C'est le cas *inter alia* de l'Australie : « [l]a définition du droit proposé est trop vaste » (*Procès-verbal*, 107<sup>e</sup> séance plénière, Assemblée générale, 61<sup>e</sup> session, New-York, 13 septembre 2007 (matin), A/61/PV.107, p. 12), de la Colombie (*Ibid.*, p. 20), de l'Inde (*Procès-verbal*, 108<sup>e</sup> séance plénière, 61<sup>e</sup> session, New-York, 13 septembre 2007 (après-midi), A/61/PV.108, p. 2) ou encore de l'Indonésie : « on ne peut que regretter que plusieurs aspects importants du document demeurent non réglés, en particulier ceux qui concernent la définition de ce que constitue un peuple autochtone » (*Ibid.*, p. 4). Comme le montre la présente étude, le problème de définition explique également la position réservée de certains Etats à l'égard d'une reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination et leur insistance en vue d'inclure une clause de sauvegarde de leur intégrité territoriale.

<sup>23</sup> Ce que la présente étude s'attache à démontrer.

plus avant au cours de la démonstration<sup>24</sup>, il peut être observé d'emblée que la logique de cristallisation normative propre au processus coutumier apparaît peu compatible avec l'idée d'un seuil de normativité unique et rigide puisque l'accession à la normativité de la règle émergente s'effectue par paliers progressifs, par étapes de maturation. Au gré des nuances diverses et subtiles de degré de normativité qu'elle traverse successivement, la norme émergente est ainsi appelée à occuper provisoirement une zone grise entre *lex ferenda* et *lex lata* que la notion de seuil unique de normativité est impuissante à appréhender. Cette zone transitoire trouble entre le droit et le non-droit constitue le siège même de la dynamique de maturation de la norme coutumière. La structure chronologique de l'étude, retraçant les étapes du long processus d'élaboration du projet de Déclaration qui s'est étalé sur une période de vingt-cinq ans, apparaît particulièrement propre à resituer la norme à l'étude dans le cadre de cette « zone grise » mouvante propre à sa maturation et à rendre compte des paramètres influant sur la cristallisation de la norme à l'intérieur de cette zone.

Entretenant un lien logique étroit avec la notion de normativité relative, la question du degré de généralisation requis des deux éléments du processus coutumier, et en particulier du « sentiment de droit » devant accompagner la pratique générale, occupe également une place importante au sein de la méthodologie. La validation de cette généralisation présente en effet certains aspects délicats, tant du point de vue quantitatif que qualitatif<sup>25</sup>. Au plan quantitatif, la doctrine dominante admet désormais que le consensus requis parmi les sujets du droit international doit être général et non unanime<sup>26</sup>. Dans la détermination de ce consensus, certains facteurs pondérants doivent être pris en compte, parmi lesquels notamment la présence, chez les Etats soutenant le consensus, des Etats particulièrement intéressés, des grandes puissances géopolitiques ou encore des divers systèmes et traditions juridiques de la planète. Ces critères s'appliquent également à l'appréciation du poids des positions d'Etats ne soutenant pas le consensus. Au plan qualitatif, le sentiment de droit est loin de prendre systématiquement la forme d'un acte de volonté des Etats manifestant expressément leur intention d'être liés par la norme émergente. Plus souvent, à cette exigence traditionnelle d'un acte de volonté se substitue un acte de consentement de l'Etat, désormais accepté par la doctrine générale contemporaine comme une manifestation valide de l'*opinion juris*<sup>27</sup>. Ces aspects de la détermination de l'existence de la norme coutumière à l'étude occupent une

---

<sup>24</sup> V. pp. 349-352 *infra*.

<sup>25</sup> V. examen approfondi sur ce point pp. 108-142 *infra*.

<sup>26</sup> V. notes 283, 963 et 1001 *infra*.

<sup>27</sup> V. notes 951-952 *infra*.

place importante dans la méthodologie suivie et font l'objet d'un examen approfondi au gré de leur mobilisation au cours de l'administration de la preuve.

## V

Le foisonnement de termes voisins ou équivalents au sein de la doctrine et des travaux normatifs de l'Organisation des Nations Unies rend nécessaire une clarification méthodologique de la manière dont certains termes sont employés dans la présente étude, dans un souci de précision et de clarté. La clarification de ces termes suit trois cas de figure.

Premièrement, certains termes et expressions sont employés comme stricts équivalents. L'emploi indifférent de l'un ou l'autre de ces termes répond à des considérations pratiques. Ainsi, les expressions « droit des peuples à l'autodétermination » et « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » sont employées de manière interchangeable, comme c'est généralement le cas dans la doctrine. De même, les termes d' « autonomie politique » et d' « auto-administration » reflètent tous deux le terme anglais de « *self-government* ». C'est aussi le cas des expressions « *lex ferenda* », « *soft law* », « droit mou » et « normativité relative » employées afin de caractériser l'absence de force juridique obligatoire d'un instrument ou d'une norme.

Deuxièmement, certaines expressions se réfèrent à des notions très proches mais non totalement juxtaposables. Ces différentes appellations sont conceptuellement liées et reflètent souvent plusieurs aspects d'une même réalité, ce que corrobore l'examen du processus coutumier sur ces points. C'est dans cette perspective que sont employées les expressions « consultation de bonne foi »<sup>28</sup>, « obligation pour l'Etat de consulter », « droit des peuples autochtones à être consultés », « représentation légitime », « partage négocié du pouvoir », « négociation de bonne foi », « consentement libre, préalable et éclairé », « participation à la prise de décision concernant les mesures touchant aux intérêts des peuples autochtones », « participation à la vie politique », « droit à la démocratie », « exercice démocratique et

---

<sup>28</sup> Comprise au sens large, au-delà de l'acception restrictive de la consultation entendue comme non contraignante ou sans conséquence. Il s'agit d'un processus continu de consultation de bonne foi en vue de construire, de maintenir et de renforcer une relation de partenariat entre l'Etat et ses peuples autochtones.

consensuel du pouvoir », « droit pour un peuple de voir sa volonté reflétée dans son gouvernement » ou encore « représentation légitime ».

Ces notions reflètent un même principe essentiel commun d'existence politique, de sauvegarde de l'intégrité et de l'identité du peuple autochtone. Elles supposent un exercice consensuel, non unilatéral, du droit à l'autodétermination. D'une certaine manière, ces notions peuvent être ramenées au principe éthique universel d'unité dans la diversité. Ce principe démocratique universel légitimateur guide et détermine l'évolution et la direction du processus coutumier à l'étude. Le déploiement de la norme qui en résulte matérialise ainsi l'ensemble des conséquences de la reconnaissance de ce principe premier par la société internationale. La norme à l'étude tend alors à corriger le déficit congénital de légitimité de certains Etats ayant entaché leurs conditions d'apparition et de perpétuation. Compte tenu de la tendance à une conditionnalité croissante de la souveraineté étatique au principe de légitimité représentative, une telle correction apparaît logique. Plus qu'une conséquence de ce réexamen de la souveraineté de l'Etat, il pourrait s'agir pour celle-ci d'un impératif conditionnant sa survie.

Troisièmement, enfin, certains termes sont susceptibles de couvrir plusieurs significations selon le contexte de leur emploi. C'est notamment le cas des termes de « remède » et d' « autonomie » qu'il convient à présent de clarifier tour à tour. Ces notions font l'objet d'un examen plus approfondi au cours de l'étude<sup>29</sup>, si bien qu'à ce stade il s'agit seulement d'opérer de manière générale la distinction entre leurs divers emplois contextuels.

Dans le contexte des peuples autochtones, la notion de remède ne couvre pas la même réalité que lorsqu'elle est employée dans le sens classique de la sécession remède. Dans le premier cas, la subjugation passée des peuples autochtones et la dimension remède n'ouvrent pas, en principe, la voie à la sécession. Une discontinuité de principe est postulée entre l'Etat dans le passé et l'Etat aujourd'hui. Le terme « remède » s'emploie alors comme synonyme de « réparation » ou « réhabilitation » et couvre la mise en place de mesures correctives au sein de l'Etat constitué en vue de remédier aux préjudices et aux discriminations résultant de la subjugation passée des peuples autochtones. La sécession ne couvre que des situations de non représentativité actuelles, abordées alors dans le sens classique général. La sécession remède

---

<sup>29</sup> V. notes 756 et 1434 *infra*.

peut couvrir des communautés humaines qui ne sont pas nécessairement des peuples. Elle ne s'exerce alors pas au nom du droit à l'autodétermination<sup>30</sup> mais en réponse à des situations extrêmes de non-représentativité et de perte de légitimité de l'Etat, d'où le sens du terme « remède ». Couvrant les peuples, autochtones et autres, l'autodétermination a aussi un aspect remède externe en cas de situation de non-représentativité de l'Etat, qui ne peut se déduire de la simple organisation politique de l'Etat mais doit satisfaire à un seuil élevé de non-représentativité. Dans ces cas particulier ou le droit à la sécession remède serait accordé à un groupe humain répondant au critère de peuple au sens du droit international, l'aspect remède aboutit à confondre l'autodétermination externe et les cas généraux de sécession remède.

Dans son sens initial, principalement à l'époque de la décolonisation, l'autonomie tendait à signifier la faculté pour un peuple indépendant de choisir son système d'organisation politique en dehors de toute interférence externe. Autrement dit, l'autonomie couvrait au plan interne la réalité couverte par la notion d'indépendance au plan international. Il s'agissait de la pleine autonomie de la population nationale vis-à-vis des interférences d'autres Etats, par exemple sous des formes de colonisation ou d'impérialisme. Cette signification de l'autonomie est sou-jacente dans la notion de territoires non-autonomes utilisée dans le cadre de la décolonisation. Dans son sens actuel et utilisé dans la présente étude, l'autonomie est un droit constitutif essentiel du droit des peuples à l'autodétermination exercé dans sa dimension interne. Il s'agit de l'autonomie d'une section de la population nationale vis-à-vis des autorités étatiques, que cette autonomie repose ou non sur une assise territoriale. Elle est alors entendue essentiellement comme autonomie politique, synonyme d'auto-administration.

## VI

Une dernière considération semble bienvenue à ce stade afin d'éclairer la perspective de la présente étude. S'il s'agit avant tout d'une démarche d'administration de la preuve du processus coutumier en vue de déterminer l'existence d'une norme particulière en tant que *lex lata* dans le droit international coutumier contemporain, l'approche empirique de l'étude ne saurait pour autant se passer d'une réflexion théorique et s'insère dans le débat doctrinal général sur le droit international coutumier. Cette double dimension de la problématique

---

<sup>30</sup> V. pp. 322-324 *infra*.



transparaît dans le titre de la présente thèse qui s'articule en deux temps. Plus exactement, par son approche pratique et empirique, l'étude a pour ambition de proposer une mise en perspective des divers problèmes théoriques et méthodologiques inhérents à la notion de droit international coutumier ainsi qu'à la doctrine des deux éléments. Cette thèse constitue ainsi une tentative de dépassement de certaines impasses théoriques et doctrinales par le pragmatisme et l'empirisme, au nom de la préservation de l'efficacité et de la souplesse du droit international. Elle ambitionne ainsi de trouver un juste milieu entre la nécessité de préserver d'une part le formalisme au cœur de toute structure juridique, et d'autre part la fluidité nécessaire en vue de maintenir cette structure en phase avec les réalités sociales dont elle est issue et qu'elle prétend régir, comme condition *sine qua non* de sa pérennisation.

\*        \*  
\*  
\*  
\*

## **PARTIE I**

### **LA PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LE PROCESSUS DE SON ÉLABORATION**

## Introduction

Reflétant le caractère spontané et informel de la source coutumière, le processus coutumier se manifeste d'abord de manière sporadique. Dans un premier temps se mettent en place les fondements de ce processus, avec l'établissement des premiers précédents conduisant à l'établissement d'une pratique à la constance encore perfectible ainsi que les premières traces de l'*opinio juris*. L'établissement progressif de liens d'imitation entre plusieurs comportements étatiques contribue à la formation des précédents pertinents sans qu'un sentiment de droit soit initialement présent. La structuration du processus coutumier intervient progressivement, à mesure que se précise une prise de conscience chez les sujets du droit international relativement à l'existence et à la nécessité de la norme émergente. Pour l'essentiel, l'institutionnalisation du processus coutumier dans le cadre de l'O.N.U. à partir des années 1970 préside à cette prise de conscience progressive et à la consolidation des deux éléments du processus coutumier. La première partie de l'étude s'articule ainsi autour de ces deux périodes successives. Ainsi, le premier titre analyse les fondements et les conditions d'apparition du processus coutumier. Le second titre est consacré à l'affermissement des deux éléments et à la précision du contenu et de la portée de la norme à l'étude à la faveur de l'institutionnalisation du processus coutumier.

D'une durée plus étendue que les autres étapes du processus coutumier, la période initiale est le théâtre non seulement de l'amorce de la formation d'une pratique encore incertaine préparant le terrain aux premières traces d'*opinio juris*, mais aussi de développements précurseurs posant les fondements philosophiques et doctrinaux des droits des peuples autochtones. Notamment, la controverse théologique apparue en réaction à la colonisation espagnole constitue une étape philosophique préliminaire faisant écho à la conception du droit naturel qui prévalait à l'époque<sup>31</sup>. Cette première période est le siège de processus lents et fluctuants, marquant une rupture progressive avec un contexte initialement hostile à la reconnaissance de droits à l'égard des peuples autochtones.

---

<sup>31</sup> V. pp. 40-73 *infra*.

## **Titre 1 – Identification de la pratique : la pratique étatique avant le processus d'élaboration de la *D.N.U.D.P.A.***

### Introduction

La pratique est communément acceptée par la doctrine majoritaire comme tenant un rôle essentiel dans le processus coutumier. Malgré les divergences quant à l'importance respective des deux éléments de la coutume, voire quant à la capacité de la théorie même des deux éléments d'expliquer le processus coutumier, la pratique tient presque toujours une place incontournable dans la substance de la coutume<sup>32</sup>. Comme l'affirme un célèbre juriste dans un article de doctrine qui compte maintenant parmi les classiques sur le droit international coutumier, « [d]es deux éléments, c'est en général la « pratique constante », l'usage matériel qui passe pour le plus évident. N'est-il pas en effet inhérent à la notion même de « coutume », qui implique par définition, semble-t-il, un comportement habituel clairement reconnaissable comme tel ? Donnée première qui se présente à l'observateur, rares sont ceux qui mettent en doute sa qualité de substrat du droit coutumier »<sup>33</sup>. L'identification de la pratique apparaît donc incontournable dans une démarche d'administration de la preuve.

La question méthodologique qui se pose à ce stade est : jusqu'à quand est-il nécessaire de remonter dans le temps aux fins d'identifier la pratique ? Cette question est distincte de celle portant sur la durée nécessaire de la pratique identifiée. En effet, dans la mesure où l'homogénéité de celle-ci ne semble pas encore avoir atteint un degré au-delà de toute objection, et dans la mesure également où certains comportements ou déclarations étatiques traduisent encore aujourd'hui une certaine réserve vis-à-vis de la positivité de la norme ici examinée, il semble nécessaire, afin de contrebalancer ces points faibles, d'asseoir la pratique existante sur un socle historique de longue durée et d'en retracer le développement progressif. Une telle démarche devrait aboutir à renforcer la cohérence de la pratique identifiée afin que la durée et la direction générale de développement viennent compenser la persistance de

---

<sup>32</sup> A quelques exceptions près : voir notamment le système doctrinal de Brian D. LEPARD qui, accordant à l'*opinio juris* le rôle principal sinon exclusif dans la formation des normes coutumières, tient la pratique comme simple élément confirmatoire de l'existence de la règle, et non comme élément constitutif de son émergence (*Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, New-York, Cambridge University Press, 2010, pp. 218-228).

<sup>33</sup> Peter HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », in *R.G.D.I.P.*, tome 90, 1986, p. 10.

positions réservées chez certains sujets de droit international quant à son appartenance au droit positif<sup>34</sup>. En d'autres termes, les possibles défauts d'unicité de la pratique actuelle sont compensés par la longue durée de celle-ci et par l'orientation du mouvement général<sup>35</sup>. Au surplus, l'indissociabilité de la pratique et de l'*opinio juris* souvent soulignée par les critiques de la doctrine des deux éléments implique que la pratique, loin d'être une masse indistincte de comportements, constitue déjà une série de comportements juridiques<sup>36</sup>. Si cela est le cas, et en tenant compte de la difficulté souvent répétée d'identifier isolément les deux éléments du processus coutumier, alors l'examen de la pratique dès ses premières manifestations et avant l'apparition d'une *opinio juris* distincte se justifie pleinement. En effet, une telle pratique peut être porteuse de traces d'une *opinio juris* non encore maturée ni détachable mais tout de même détectable par traces.

Les comportements pertinents des sujets du droit international en matière d'établissement de précédents constitutifs de la pratique s'avèrent très variés, ce qui contraint l'analyste à certains regroupements par catégorie de comportement à des fins méthodologiques. Le chapitre 1 est ainsi consacré à l'identification de la pratique par l'examen des comportements pertinents. Son approche est positive puisqu'il s'agit d'établir l'existence d'un processus de structuration de la pratique. Le chapitre 2 examine la portée de la pratique en élargissant l'analyse à des critères allant au-delà des comportements formels. Son approche est négative dans la mesure où il s'agit de qualifier, de nuancer ou encore de pondérer du processus identifié.

## Chapitre 1 – Précédents étatiques et d'organisations internationales

La doctrine majoritaire du processus coutumier conçoit celui-ci comme validé par la réunion de deux éléments, un élément matériel – la pratique – et un élément psychologique ou *opinio juris sive necessitatis*. Les nombreuses divergences quant à l'articulation des deux

---

<sup>34</sup> V. notes 264 et 986 *infra*.

<sup>35</sup> Est envisagée ici une perspective complémentaire à celle formulée par la C.I.J. dans l'arrêt du 20 février 1969 relatif aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), *C.I.J. Recueil 1969*, §74 p. 44 : « Bien que le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas nécessairement en soi un empêchement à la formation d'une nouvelle règle de droit international coutumier [...], il demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme ».

<sup>36</sup> Serge SUR, « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *DROITS, Revue française de théorie juridique*, Centre Thucydide, 6 mars 2006.

éléments et à leurs poids respectifs ne suffisent à occulter l'unité générale de la doctrine sur un point : la nécessité de dégager un *continuum*, inhérent à la notion même de processus.

Au cours de la période initiale examinée dans le présent titre, qui couvre les premiers contacts et l'établissement de liens juridiques entre les Etats colonisateurs européens et les peuples autochtones vers le XVI<sup>e</sup> siècle jusqu'à la prise en charge des revendications autochtones par les Nations Unies dans les années 1970, les comportements étatiques forment les vecteurs de principes convergents. Lors de cette période, il s'agit de comportements isolés auxquels la référence à des principes moraux ou du droit naturel confèrera une certaine convergence. La systématisation et le développement ultérieurs des principes initiaux soutendus par les comportements étatiques en font aujourd'hui des principes constitutifs du droit à l'autodétermination interne appliquée aux peuples autochtones.

Il apparaît donc logique, dans la perspective du processus coutumier, d'examiner les comportements étatiques au sein de cette période comme préfigurant une pratique qui sera systématisée par la suite. Bien qu'ils soient loin de présenter une cohérence et une constance absolue au terme de la période initiale considérée, vers les années 1970, ces comportements peuvent raisonnablement être considérés comme une pratique fournissant le socle du développement ultérieur de l'*opinio juris*. Si elle exprime bien le sens d'une obligation pour les auteurs des comportements, la référence aux principes moraux et du droit naturel durant les développements initiaux ne saurait être assimilée à une *opinio juris* à ce stade du processus coutumier car elle est intimement liée aux environnements culturels et religieux des auteurs et est appelée à varier avec eux. En l'absence d'une pratique constituée, les références aux obligations morales ne peuvent guère être autre chose que des faits sociaux. La présente section examine tour à tour les comportements internes des Etats (section 1) et les comportements internationaux regroupant ceux des Etats et ceux des organisations internationales (section 2).

### Section 1 – Comportements internes des Etats

Bien qu'il existe encore au sein de la doctrine du droit coutumier une controverse quant à la prise en compte de comportements étatiques internes pour la constitution de la pratique – voire de l'*opinio juris* –, il est généralement admis que tout acte émanant des

organes de l'Etat est susceptible d'entrer en ligne de compte pour la constitution de la pratique sous-tendant une norme de droit international coutumier<sup>37</sup>. Certaines vues restrictives ajoutent pour condition que ces comportements internes doivent avoir une incidence sur les relations internationales pour pouvoir être considérés au titre de pratique<sup>38</sup>. Dans le cas présent, il ressort de l'examen que les Etats s'inspirent mutuellement de leurs comportements internes respectifs, conduisant à la structuration progressive d'une pratique reflétant un consensus relatif. Autrement dit, si les comportements sont internes, leur influence est internationale. Par conséquent, il apparaît que les comportements internes ont bien, dans le cas d'espèce, une incidence sur les relations internationales et peuvent être raisonnablement considérés comme constitutifs de la pratique pour autant qu'ils soient imputables à l'Etat.

Durant la période initiale, la société internationale est encore faiblement intégrée. Les contacts entre Etats y sont limités ainsi que le rôle des organisations internationales qui n'émergent que vers la fin de la période. Cette structure de la société internationale explique que, durant cette période, la majorité des comportements susceptibles de constituer des précédents constitutifs d'une pratique sont des actes étatiques internes. Les principaux contacts internationaux ont lieu au moyen de la jurisprudence comparée, vecteur de l'instauration de précédents. Le système de *Common law* tient une place particulière dans cette installation de précédents. En tant que corpus juridique commun à un groupe d'entités coloniales, la *Common law* est une illustration de structure informelle internationale fonctionnant par l'établissement et la répétition de précédents. La *Common law* est particulièrement propice à l'instauration de précédents et à la stimulation du processus de structuration de la pratique. L'intégration de diverses juridictions qu'elle opère lui confère ainsi un rôle moteur dans l'établissement de la pratique. Dans le cadre du présent examen, trois catégories de comportements interne semblent pertinentes au sein de la période initiale : la jurisprudence interne, la législation interne, et, puisque ces comportements ne doivent pas nécessairement avoir un caractère juridique, les politiques et mécanismes non juridiques. Ces

---

<sup>37</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 2009, n° 209 p. 355 : « Ces comportements peuvent correspondre à des actes juridiques, internes ou internationaux, mais ce n'est pas une nécessité. Il suffit qu'ils émanent de sujets de droit international. » Le rapporteur spécial de la C.D.I. en matière de détermination (précédemment : de formation et d'identification) du droit international coutumier, Sir Michael Wood, emploie une formulation moins claire mais incluant néanmoins les comportements internes : « La pratique de l'Etat consiste dans le comportement qui lui est attribuable, dans l'exercice d'une fonction exécutive, législative, judiciaire ou autre » (A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), projet de conclusion 6 – Attribution de comportement, p. 75).

<sup>38</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 209 p. 355 : « Les « actes » de l'Etat sont ceux accomplis par ses organes et qui ont une incidence sur les relations internationales. »

comportements internes peuvent se distinguer en comportements juridiquement obligatoires (§1), offrant un degré supérieur de sécurité juridique, et en comportements politiques dont le degré d'obligation juridique, variable, est généralement moindre (§2). Le traitement de la jurisprudence avant celui de la législation se justifie en outre par le fait que la première a souvent précédé la seconde dans le cas d'espèce.

### *§1 – Comportements juridiquement obligatoires*

Actes juridiques par excellence, les comportements juridiquement obligatoires pertinents pour l'identification des précédents incluent les jurisprudences internes (A) et les législations internes (B). Ils forment le cadre juridique interne des Etats en lien avec la norme à l'étude.

#### *A – Jurisprudences internes*

Les jurisprudences internes constituent par excellence les manifestations de la pratique étatique au plan interne, dans la mesure où elles offrent un degré de sécurité juridique supérieur aux autres manifestations envisageables, la seule exception étant, peut-être, les dispositions constitutionnelles. Bien que la jurisprudence soit le domaine par excellence de l'affirmation d'obligations juridiques, ce qui la rapproche parfois des sources de l'*opinio juris*, le droit international considère généralement les droits internes comme de simples faits ou affirme du moins sa prééminence sur eux<sup>39</sup>, ce qui plaide pour un traitement général des droits internes au titre de la pratique. Bien qu'interne, cette jurisprudence appuie souvent son raisonnement sur des principes internationaux coutumiers, ce qui plaide pour son intégration dans le processus coutumier. Au cours de la période considérée, les variations entre jurisprudences internes en termes de prémices, de raisonnement et de contenu reflètent l'évolution du droit international. Encore à ses balbutiements au début de la période considérée – au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle avec la controverse de Valladolid –, le droit international atteint vers 1945 sa structure quasi actuelle à la faveur d'un long processus de

---

<sup>39</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 49 pp. 108-109 ; C.P.J.I., *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt, 25 mai 1926, série A, n° 7, p. 19 ; C.I.J., *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, 26 avril 1988, *C.I.J. Recueil 1988*, §57 p. 34.



développement et de maturation. Au cours de ce processus, les approches et les fondements doctrinaux du droit international ont évolué, voyant succéder au droit naturel initial la conception volontariste du droit international puis enfin l'amorce d'un retour de balancier vers la fin de la période<sup>40</sup>. La succession de ces différents courants doit être gardée à l'esprit car les orientations successives prises par le processus coutumier lui apparaissent étroitement liées.

Intervenant dans le cadre de l'affirmation du droit naturel, les comportements initiaux, en particulier jurisprudentiels, des puissances coloniales se fondent notamment sur les travaux de philosophes et théologiens. Il ne s'agit pas simplement de légitimer l'installation d'une pratique déterminée qui servirait les intérêts des puissances colonisatrices. On peut y voir également un véritable questionnement sur la conduite juste à adopter par les Etats, conduite qui parfois s'écarte de leurs intérêts. A cet égard, loin de se limiter à des considérations morales, ces raisonnements théologiques ont eu une influence réelle sur les comportements des Etats.

Les premiers véritables questionnements sur la légitimité de la subjugation des peuples autochtones et de la saisie de leurs terres par les colonisateurs espagnols sur le continent américain sont portés par les théologiens dominicains espagnols Bartolomé de Las Casas (1474-1566) et Francisco de Vitoria (1483-1546). A une époque où prévaut une conception naturaliste du droit entre les nations, la pensée théologique exerce une influence considérable sur la formation du droit international<sup>41</sup>.

En premier lieu, il semble se dégager un consensus général sur l'humanité des peuples autochtones, en raison de l'égalité de légitimité et du caractère naturel des sociétés, découlant à leur tour de l'unité de la nature humaine<sup>42</sup>. Cet accord sur l'humanité des autochtones se

---

<sup>40</sup> S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, New-York, Oxford University Press, 2004, chap. 1 et 2 (pp. 15-94).

<sup>41</sup> Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New-York, MacMillan, 1954, pp. 79-84, et Harold E. DAMEROW, *A Critical Analysis of the Traditional Foundations of International Law*, thèse de doctorat, New Brunswick, université de Rutgers, 1978, pp. 23-29.

<sup>42</sup> A cet égard, Las Casas reprend la philosophie de Saint Thomas d'Aquin (1224-1274) et va dans le même sens que la bulle pontificale *Sublimis Deus* du Pape Paul III du 9 juin 1537. Reprenant la lettre du Pape *Veritas Ipsa* écrite au cardinal de Tolède le 2 juin de la même année, la bulle proclame : « Nous définissons et déclarons par cette lettre apostolique [...] que quoi qu'il puisse avoir été dit ou être dit de contraire, les dits Indiens et tous les autres peuples qui peuvent être plus tard découverts par les Chrétiens, ne peuvent en aucun cas être privés de leur liberté ou de la possession de leurs biens, même s'ils demeurent en dehors de la foi de Jésus-Christ; et qu'ils peuvent et devraient, librement et légitimement, jouir de la liberté et de la possession de leurs biens, et qu'ils ne

retrouve y compris chez les partisans d'une conversion des autochtones par la force, à l'image de Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), adversaire de Las Casas lors de la controverse de Valladolid de 1550-1551. De cette égalité découle la reconnaissance de la liberté des autochtones et de leur droit de propriété. Ainsi sont interdites la subjugation des peuples autochtones, la privation de leurs biens, notamment fonciers, et leur réduction en esclavage. La conceptualisation de ces droits reconnus aux autochtones suggère sous une forme non encore systématisée l'identification d'un principe d'intégrité<sup>43</sup> dans la mesure où les peuples autochtones sont reconnus comme tels et leur différence acceptée comme participant de la famille humaine<sup>44</sup>. Également, corollaire à ce principe d'intégrité, la reconnaissance aux autochtones de la faculté de posséder des biens et terres<sup>45</sup> fournit le socle conceptuel d'un droit de propriété et souligne leur égalité au moins formelle avec les autres peuples.

Cependant, la reconnaissance de ces deux principes est assortie de sévères limites qui en révèlent toute l'ambiguïté initiale. En effet, les théologiens qui reconnaissent ces principes, y compris les plus libéraux, affirment en même temps la légitimité de la conversion des autochtones par le colonisateur. Ambigu sur ce point, Vitoria admet la légitimité de la conversion bien qu'il en rejette l'imposition par la contrainte. Reconnaisant aux autochtones l'existence d'un droit originel de possession, Vitoria semble néanmoins accepter la légitimité de leur subjugation par le colonisateur dans la mesure où celle-ci est nécessaire pour leur bien<sup>46</sup>. Cette limite posée à l'intégrité autochtone par la mission civilisatrice semble fournir le

---

devraient en aucun cas être réduits en esclavage; si cela arrivait malgré tout, cet esclavage serait considéré nul et non avenu. ».

<sup>43</sup> Principe plus tard cristallisé par son inclusion aux articles 7.1 et 8.2-a de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (D.N.U.D.P.A.).

<sup>44</sup> Francisco DE VITORIA, « The First Reliction on the Indians Lately Discovered », in *De Indis et de ivre belli relectiones* (in *Relectiones theologicae XII*), 1539, réédité dans la collection « Classics of International Law Series », Institut Carnegie, Washington, 1917, p. 127, première section, proposition 23: « *The Indian aborigines are not barred on this ground from the exercise of true dominion. This is proved from the fact that the true state of the case is that they are not of unsound mind, but have, according to their kind, the use of reason. This is clear, because there is a certain method in their affairs, for they have polities which are orderly arranged and they have definite marriage and magistrates, overlords, laws, and workshops, and a system of exchange, all of which call for the use of reason; they also have a kind of religion. Further, they make no error in matters which are self-evident to others; this is witness to their use of reason.* » De Vitoria reconnaît ainsi que les autochtones sont des sociétés organisées et attribue leurs différences comme découlant non de leur nature mais de leur absence d'éducation chrétienne. De même, le Pape Paul III déclare dans sa bulle *Sublimis Deus* du 9 juin 1537 : « *[T]he said Indians and all other people who may later be discovered by Christians are by no means to be deprived of their liberty or the possession of their property.* »

<sup>45</sup> Francisco DE VITORIA, *op. cit.*, 1539 (v. note 44 *supra*), propositions 23 et 24.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 161. Écrivant à propos du contexte de la colonisation des Amériques par l'Espagne, il déclare: « *Although the aborigines in question are [...] not wholly unintelligent, yet they are little short of that condition, and so are unfit to found or administer a lawful State up to the standard required by human and civil claims. Accordingly they have no proper laws nor magistrates, and are not even capable of controlling their family affairs; they are without any literature or arts, not only the liberal arts, but the mechanical arts also; they have*

fondement principal du développement ultérieur du régime applicable au titre autochtone sous *Common law*, et en particulier à la possibilité de son extinction unilatérale par la Couronne. Ainsi, l'intégrité reconnue en principe aux peuples autochtones n'est pas encore assortie de son corollaire moderne, l'autonomie<sup>47</sup>, en ce que la reconnaissance de l'humanité des sociétés autochtones reste limitée par l'affirmation de la supériorité des civilisations occidentales.

Néanmoins, s'il semble que l'intention initiale de l'affirmation de ces principes ait été de légitimer les tentatives de conversion des autochtones par les colons, ces principes acquièrent une essence distincte une fois établis. En rejetant la validité du titre donné par le Pape pour l'établissement des puissances coloniales sur les terres autochtones, Vitoria souligne en effet que le refus des autochtones d'embrasser la foi chrétienne ne constitue un fondement ni de subjugation, ni de guerre juste ni de saisie de leurs terres<sup>48</sup>.

Tenue sur ordre du roi d'Espagne Charles V lui-même afin d'examiner la moralité de la colonisation espagnole du Nouveau Monde et des relations avec les autochtones, la controverse de Valladolid a exercé une influence, certes modeste, sur les comportements étatiques, bien que leur effet sur le bien-être des autochtones eux-mêmes ait été en définitive quasi-nul<sup>49</sup>. En effet, le traitement des autochtones d'Amérique par l'Espagne a fait l'objet de critiques par d'autres Etats colonisateurs d'Europe occidentale, bien que ces critiques apparaissent dictées plus par les rivalités coloniales que par un réel souci pour le bien-être des peuples autochtones. L'influence a concerné non seulement les comportements de l'Espagne

---

*no careful agriculture and no artisans; and they lack many other conveniences, yea necessities, of human life. It might, therefore, be maintained that in their own interests the sovereigns of Spain might undertake the administration of their country, providing them with prefects and governors for their towns, and might even give them new lords, so long as this was clearly for their benefit.*" Il ajoute plus loin: "*Therefore their governance should in the same way be entrusted to people of intelligence*".

<sup>47</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (« la Déclaration » ou « D.N.U.D.P.A. »), adoptée par la Résolution 61/295 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 septembre 2007, art. 4. Cet article est formulé comme un corollaire à l'article 3 sur l'autodétermination. Il reconnaît l'autonomie comme l'une des formes d'exercice du droit à l'autodétermination.

<sup>48</sup> Francisco DE VITORIA, *op. cit.*, 1539 (v. note 44 *supra*), section 2, §11: "*Where, then, no wrong has previously been committed by the Indians, there is no cause of just war. This is the received opinion of all the doctors, not only of the theologians, but also of the jurists, such as Hostiensis, Innocent, and others. Cajetan (Secunda Secundae, qu. 66, art. 8) lays it down clearly and I know of no doctor whose opinion is to the contrary. Therefore this would not be a legitimate title to seize the lands of the aborigines or to despoil the former owners.*"

<sup>49</sup> David M. TRABOULAY, *Columbus and Las Casas: The Conquest and Christianization of America, 1492-1566*, Maryland, University press of America, 1994, pp. 185-188 ; Benjamin KEEN, "The Legacy of Bartolomé de Las Casas", *Essays in the Intellectual History of Colonial Latin America*, Colorado, Westview Press, 1998, pp. 57-69.

mais également ceux des autres puissances coloniales européennes. Concernant l'Espagne, la controverse a permis de mettre un frein durable au système des '*encomienda*'<sup>50</sup>, renouvelant la tentative des nouvelles lois de 1542 de supprimer graduellement ce système. Par ailleurs, les arguments de Las Casas contre les conversions forcées ont eu un écho chez les juges et administrateurs de certaines régions colonisées<sup>51</sup>. D'autres puissances coloniales, au premier rang desquelles la France, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas, ont également utilisé les arguments de Las Casas contre l'Espagne. Bien que ces critiques, essentiellement opportunistes, soient davantage dirigées contre l'expansionnisme espagnol que le gage d'un réel souci pour le traitement des autochtones<sup>52</sup>, leur formulation n'en a pas moins influencé l'établissement de principes minimaux communément acceptés régissant les rapports entre colons et peuples autochtones. Apparue initialement dans le cadre des comportements internes de la seule Espagne, cette doctrine juridique a ensuite étendu son influence sur les comportements internes de pays tiers en matière de définition des principes régissant leurs relations avec les peuples autochtones tombés sous leur autorité.

Toujours au plan théorique, les vues de Vitoria contribuent à définir la direction du développement de la pensée juridique dans les débuts de la théorisation du droit international. Fortement influencé par Vitoria, Hugo Grotius (1583-1645) accepte également, dans son œuvre *De jure praedae commentarius* (1604), la notion de guerre juste en cas de résistance des autochtones aux entreprises de commerce et de conversion par des moyens pacifiques. Il accepte néanmoins l'impossibilité de déposséder les autochtones de leurs propriétés foncières, sauf pour une juste cause, qui ne saurait découler du paganisme des autochtones. Allant plus loin encore dans son œuvre *De jure naturae et gentium* (1672), Samuel von Pufendorf (1632-1694) refuse toute obligation qu'auraient les autochtones d'accepter les colons sur leurs terres, comparant l'arrivée de ces derniers à une visite sur laquelle l'hôte conserve le droit de d'acceptation ou de refus, d'en fixer les conditions et la durée, et de révoquer lesdites conditions à tout moment. Envisageant ainsi les sociétés autochtones comme les égales des

---

<sup>50</sup> Système d'exploitation coloniale selon lequel les travailleurs autochtones placés sous l'autorité des colons espagnols étaient convertis au Christianisme en échange de leur travail.

<sup>51</sup> Voir par exemple les politiques pacifiques et par l'exemple du juge Alfonso de Zorita et du franciscain Jacinto de San Francisco en Nouvelle-Espagne et au Pérou. De même, lors de la colonisation des Philippines en 1571, le roi Philippe II a confirmé le changement d'approche en accédant en partie à une requête des dominicains de respecter la souveraineté du peuple des Philippines (v. Bonar Ludwig HERNANDEZ, "The Las Casas-Sepúlveda Controversy: 1550-1551", *Ex Post Facto*, journal des étudiants en Histoire de l'université d'Etat de San Francisco, tome X, 2001, pp. 95-104). Cet épisode met en évidence la désuétude des bulles papales accordant à l'Espagne le droit exclusif d'occupation de territoires éloignés, désormais insuffisantes aux fins d'établir un titre colonial par droit de conquête.

<sup>52</sup> Bonar Ludwig HERNANDEZ, *op. cit.*, 2001 (v. note 51 *supra*), pp. 95-104.

colonisateurs en droit international, Pufendorf les rapproche de l'Etat souverain et effectue une percée par rapport au cadre théorique posé par ses prédécesseurs. Il donne un écho et un sens précoces à ce que la doctrine accepte aujourd'hui communément comme le droit à l'autodétermination interne, envisagé de manière large : le droit pour un peuple de décider de sa propre destinée<sup>53</sup>. Loin de refléter l'opinion doctrinale majoritaire de l'époque, la pensée de Pufendorf offre cependant la mesure du développement progressif du droit international en la matière en anticipant sur l'époque actuelle.

Cependant, sur le plan empirique, tant que prévalent dans les rapports entre nations les prémices du droit divin selon lesquels le droit tend à se confondre avec la religion, les normes émergentes en matière de droits autochtones demeurent trop proches de la morale et de la philosophie, et leur positivité reste très faible. A mesure que le droit international se développe et évolue vers des approches volontaristes, les droits autochtones vont connaître une double évolution qui n'est pas dénuée d'un certain paradoxe. Premièrement, en conceptualisant le droit international comme régissant exclusivement les rapports entre les Etats, l'approche volontariste tend à marginaliser les groupes sous-nationaux et transnationaux, ce qui marque un relatif retrait dans le développement des droits autochtones par rapport à la tolérance relativement plus grande que manifestait le droit naturel à leur égard, du moins au plan théorique. Deuxièmement, le détachement du droit international de ses fondements religieux initiaux permet paradoxalement une systématisation des normes existantes, ouvrant ainsi la voie à leur positivité réelle.

Outil catalyseur du développement de précédents, la *Common law* liant les colonies britanniques entre elles a été le vecteur d'une accélération considérable du développement des droits autochtones et de leur systématisation. L'intérêt de la *Common law* comme catalyseur

---

<sup>53</sup> Les allusions contemporaines, implicites ou expresses, sous diverses formules au droit à l'autodétermination interne ne sauraient altérer l'unité de son principe, par essence politique : *D.N.U.D.P.A.*, article 3 : « En vertu de ce droit, [les peuples autochtones] déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » ; Emmanuel SPIRY, « From « Self-Determination » to a Right to « Self-Development » for Indigenous Groups » in *German Yearbook of International Law*, n° 38, 1995, p. 151 : « *self-determination is used today to refer to a people's control of its own destiny.* » ; Yoram DINSTEIN, « Self-Determination Revisited » in *International Law in an Evolving World, In Tribute to Professor Eduardo Jimenez de Arechaga*, Montevideo, Fondation de Cultura Universitaria, 1994, p. 245 : « *The gist of self-determination is political control of the people's destiny (accompanied by other forms of control).* » ; Ian BROWNLIE, « The Rights of Peoples in Modern International Law » in James CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 5 : *The core of the principle of self-determination "consists in the right of a community which has a distinct character to have this character reflected in the institutions of government under which it lives"*. Le contenu et la portée du droit, distingué du principe, et notamment son essence politique font l'objet d'un examen approfondi à un stade ultérieur de la présente étude.

d'une certaine structuration de la pratique, sous l'égide du Conseil privé de Sa Majesté, se manifeste dans l'apport majeur qu'est l'émergence et la généralisation progressive de la doctrine du titre ancestral ou autochtone – '*native title*' en anglais – parmi les juridictions de *Common law*. Faisant écho à la doctrine plus ancienne de la continuité<sup>54</sup>, la doctrine du titre autochtone prévoit de manière générale<sup>55</sup> qu'à l'occasion du processus de colonisation ou de subjugation, les lois autochtones prévalant sur les territoires conquis avant la colonisation survivent à celle-ci et à l'instauration du nouvel ordre juridique colonial ou national. Comme l'examen comparé des cas particuliers le révèle ci-après, les divergences de jurisprudence en matière de titre autochtone entre les différentes juridictions de *Common law* portent sur la portée dudit titre et ses possibilités d'extinction. Les remises en cause de son existence *per se* sont beaucoup plus marginales et la perspective rétrospective de l'examen permet de traiter ces divergences comme un retard dans le ralliement des juridictions concernées et une manifestation du caractère progressif du processus coutumier plus que comme une contradiction insurmontable.

Parmi les colonies britanniques relevant du système de *Common law* et comportant une population autochtone – devenus aujourd'hui par conséquent des Etats particulièrement intéressés du processus coutumier – les jurisprudences aux Etats-Unis d'Amérique, au Canada et en Nouvelle-Zélande ont particulièrement contribué à ce processus de systématisation des droits autochtones et de leur inscription dans le droit positif. Faisant longtemps figure d'exception, l'Australie se trouve initialement en retrait à cet égard et ne rejoindra le processus que tardivement.

L'arrêt en l'affaire *Johnson c M'Intosh* rendu par le juge John Marshall en 1823<sup>56</sup> constitue l'un des premiers cas de jurisprudence interne des Etats-Unis<sup>57</sup>. Cet arrêt est

---

<sup>54</sup> L'affaire généralement acceptée comme marquant, au moment de la conquête de l'Irlande, cette émergence est *The case of Tanistry* (Davis28) de 1608. Après une longue période d'incertitude, la doctrine de la continuité prévaudra finalement sur la doctrine de l'acte d'Etat selon laquelle le nouvel ordre juridique établi par le colonisateur met fin à tout ordre juridique préexistant sur les territoires conquis. La doctrine du titre autochtone résulte, en définitive, de l'accommodation, sous l'empire de la *Common law*, des trois doctrines de la continuité, de l'acte d'Etat et de la reconnaissance.

<sup>55</sup> A l'exception des cas de propriété publique de l'Etat prédécesseur, comme le montre la jurisprudence plus récente au Nigéria dans l'affaire *Adeyinka Oyekan et autres c. Musendiku Adele*, Comité judiciaire du P.C., appel n° 39 de 1953, arrêt du 26 juin 1957, 2 All ER 785.

<sup>56</sup> *Johnson & Graham's Lessee c M'Intosh*, Cour suprême des Etats-Unis, 28 février 1823, 21 U.S. 543, 8 Wheat 543 (1823) (*Johnson c M'Intosh* (1823, SCt)).

<sup>57</sup> D'autres affaires plus anciennes ont amorcé l'émergence de la doctrine américaine en matière de titre autochtone: voir les affaires *Marshall c. Clark*, 1 *Kentucky Reports* 77, 4 Call 268 (novembre 1791) ; *Sim's Lessee c. Irvine*, Cour suprême des Etats-Unis, 3 U.S. (3 Dall.) 425 (1799) ; *Jackson ex dem Klock c. Hudson*, 3

fondateur à bien des égards de l'ensemble de la doctrine américaine en matière des droits des autochtones d'Amérique. Bien que cet arrêt fasse l'objet encore aujourd'hui d'abondantes discussions doctrinales quant à sa portée, il est communément admis qu'il consacre la reconnaissance d'un titre autochtone. Le juge Marshall fonde la prise de possession par la Couronne des territoires américains, l'acquisition de souveraineté sur ceux-ci ainsi que les droits qui en découlent sur le principe de découverte. Ces droits ne sont cependant pas incompatibles avec l'existence d'un titre autochtone fondé sur l'occupation antérieure et continue des terres découvertes par la Couronne. Ce titre autochtone consiste en un droit d'occupation et de libre disposition – mais non de possession – des terres, notamment celles acquises par la Couronne par voie de découverte. Ce titre, indépendant de sa confirmation éventuelle par voie de traités, est nécessairement limité en matière de libre disposition. Subordonné en dernier ressort à la souveraineté du découvreur, le titre est susceptible d'extinction unilatérale par le gouvernement, successeur de la Couronne. Consacrant certes l'existence d'un titre autochtone, l'arrêt pose néanmoins une limite immédiate à ce titre. Adoptant une approche avant tout pragmatique, le juge Marshall fait écho au droit naturel au moyen du titre autochtone afin de mieux justifier les droits du colonisateur en vertu du droit international de l'époque. Bien que l'arrêt réponde davantage aux préoccupations d'un colonisateur de l'époque soucieux de sécuriser ses gains territoriaux, notamment en raison de la rivalité avec les autres puissances coloniales présentes sur le continent américain, il offre néanmoins une base jurisprudentielle au développement du titre autochtone non seulement aux Etats-Unis mais également au sein de la *Common law*. Il ouvre ainsi la porte à des revendications autochtones ultérieures.

Un examen plus approfondi des arguments présentés devant la cour et des avis des différents juges dans cette affaire ainsi que dans d'autres affaires ultérieures révèle une conception large du titre autochtone<sup>58</sup>. Si des restrictions à ce titre existent bel et bien, elles se fondent avant tout sur un soutien pragmatique au colonisateur, et non sur des considérations

---

Am Dec 500, 3 Johns 375 (1808) (*Jackson* (1808, Cour suprême de New-York)); *Fletcher c. Peck*, Cour suprême des Etats-Unis, arrêt du 16 mars 1810, 10 U.S. 87, 6 Cranch 87 ; *Goodell c. Jackson*, 11 Am Dec 351, 20 Johns 693 (1823) (*Goodell* (1823, Cour suprême de New-York)). Bien que son issue ait été négative, la longue affaire *Indiens Mohegan c. Connecticut* (1705-1773) est le premier cas de litige en matière de revendications autochtones à être porté devant des tribunaux de *Common law* (v. sur ce point Mark D. WALTERS, « Mohegan Indians v. Connecticut (1705-1773) and the Legal Status of Aboriginal Customary Laws and Government in British North America », *Osgoode Hall Law Journal*, tome 34, n° 4, 1995, pp. 785-829).

<sup>58</sup> V. notamment l'examen de la jurisprudence américaine de cette époque in Simon YOUNG, *The Trouble with Tradition – Native Title and Cultural Change*, Sydney, The Federation Press, 2008, pp. 75-81.

de type traditionnel ou culturel. Cette conception large est reflétée notamment par le rejet des justifications de type traditionnel du juge Johnson par ses pairs dans l'affaire *Nation Cherokee c. Géorgie*<sup>59</sup>. Dans l'affaire *Worcester c. Géorgie*<sup>60</sup>, est cette fois rejetée l'assomption du même juge selon laquelle il existait une intention initiale du souverain en vue de limiter le titre autochtone notamment au sein des traités conclus. Dans ces trois affaires, ainsi que dans d'autres affaires subséquentes, l'existence d'une intention initiale de limitation du titre autochtone est déniée, ce qui laisse supposer un soutien au moins implicite à une conception large du titre autochtone dans la doctrine initiale, sans préjudice de possibles limitations ou extinctions ultérieures par acquisition ou acte unilatéral de l'Etat. Cette extinction du titre autochtone par acte unilatéral du gouvernement fédéral est soumise à des restrictions qui augmentent la sécurité juridique du titre : l'acte du gouvernement fédéral doit exprimer une « intention claire et franche » d'extinction<sup>61</sup>. Cette condition sera suivie par nombre d'autres juridictions, notamment canadiennes<sup>62</sup>. Autre fait d'importance majeure pour le processus coutumier, la jurisprudence américaine fondatrice reconnaît dès le début l'autonomie des autochtones dans leurs affaires internes<sup>63</sup>. Qualitativement, ce principe d'autonomie peut être perçu comme un premier pas vers le contenu actuel du droit à l'autodétermination interne, perçu comme la possibilité pour un peuple de décider de son propre destin<sup>64</sup>.

Cette jurisprudence initiale qui allait être fondatrice de la doctrine américaine en matière de titre autochtone envisage déjà certains des droits qui composent aujourd'hui le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones. Ces droits sont dérivés des conceptions du droit naturel dont l'influence continue de se faire sentir au-delà de l'avènement puis la domination de doctrines volontaristes du droit international. Dans l'affaire *Worcester* précitée, le juge Marshall donne effet aux droits des tribus en litige sur leurs terres, qu'il qualifie d' « original natural rights », insusceptibles d'extinction par la seule application du principe de découverte. Comme mentionné *supra*, l'arrêt *Johnson c. M'Intosh*

---

<sup>59</sup> *Nation Cherokee c. Etat de Géorgie*, 18 mars 1831, 30 U.S. 1, 5 Pet 1 (1831) (Cherokee (1831, SCt)).

<sup>60</sup> *Worcester c. Etat de Géorgie*, 3 mars 1832, 31 U.S. 515, 6 Pet 515 (1832) (Worcester (1832, SCt)). Cette affaire et les deux précédentes constituent ladite trilogie Marshall, au sein desquelles le juge John Marshall a siégé comme président de la Cour.

<sup>61</sup> Voir l'arrêt *Etats-Unis ex rel. Indiens Hualpai c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, Cour suprême des Etats-Unis, 8 décembre 1941, 314 U.S. 339.

<sup>62</sup> V. pp. 56-58 *infra*.

<sup>63</sup> *Worcester c. Etat de Géorgie*, arrêt précité, 31 U.S. (6 Pet.) 547. Confirmé récemment de manière plus nuancée dans la jurisprudence canadienne en l'affaire *Rex c. Sioui*, Cour suprême des Etats-Unis, 24 mai 1990, affaire n° 20628, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1055.

<sup>64</sup> L'autonomie comme l'une des dimensions et des formes d'exercice du droit à l'autodétermination interne, en ce qu'elle permet aux peuples autochtones de choisir leur propre gouvernement, est prévue à l'article 4 de la *D.N.U.D.P.A.* V. note 47 *supra*.



fait référence à ces droits naturels des communautés autochtones, qu'il décrit ainsi: "[The original inhabitants] were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion"<sup>65</sup>. Similairement, l'arrêt en l'affaire *Mitchel c. Etats-Unis* qualifie les droits autochtones sur leurs territoires come "rights to its exclusive enjoyment in their own way and for their own purposes"<sup>66</sup>. La jurisprudence ultérieure confirmera cette approche d'un droit d'occupation et d'usufruit<sup>67</sup>, qui constitue certes une limitation ou qualification de la souveraineté de l'Etat mais ne saurait s'assimiler à un droit de propriété classique en raison notamment de la possibilité d'extinction unilatérale par l'Etat au moyen de l'expression d'une intention claire, acte non justiciable et non compensable. La notion classique de propriété individuelle est également culturellement étrangère à nombre de peuples autochtones.

La jurisprudence américaine subséquente jusqu'à l'internationalisation du mouvement autochtone dans les années 1960 et 1970 confirme et développe l'approche large et flexible de la doctrine américaine en matière de titre autochtone. Bien que centré sur la pratique et le contenu des principes liés à la possession foncière autochtone, ce développement a une incidence sur la formation des principes d'intégrité – dans sa dimension notamment économique et culturelle –, et d'autonomie, principes qui sont aujourd'hui couverts par la formulation du droit à l'autodétermination dans son application – interne – faite aux peuples autochtones, notamment au sein de la *D.N.U.D.P.A.* En matière d'autonomie, le système des réserves territoriales, souvent constituées de manière contractuelle entre les tribus et le souverain, autorise les tribus autochtones à appliquer leurs propres lois et coutumes au sein des entités ainsi créées. En matière d'intégrité culturelle, la faiblesse des restrictions d'ordre culturel ou traditionnel à la portée du titre autochtone est reflétée par la brièveté de la période requise par la jurisprudence en matière de preuve d'occupation antérieure des terres aux fins de reconnaissance du titre autochtone. La jurisprudence a considéré que la preuve d'une occupation antérieure couvrant une période de 30 à 50 ans avant le litige pouvait être suffisante afin d'établir l'existence du titre autochtone sur les terres en cause. De cela découle deux conséquences. Premièrement, un titre autochtone sur un territoire déterminé peut

---

<sup>65</sup> *Johnson c. M'Intosh*, arrêt précité, 1823 (v. note 56 *supra*), 21 U.S. p. 574.

<sup>66</sup> *Mitchel c. Etats-Unis*, 34 U.S. 711, 9 Pet 283 (1835) (*Mitchel* (1835, SCt)), citation p. 746.

<sup>67</sup> Voir par exemple l'arrêt de la Cour suprême *Nation indienne Oneida de l'Etat de New-York c. Comté d'Oneida*, 21 janvier 1974, 414 U.S. 661, 94 S. Ct. 772 (1974) p. 667.

émerger après la date d'établissement de souveraineté par l'Etat sur lesdits territoires<sup>68</sup>. Cet élément apparaît comme une spécificité de la doctrine américaine. Deuxièmement, seule l'occupation est prise en compte et non la nécessité d'un mode de vie spécifique ou d'une continuité culturelle autochtones. Le découplage entre titre autochtone d'une part et maintien d'un mode de vie, d'une organisation et d'une culture traditionnelles d'autre part constitue un facteur évident de protection non seulement des titres fonciers autochtones mais également de leur intégrité culturelle et économique, dans la mesure où l'évolution culturelle est le propre de toute société et, comme telle, inévitable. L'intégrité économique des autochtones est soutenue par les critères relativement réalistes et flexibles requis par les tribunaux aux fins d'établir l'existence du titre foncier autochtone. En effet, la méthodologie des tribunaux attribue aux critères d'occupation effective, d'exclusivité ou encore de continuité d'occupation une compréhension relativement large et contextuelle. Un autre aspect de la flexibilité de la doctrine américaine en matière de titre autochtone est l'affirmation de l'existence d'un tel titre autochtone indépendamment de son éventuelle reconnaissance par voie conventionnelle<sup>69</sup>. Ainsi, les traités passés entre l'Etat fédéral et les communautés autochtones n'est pas un acte constitutif du titre autochtone ; ceux-ci ont au contraire le caractère d'actes confirmatoires quant à l'existence du titre autochtone. La preuve de l'existence de celui-ci relève d'autres critères mentionnés précédemment.

L'interprétation de la pratique des réserves par la jurisprudence américaine précise l'origine des titres et intérêts autochtones et leur articulation avec la souveraineté de l'Etat. A cet égard, le titre autochtone est souvent interprété comme posant une limite à la souveraineté de l'Etat – « *a burden upon state sovereignty* » selon l'expression consacrée. En particulier, les réserves créées par voie contractuelle entre les tribus occupant un territoire et l'Etat établissant sa souveraineté sur ledit territoire constituent non des octrois de la part du souverain mais la reconnaissance d'un titre autochtone existant et la définition du cadre de sa continuation<sup>70</sup>. Longtemps avant l'articulation par la doctrine contemporaine d'un droit à l'autodétermination interne, ces développements doctrinaux suggèrent une approche assez flexible du principe de souveraineté de l'Etat qui s'accommode du titre autochtone sans entrer

---

<sup>68</sup> V. *Cramer c. Etats-Unis*, Cour suprême des Etats-Unis, 19 février 1923, 261 U.S. 219, 43 S Ct 342 (1923). Dans cet arrêt de 1923, la Cour a reconnu le titre autochtone d'individus occupant et cultivant un terrain depuis 1859.

<sup>69</sup> Voir à cet égard l'arrêt de la Cour suprême *Etats-Unis c. Bande Alcea des Tillamooks* du 25 novembre 1946 (329 U.S. 40) qui constitue le premier cas de compensation ordonnée en raison d'une confiscation de terres autochtones ayant eu lieu en dehors de tout engagement contractuel.

<sup>70</sup> *Etats-Unis c. Winans*, Cour suprême des Etats-Unis, arrêt du 16 mai 1905, 198 U.S. 371, pp. 379, 381 et 384.

en conflit avec lui. Il faut cependant souligner que cette interprétation jurisprudentielle *a posteriori* d'une pratique de l'Etat est distincte de certaines motivations politiques et économiques ayant poussé le souverain à opter pour la mise en place du système de réserves. Il s'agit ici non de la pratique de constitution des réserves mais du traitement jurisprudentiel de cette pratique, c'est-à-dire l'interprétation d'un comportement étatique par un organe régalien de cet Etat. On se retrouve ici dans la configuration délicate mais commune de collusion entre la réalisation d'un comportement étatique et sa verbalisation<sup>71</sup>. Quelles qu'aient pu être les intentions initiales et postérieures réelles de l'Etat ou ses intérêts dans la mise en place et l'existence du système de réserves, l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite *a posteriori* en attribue ou du moins cristallise ici le sens, *a fortiori* en l'absence d'une déclaration claire contraire antérieure du gouvernement. Vers la fin de la période considérée, après la Seconde Guerre mondiale, un système juridictionnel particulier aux plaintes autochtones est mis en place, ce qui permettra le développement d'une jurisprudence plus spécifique et affinée en matière de droits autochtones et de titre autochtone.

Mise en place en 1946, l'*Indian Claims Commission*<sup>72</sup> constitue la première institution juridique au service des relations entre les communautés autochtones américaines et le gouvernement fédéral des Etats-Unis. La commission a pour mission de régler définitivement les revendications autochtones ayant trait à des événements intervenus avant le 13 août 1946<sup>73</sup> notamment en ordonnant le paiement par le gouvernement fédéral de compensations financières aux autochtones ayant perdu des terres en violation de leur titre autochtone. Cette institution représente un progrès certain en matière de protection des droits autochtones aux Etats-Unis dans la mesure où elle permet pour la première fois l'applicabilité du titre autochtone dans le droit interne américain. Affinant et développant la doctrine américaine du titre autochtone sous *Common law*, la commission confirme une approche protectrice du titre autochtone ; elle réaffirme notamment la nécessité de la part du gouvernement fédéral d'exprimer une intention claire et expresse en vue d'éteindre un titre autochtone afin de

---

<sup>71</sup> Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales – L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, pp. 105 et suivantes.

<sup>72</sup> Par l'*Indian Claims Commission Act* du 13 août 1946, ch. 959, 60 Stat. 1049, 25 *U.S.C.* § 70. La commission a cessé de fonctionner le 30 septembre 1978 lorsque son mandat a été repris par la *United States Court of Claims* puis par la *United States Court of Federal Claims* en 1982. V. le rapport final sur les activités de la Commission : *United States Indian Claims Commission: Final Report – August 13, 1946 – September 30, 1978*, Bureau d'impression du Gouvernement américain, 1979, 141 p.

<sup>73</sup> La *Court of Claims* a juridiction pour entendre les litiges concernant des événements survenus après cette date.

conclure à une telle extinction<sup>74</sup>. Celle-ci ne saurait se déduire d'un comportement implicite de l'Etat<sup>75</sup>. Cependant, un examen plus détaillé du fonctionnement et de la jurisprudence de la commission, en matière notamment de questions foncières, suggère que les progrès sont plus ambigus qu'il n'y paraît au premier abord et permet d'établir plus précisément la mesure d'un tel progrès.

Dans sa mission d'établir l'existence et la violation, voire l'extinction, du titre autochtone d'une tribu par confiscation foncière de la part de l'Etat, la commission n'a pas le pouvoir d'éteindre lesdits titres autochtones de son propre chef ; elle ne peut qu'en constater l'extinction ou la violation qui apportera le fondement d'une compensation éventuelle. Or, trois éléments ressortent de l'*Indian Claims Commission Act* établissant la commission et de la pratique de la commission et contribuent à rendre la question de la compensation problématique. Premièrement, la compensation est exclusivement financière<sup>76</sup>, ce qui se révèle peu adapté à de nombreux cas, soit que le caractère ponctuel et épuisable du paiement ne reflète pas la permanence du titre autochtone, soit que la forme financière ne réponde pas de manière adéquate aux besoins et à la culture des communautés autochtones. Deuxièmement, si la commission n'a pas la prérogative d'éteindre le titre autochtone de sa propre autorité, la loi de 1946 prévoit que toute plainte ayant fait l'objet d'un règlement final par la commission ne peut plus être portée à nouveau devant la justice, ce qui équivaut à éteindre *de facto* les titres autochtones en question. En effet, dans la mesure où les compensations accordées ne sont que fiduciaires, cette disposition de la loi revient à rendre inapplicable tout titre autochtone, même non éteint, ayant fait l'objet d'un règlement devant la

---

<sup>74</sup> Sur le droit préemptif du gouvernement fédéral et le principe de la condition d'un acte expresse du Congrès afin d'éteindre le titre autochtone, voir Felix S. COHEN, *Handbook of Federal Indian Law*, publication initiale en 1941, republié en 1982, Lexis Nexis Law (912 p.), pp. 489-490 et Caroline L. ORLANDO, « Aboriginal Title Claims in the Indian Claims Commission: *United States v. Dann* and Its Due Process Implications », in *Boston College Environmental Affairs Law Review*, tome 13, 1986, p. 246. En revanche, la question de l'existence du titre autochtone indépendamment de sa reconnaissance par l'Etat reste peu claire.

<sup>75</sup> *Etats-Unis ex rel. Indiens Hualpai c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, arrêt précité, 1941 (v. note 61 *supra*), 314 U.S. pp. 347, 353 et 354.

<sup>76</sup> Bien que la loi de 1946 ne l'ait pas prévu explicitement, nombre de ses dispositions suggèrent implicitement que le Congrès avait l'intention de limiter les réparations à des compensations financières, voir à cet égard les dispositions spécifiques de l'*Indian Claims Commission Act* de 1946, 25 U.S.C. §70r et §70u ; voir également Sandra C. DANFORTH, « Repaying Historical Debts: The Indian Claims Commission », *North Dakota Law Review*, n° 49 (hiver 1973), 1975, p. 390. Dans leur jurisprudence, l'«Indian Claims Commission» et la «Court of Claims» ont interprété à leur tour les dispositions législatives dans ce sens, voir à cet égard *Nation Osage c. Etats-Unis*, 1 I.C.C. 54, 65-66 (1948), *rev'd on other grounds*, 119 Ct. Cl. 592 (1951), *cert. denied*, 342 U.S. 896 (1951) ("*The Indian Claims Commission Act does not specifically state the character of relief the Commission may grant, but this lack of specificity is not vital, for its provisions plainly limit the relief to that which is compensable in money .... No other kind of relief is provided for in the act.*").

commission<sup>77</sup>. Troisièmement, enfin, la pratique de la commission suggère que la différence s'avère parfois mince entre la constatation de l'extinction d'un titre autochtone par acte de l'Etat et l'extinction constituée par décision de la commission.

Les affaires des Shoshones occidentaux et des Dann devant l'*Indian Claims Commission* et ses juridictions d'appel ont révélé toutes les problématiques liées à la portée des accords négociés de détermination d'une date approximative d'extinction du titre autochtone en vue de déterminer le montant de la compensation due par l'Etat aux autochtones. Dans l'affaire *Etats-Unis c. Dann*, la Cour suprême s'est fondée sur la validation d'un tel accord par la commission pour affirmer l'extinction du titre autochtone en litige<sup>78</sup>.

Une autre limite vient de la pratique de la commission dont il peut être soutenu qu'elle a violé à certains égards les droits de la défense des personnes intéressées<sup>79</sup>. En effet, la commission, souvent confirmée dans sa pratique par les juridictions d'appel de ses décisions, combine une approche large en matière de recours et une approche étroite en matière de participation. Un recours concernant un espace foncier déterminé est susceptible d'être déposé devant la commission par toute personne représentant le groupe ancestral, quel que soit son éloignement avec les terres en question, tant qu'il peut être démontré son lien d'appartenance au groupe tribal élargi<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Pour l'ambiguïté et l'incidence de la compensation sur l'extinction du titre autochtone, voir la décision *Tribu Shoshone c. Etats-Unis*, 'Indian Claims Commission', 16 octobre 1962, 11 I.C.C. 387; l'arrêt *Bande Temoak d'Indiens Shoshone occidentaux (Nevada) c. Etats-Unis*, 593 F.2d p. 996 (Ct. Cl., Federal Circuit, 21 février 1979) et Caroline L. ORLANDO, *op. cit.*, 1986 (v. note 74 *supra*), p. 242. L'extinction du titre autochtone ne peut en principe résulter que d'un acte du Congrès américain manifestant une intention claire et explicite d'extinction dudit titre. L'extinction ne saurait être implicite.

<sup>78</sup> En 1966, l'*Indian Claims Commission* avait validé la date théorique d'extinction du titre autochtone des Shoshone sur un territoire en litige, telle que négociée entre les requérants Temoak et le gouvernement fédéral, en vertu de l'arrêt de l'*Indian Claim Commission* de 1962 concluant que la tribu des Shoshones occidentaux avait eu un titre autochtone et l'avait perdu relativement à la majorité des territoires en litige par empiètement progressif du gouvernement et de parties tierces. La Cour suprême a plus tard abondé dans ce sens, concluant que le titre autochtone territorial avait été éteint par la certification d'un octroi financier par l'*Indian Claims Commission* en 1979, en se fondant certes davantage sur une interprétation de l'*Indian Claims Commission Act* de 1946 que sur une constatation effective du titre autochtone (*Etats-Unis c. Dann*, Cour suprême des Etats-Unis, arrêt du 20 février 1985, affaire n° 83-1476, 470 U.S. 39). La Cour interaméricaine a semblé en 2002 ne pas suivre la Cour suprême sur ce point (v. p. 250 *infra*).

<sup>79</sup> Voir Caroline L. ORLANDO, *op. cit.*, 1986 (v. note 74 *supra*), en particulier son analyse de l'affaire *Etats-Unis c. Dann* en relation avec la violation des droits de la défense.

<sup>80</sup> En 1951, le groupe des Temoak ont introduit une instance devant l'*Indian Court of Claims* au nom de toute la tribu des Shoshone occidentaux dont ils constituent un sous-groupe, sans nécessité d'obtenir l'accord d'autres sous-groupes tels que les Dann. A l'époque de l'affaire, les Dann occupaient toujours effectivement une partie des territoires en litige alors que les Temoak ne les occupaient plus depuis déjà un certain temps.

Cette conception large du groupe ancestral pris en compte servant de fondement à la détermination du titre autochtone et de ses titulaires au moyen des liens tribaux intergénérationnels est illustrée par la problématique de désignation dudit groupe. En appel dans l'affaire *Turtle Mountain Band of Chippewa Indians c. Etats-Unis*, la *Court of Claims* a élargi le groupe ancestral envisagé par l'*Indian Claims Commission* en le désignant sous une appellation de vingt-quatre mots<sup>81</sup>. Cela peut conduire, comme dans le cas des Shoshone/Dann, à ce qu'une partie d'un groupe qui n'est plus établie sur les territoires litigieux initie une procédure en dédommagement alors qu'une autre partie du groupe tribal élargi occupe toujours lesdites terres. Le premier sous-groupe invoquera souvent l'extinction illégale du titre autochtone de la tribu dans son ensemble par l'Etat à l'appui de leur procédure en dédommagement alors que le second sous-groupe invoquera la continuité d'existence du même titre comme fondement de leur occupation actuelle de tout ou partie des terres litigieuses. Comme dans le cas des Dann, ce conflit d'intérêt interne au groupe tribal élargi peut avoir des conséquences dramatiques pour le groupe résidant sur les terres. Le groupe peut être représenté par ses représentants autorisés ou par un individu membre quelconque qui doit alors simplement prouver que les autorités tribales ont refusé de porter l'affaire devant la commission<sup>82</sup>. De la même manière, cette possibilité pose des problèmes en termes de représentativité et de prise en compte des conflits internes d'intérêt des tribus dans la mesure où un simple individu peut introduire une instance devant la commission au nom de toute la tribu quand bien même les autorités ou une majorité des membres de cette tribu seraient opposés à l'instance.

A cette acception large de la représentation pour le recours s'oppose une conception restrictive en matière de possibilité de participation à la procédure pour un sous-groupe ayant un intérêt dans une instance déjà initiée par un autre sous-groupe du même groupe tribal élargi. Ainsi notamment des Dann, sous-groupe affilié au même groupe tribal, les Shoshone occidentaux, qu'un autre sous-groupe tribal, les Temoak, ayant initié une instance devant la commission pour compensation en raison d'une spoliation foncière ayant conduit à l'extinction de leur titre ancestral sur certains territoires. Mais, alors que les Temoak ne vivaient effectivement plus sur ces territoires depuis plusieurs générations, les Dann occupaient toujours une partie des territoires couverts par la plainte. La Commission a rejeté

---

<sup>81</sup> *Turtle Mountain Band of Chippewa Indians c. Etats-Unis*, 'Court of Claims', arrêt en appel, 23 janvier 1974, 490 F.2d p. 952.

<sup>82</sup> 25 C.F.R. §501(c), 1978.

leur demande d'intervention dans la procédure en tant que non partie en vue d'exclure les territoires qu'ils occupaient des territoires couverts par la plainte, arguant à cette fin que le titre ancestral des Dann n'était pas éteint.<sup>83</sup> L'affaire s'est conclue par l'affirmation que leur titre était effectivement éteint. Ici est également illustrée l'ambiguïté entre une extinction de titre en principe seulement constatée par la commission et les pouvoirs parfois en réalité constitutifs de ses arrêts. La commission a refusé l'intervention des Dann au motif que la question de l'extinction avait été déjà réglée à une phase antérieure de la procédure.

De plus, dans la procédure d'appel des Dann, les juridictions se divisent selon deux positions incompatibles et qui laissent la situation floue en matière de l'effet des décisions de l'*Indian Claims Commission* sur l'extinction du titre autochtone. D'une part, la Cour de district considère que le titre autochtone des Shoshone occidentaux est réputé éteint au jour de l'approbation de l'accord négocié par l'*Indian Claims Commission* notamment en ayant à l'esprit la finalité de la commission de règlement définitif des litiges autochtones<sup>84</sup>. D'autre part, le *Neuvième Circuit* rappelle que la Commission n'a aucun pouvoir d'éteindre les titres autochtones de son propre chef<sup>85</sup>.

Enfin, la commission rejette la conception de droits individuels et n'examine que des affaires présentées sous l'angle de droits collectifs dont le groupe entier est titulaire. Cela répond à la doctrine du titre autochtone qui est en essence collectif et dont seul le groupe en tant que tel est titulaire. Ainsi, le titre autochtone ne peut être invoqué au plan individuel. Ici encore, cela peut poser des problèmes pour les membres du groupe occupant effectivement individuellement des parcelles de territoire depuis plusieurs générations qui se trouvent dépossédés par des procédures intentées par le reste du groupe n'occupant plus les territoires en question. Malgré ses limites procédurales, la reconnaissance du caractère collectif du titre autochtone et des droits qui en découlent représente un pas important vers la reconnaissance de ces droits collectifs au plan international.

---

<sup>83</sup> La jurisprudence américaine semble manquer de cohérence en matière d'intervention d'un sous-groupe autochtone au sein d'une procédure initiée par un autre sous-groupe de la même tribu élargie en raison de leur intérêt dans l'affaire en lien avec le titre autochtone. En effet, ce refus de l'*Indian Claims Commission* d'intervention des Dann contraste avec l'autorisation d'intervention de principe formulée par la *Court of Claims* en l'affaire *McGhee c. Nation Creek*, 122 Ct. Cl., 1952, p. 391. En appel d'un refus similaire d'intervention de l'*Indian Claims Commission* dans l'affaire des Seminoles, la *Court of Claims* nuance ce refus en reconnaissant l'intérêt du sous-groupe cherchant à intervenir : voir *Bille c. Etats-Unis*, 1956, 146 F. Supp., p. 461.

<sup>84</sup> *Etats-Unis c. Dann (Dann II)*, 'district court', Neuvième Circuit, 15 mars 1978, 706 F.2d, p. 923.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 706 F.2d, p. 928. La cour conclut également que les Etats-Unis avaient échoué à apporter la preuve juridique de l'extinction du titre en question (572 F.2d, pp. 225-227).

Cette dimension collective s'est avérée récemment problématique au plan théorique à articuler avec les droits de l'homme, par tradition individuels. Ce problème est apparu récemment au sein des débats du groupe de travail chargé d'élaborer le texte final de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, à l'occasion desquels nombre d'Etats se sont montés hostiles à la reconnaissance de tout droit collectif. La jurisprudence interne américaine et les autres juridictions internes allant dans le même sens, notamment sous l'effet systémique de la *Common law* propre à stimuler la création et la diffusion internationale de précédents judiciaires, offrent à ce caractère collectif propre au titre autochtone des précédents décisifs d'abord pour l'établissement de la pratique puis pour le triomphe de l'*opinio juris* parmi les Etats particulièrement intéressés.

Les développements jurisprudentiels précoces au Canada présentent certains traits communs avec les développements américains de l'époque. De fait, la jurisprudence canadienne semble s'appuyer en partie sur la doctrine américaine. Dès l'arrêt de 1888 en l'affaire *St Catherine's*<sup>86</sup>, le Comité judiciaire du Conseil privé esquisse une conception doctrinale large du titre autochtone pour les autochtones du Canada, dont les principes seront clarifiés et précisés dans la jurisprudence ultérieure<sup>87</sup>. Cette doctrine envisage les fondements du titre autochtone comme indépendants de la Proclamation royale de 1763 et couvrant sous la dénomination de « propriété » un lien équivalent mais distinct du concept occidental du même nom<sup>88</sup>. Bien que le roi ne reconnaisse de droit de propriété proprement dit que le sien ou octroyé par lui, cette restriction, courante à l'époque et habituelle dans le contexte de l'Empire, s'applique à tous les sujets du roi, pas seulement aux autochtones.

En l'affaire *Calder*, bien que l'objet de son raisonnement ne soit pas de déterminer en l'espèce le contenu ni la portée du titre autochtone, la Cour se livre à un examen du principe de propriété appliqué aux autochtones du Canada : « La demande ne vise pas un titre de propriété en soi, mais plutôt, son objet est analogue à un titre ou droit en « *equity* », [...] à un usufruit et à un droit d'occupation de biens-fonds et de jouissance de fruits de la terre, de la forêt et de rivières et cours d'eau ne niant absolument pas le titre suprême de la Couronne

---

<sup>86</sup> *St Catherine's Milling and Lumber Company c. Rex*, décision, 12 décembre 1888, Comité judiciaire du P.C., 14 App Cas 46.

<sup>87</sup> V. décision de la Cour suprême canadienne *Calder et alii c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, 31 janvier 1973, 34 D.L.R. (3d) 145.

<sup>88</sup> Simon YOUNG, *op. cit.*, 2008 (v. note 58 *supra*), pp. 128 et suivantes.



reconnu par le droit des gens.»<sup>89</sup> Ce faisant, la Cour s'appuie expressément sur la jurisprudence libérale américaine qu'elle cite abondamment<sup>90</sup>. Incluant notamment ce principe flexible d'usufruit et ce droit d'occupation, assimilés dans leurs effets au droit de propriété, le titre autochtone reste cependant subordonné à la discrétion du souverain qui peut y mettre fin en manifestant une intention pleine et claire en ce sens. L'analyse de la jurisprudence canadienne précoce révèle également l'absence de restriction au titre autochtone fondée sur des critères de type traditionnel ou culturel liés au mode de vie spécifique des communautés autochtones. Le titre autochtone se fonde davantage sur les critères de continuité d'occupation et d'identification des membres du groupe à une communauté identitaire autochtone présente et passée<sup>91</sup>. Dans le cadre d'un litige, il n'est donc pas nécessaire de prouver la continuité du mode de vie de la communauté autochtone afin de valider l'existence du titre autochtone. Seuls les critères d'auto-identification et de continuité d'occupation, notamment au moment d'établissement de la souveraineté de l'Etat sur le territoire concerné, président à l'administration de la preuve du titre autochtone. Cette approche libérale permet de prendre en considération une évolution des modes de vie relatifs à toute communauté humaine et d'éviter que de telles évolutions menacent le titre autochtone d'extinction.

Analysé à la lumière de son contexte et de l'intention des juges, le passage précité de l'arrêt *Calder* révèle certains droits qui préfigurent partiellement le contenu d'un droit à l'autodétermination interne pour les peuples autochtones. Alors que dans cette affaire l'enjeu était de déterminer le seuil d'existence et d'extinction du titre autochtone et non d'en clarifier le contenu ni la portée, les juges ont largement appuyé leur raisonnement et leur décision sur des cas de jurisprudence américaine en matière d'estimation foncière<sup>92</sup>. Ce faisant, ils ne pouvaient pas ignorer le contexte de ces affaires et notamment leur assimilation du titre autochtone au droit de propriété, au moins dans les affaires foncières. Adoptée afin de

---

<sup>89</sup> *Calder* (1973, SCt), pp. 173-174.

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 173-174, référence à l'arrêt *Nation Cherokee c. Etat de Géorgie* (1831, SCt) ; 151, 167ff ; 169, 193, référence à l'arrêt *Johnson c. M'Intosh* (1823, SCt) ; 200, référence aux arrêts *Cramer* (1923, SCt) et *Santa Fe* (1941, SCt). Le juge Hall cite également (p. 191) un passage de l'arrêt *St Catherine's* de la Cour suprême de 1887 assimilant explicitement la doctrine canadienne aux principes développés dans la jurisprudence américaine précoce.

<sup>91</sup> Simon YOUNG, *op. cit.*, 2008 (v. note 58 *supra*), pp. 132 et suivantes.

<sup>92</sup> *Calder et alii c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, Cour suprême du Canada, 31 janvier 1973, 34 *D.L.R.* (3d) 145, pp. 164-168 : référence aux arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis rendus dans les affaires *Tribu Shoshone d'Indiens c. Etats-Unis* (4 janvier 1937, 299 *U.S.* 476) et *Etats-Unis c. Tribus Klamath et Moadoc et Bande Yahooskin d'Indiens Snake* (25 avril 1938, 34 *U.S.* 119 (1937)) ; p. 200 : référence à *Cramer c. Etats-Unis* (Cour suprême des Etats-Unis, 19 février 1923, 261 *U.S.* 219).

conférer au principe une opérabilité juridique, la désignation de « propriété » revêt dans le contexte autochtone un contenu propre et variable, assimilé à un droit d'occupation et de jouissance des terres. Outre son contenu, l'articulation étroite de ce principe ainsi entendu avec celui de souveraineté de l'Etat le sépare du droit individuel traditionnel de propriété. En effet, en dépit de la limite certaine que constitue la possibilité d'extinction unilatérale du titre autochtone par l'Etat, ce titre impose une limite à la souveraineté de l'Etat sur les territoires autochtones, dans la mesure où la possession étatique foncière est oblitérée par la reconnaissance d'intérêts « personnels et d'usufruit »<sup>93</sup> au bénéfice des communautés autochtones<sup>94</sup>. Cette forme d'auto-disposition foncière autochtone peut être envisagée comme un élément constitutif du principe d'autonomie articulé plus tard, lui-même partie du principe d'autodétermination interne.

Deuxième Etat à reconnaître l'existence du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*, la Nouvelle-Zélande a adopté relativement tôt une jurisprudence faisant la place à une conception large de ce titre. Ne liant pas les critères d'éligibilité du titre à son contenu en termes culturels et de mode de vie traditionnel, cette conception rend possible l'évolution culturelle des communautés autochtones sans que celle-ci menace le titre autochtone d'extinction, suivant ainsi les tendances canadienne et américaine.

L'arrêt fondateur en la matière, *Rex c. Symonds*<sup>95</sup>, rendu en 1847, s'appuie sur la jurisprudence américaine précoce. Allant plus loin que les juridictions américaines dans la reconnaissance du titre autochtone, l'arrêt précise que ce titre « *cannot be extinguished (at least in time of peace) otherwise than by the free consent of the native occupiers.* »<sup>96</sup> Dans cet arrêt, le Juge Chapman semble assimiler le titre autochtone à un droit de propriété – « *estate in fee* » –, la seule distinction ayant trait aux conditions d'aliénabilité du titre ; celui-ci est en effet déclaré inaliénable sauf au profit de la Couronne<sup>97</sup>. De même qu'au Canada, la désignation de « propriété » vise non pas tant à instaurer à l'égard des autochtones un droit de propriété entendu dans son sens juridique classique, qu'à reconnaître l'intérêt autochtone préexistant sur certains territoires et à le rendre juridiquement opérationnel. En d'autres termes, l'adoption par l'arrêt du terme « propriété » ou équivalent dans le contexte juridique

---

<sup>93</sup> *St Catherine's Milling*, P.C., arrêt précité, 1888 (v. note 86 *supra*), pp. 58-59.

<sup>94</sup> Simon YOUNG, *op. cit.*, 2008 (v. note 58 *supra*), p. 126.

<sup>95</sup> *Rex c. Symonds*, arrêt, Cour suprême de la colonie de Nouvelle-Zélande, 9 juin 1847, N.Z.P.C.C., p. 387. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un appel auprès du Conseil privé.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 391.

autochtone opère une assimilation de formes en vue de donner plein effet aux intérêts fonciers autochtones ; en revanche elle n'implique pas d'assimilation de contenu<sup>98</sup>, sans préjudice des développements ultérieurs. La convergence de comportements en termes de jurisprudence interne entre la Nouvelle-Zélande, le Canada et les Etats-Unis apparaît ici clairement. Dernière arrivée dans l'arène jurisprudentielle en matière autochtone, la Nouvelle-Zélande se réfère aux jurisprudences des trois autres juridictions de *Common law* dans sa jurisprudence afin de définir sa doctrine en matière de titre autochtone. Notamment, le raisonnement du juge Chapman se fonde sur certains principes de la doctrine américaine précoce<sup>99</sup>. Il fait également référence aux pratiques coloniales des autres Etats européens situés en dehors de la *Common law*<sup>100</sup>, révélant par là-même le caractère bien établi de la doctrine du titre autochtone au-delà des juridictions de *Common law*. Comme au Canada et aux Etats-Unis, le titre autochtone fait l'objet en Nouvelle-Zélande d'une conception large, maintenant les restrictions d'ordre culturel au minimum.

La confirmation du titre autochtone dans la jurisprudence néo-zélandaise ultérieure consacre l'ancrage dans le temps de la doctrine néo-zélandaise du titre autochtone. Notamment, l'arrêt *Kapua c. Haimona* semble assurer la sécurité juridique du titre autochtone en confirmant l'équivalence opérée par la *Native Land Court* entre le titre autochtone et le droit de propriété<sup>101</sup>. Certaines ambiguïtés persistent cependant concernant l'intention de la Couronne dans l'octroi de ces titres de propriété foncière, comme le montre la jurisprudence de la *Native Land Court*<sup>102</sup>. Cependant, l'arrêt *Kapua*, faisant application en l'espèce du *New Zealand Settlement Act 1863*, semble marquer un développement du titre autochtone vers une conception plus large et flexible, diminuant ainsi sérieusement la portée des incohérences imposées jusqu'alors à la pratique par la *Native Land Court*. En effet, la conversion du titre autochtone vers un titre de propriété s'étend aux terres attribuées aux Māoris en

---

<sup>98</sup> Plutôt que son caractère collectif, la raison en est l'inaliénabilité des terres couvertes par le titre autochtone sauf au profit de la Couronne en vertu d'un principe de préemption systématique. L'un des attributs de la propriété classique est précisément la faculté pour son titulaire de l'aliéner.

<sup>99</sup> *Rex c. Symonds*, arrêt précité, 1847 (v. note 95 *supra*), p. 388, 390.

<sup>100</sup> L'arrêt fait sienne la formule de M. Chancellor Kent (in *Commentaries on American Law*, tome 3, p., 379): "*The European nations, [...] which respectively established Colonies in America, assumed the ultimate dominion to be in themselves, and claimed the exclusive right to grant a title to the soil, subject only to the Indian right of occupancy. The natives were admitted to be the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it and to use it according to their own discretion, though not to dispose of the soil at their own will, except to the Government claiming the right of pre-emption.*"

<sup>101</sup> *Manu Kapua c. Para Haimona*, P.C., 1<sup>er</sup> juillet 1913, [1913] A.C. 761 (N.Z.P.C.C. 413). L'arrêt affirme (pp. 766-767) que l'octroi d'un titre de propriété par la Couronne aux Māoris « *conveyed the legal estate out of the Crown and transformed the native customary title into a freehold title, the relative interests of the grantees remaining equivalent in value and extent to what they were before.* »

<sup>102</sup> V. p. 112 *infra*.

dédommagement de la saisie par la Couronne de terres pour lesquelles aucun titre ou intérêt autochtone n'a été prouvé.

Le Conseil privé a fait une application similaire au Honduras britannique – actuel Belize – du titre de propriété de citoyens britanniques sur la base d'une occupation antérieure à l'établissement de la souveraineté britannique<sup>103</sup>. Bien qu'aucun titre autochtone n'ait été en cause en l'espèce, l'extension de sa logique à des individus non-autochtones révèle l'ancrage du principe dans la *Common law* dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Juridiction commune des colonies relevant de la *Common law*, le Conseil privé a contribué à la généralisation et l'unification, certes lente, du titre autochtone, au cœur des droits autochtones. Il a affirmé à plusieurs reprises l'existence du titre autochtone dans plusieurs colonies distinctes, comme constaté précédemment.

Sur le continent africain, on peut citer dans cette perspective le cas *Amodu Tijani c. Nigéria du sud (secrétaire)*<sup>104</sup> de 1921 qui affirme non seulement l'existence du titre autochtone en particulier dans son aspect foncier, mais également, ce qui constitue un progrès pour l'époque, la nécessité de tenir compte du contexte de chaque cas, incluant la prise en compte de l'histoire et des cultures spécifiques, afin de déterminer l'existence du titre autochtone. Cet arrêt séminal pour la doctrine générale du titre autochtone intervient seulement deux ans après l'arrêt isolé du Conseil privé *In re Rhodésie du Sud*<sup>105</sup>. Celui-ci fonde son refus de reconnaître un titre autochtone sur le niveau de civilisation jugé insuffisant des plaignants autochtones<sup>106</sup>. Malgré le radicalisme d'un tel point de vue, le contexte permet de considérer cet arrêt plus comme un reflet du caractère progressif du processus coutumier que comme une réelle limite du même processus, au moins pour plusieurs raisons. D'abord, le point de vue exprimé est à replacer dans son époque dont il reflète l'opinion colonialiste occidentale dominante. En d'autres termes, il paraît difficile et illusoire de s'attendre à des propos d'une autre nature en 1918. De plus, l'existence de jurisprudences antérieures plus progressives tend à marginaliser cet arrêt qui ne trouvera guère d'écho en raison d'un décalage grandissant avec une opinion publique en constante évolution. Ensuite, le refus porte

---

<sup>103</sup> *Avocat-Général pour le Honduras britannique c. John Bristowe et Charles Thomson Hunter*, P.C., 18 novembre 1880, 6 App. Cas. 143.

<sup>104</sup> *Amodu Tijani c. Nigéria du sud (Secrétaire)*, 11 juillet 1921, Comité judiciaire du P.C., [1921] 2 A.C. 399.

<sup>105</sup> *In re Rhodésie du Sud*, 29 juillet 1918, P.C., [1919] A.C. 211.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 233-234 : « *Some tribes are so low in the scale of social organization that their usages and conceptions of rights and duties are not to be reconciled with the institutions or the legal ideas of civilized society. Such a gulf cannot be bridged.* »

sur l'éligibilité des plaignants au titre autochtone en l'espèce, non sur l'existence d'un tel titre ni sur l'éligibilité de principe des autochtones à un tel titre. Il s'agit donc moins d'une restriction positive que du contexte de développement du processus, appelé, comme on le verra, à gagner en flexibilité jusqu'à disparition de telles restrictions. Témoinant de cette évolution, la jurisprudence ultérieure se montrera très critique envers cet arrêt<sup>107</sup>.

Autre Etat de *Common law*, la Malaisie offre également des développements précoces convergents contribuant à une structuration partielle de la pratique. Bien que la reconnaissance du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* par les juridictions malaises soit très récente – 1997 –, ce titre autochtone était déjà reconnu de longue date en dehors de ce cadre, perçu alors comme dérivé du droit coutumier traditionnel autochtone. Dans un premier temps, le titre autochtone, et notamment sa dimension foncière, est reconnu, ainsi que sa possibilité d'extinction en cas d'abandon desdits territoires<sup>108</sup>. Dans un second temps est organisée la systématisation et traçabilité de ce titre foncier, et incidemment sa sécurisation : l'ordre VIII du Rajah de 1920 consacre les « détentions autochtones » comme l'une des quatre catégories de « terres d'Etat » et prévoit l'enregistrement des détentions coutumières. Dans cet exemple, comme dans la plupart des autres nombreux Etats examinés, la dimension foncière des droits et protections accordés aux autochtones est porteuse d'une sauvegarde, intentionnelle ou non, de l'intégrité et d'une certaine autonomie autochtones. A partir des années 1950, la jurisprudence interne malaisienne considère les terres coutumières comme inaliénables<sup>109</sup>. L'arrêt *Association de pilotes de Selangor* de 1975<sup>110</sup> assimile les droits autochtones à des droits de propriété protégés par la Constitution fédérale. Tirant les conséquences de cette position, la jurisprudence ultérieure ira jusqu'à invalider les décisions de l'Etat d'exploiter des terres autochtones<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> V. notamment l'arrêt *Nyali c. Avocat-Général*, 1956, 1 Q.B. 1, Lord Denning.

<sup>108</sup> Ordre IX du Rajah de 1875.

<sup>109</sup> *Sumbang Anak Sekam c. Engkarong Anak Ajah*, 1958, S.C.R. 95 ; *Sat Anak Akum et un autre c. Randong Anak Charanak Charereng*, 1958, S.C.R. 104 ; *Galau et alii c. Penghuluimang et alii*, 1967, 1 M.L.J. 192. Ces positions sont confirmées dans la jurisprudence plus récente : *Bisi ak Jinggot @ Hilarion Bisi ak Jenggut c. Superintendent of Lands and Surveys Kuching Division et alii*, 2008, M.L.J. 415 ; *Sapiah binti Mahmud (F) c. Superintendent of Lands and Surveys, Samarahan Division et 2 autres*, 2009, M.L.J. U 0410.

<sup>110</sup> *Association de pilotes de Selangor c. Gouvernement de Malaisie et un autre*, Cour fédérale, 1975, 2 M.L.J. 66.

<sup>111</sup> V. notamment *Keruntum Sdn Bhd v. Minister of Resource Planning*, 1987, et *Koperasi Kijang Mas v. Kerajaan Negeri Perak*, 1991, C.L.J. 486.

La Papouasie-Nouvelle-Guinée reconnaît également le titre autochtone depuis 1941<sup>112</sup>. Le caractère tardif de cette reconnaissance par les tribunaux tient à une certaine particularité juridique : en effet, jusqu'à l'indépendance de la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 1975, la Haute Cour d'Australie avait compétence pour entendre les appels en Papouasie. Au vu de la doctrine australienne en matière de titre autochtone et de droits autochtones<sup>113</sup>, cette reconnaissance tardive n'est guère surprenante, et il faut au contraire souligner que celle-ci intervient en Papouasie-Nouvelle-Guinée environ cinquante ans avant que l'Australie opère une telle reconnaissance sur son propre territoire. La Cour suprême suivra la position de la Haute Cour d'Australie<sup>114</sup>.

De manière générale, la comparaison des jurisprudences internes met en évidence une tendance en développement en matière de comportement étatique interne qui prépare le terrain à une cristallisation ultérieure de la portée du droit à l'autodétermination appliqué au cas spécifique des peuples autochtones. Développé en particulier dans le cadre de la *Common law*, le titre autochtone a une portée générale en opposition aux droits spécifiques parfois articulés. Le fondement du titre autochtone, ancré dans le caractère autochtone de ses titulaires, transcende la souveraineté de l'Etat – la doctrine parle souvent de « *burden upon state sovereignty* » –, nonobstant la possibilité d'extinction unilatérale par l'Etat, elle-même étroitement encadrée<sup>115</sup>. L'existence du titre autochtone est également indépendante de son éventuelle reconnaissance par voie contractuelle, malgré la cession apparente de souveraineté expressément prévue par certains traités<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> *Geita Sebea c. Territoire de Papouasie*, 25 novembre 1941, 67 C.L.R. 544 ; *Administration de Papouasie et Nouvelle-Guinée c. Daera Guba*, 1972-1973, 130 C.L.R. 353, 47 A.L.J.R. 621 ; 1973 W.L. 149181 ; *Gardien de propriété expropriée c. Tedep et autres*, 30 novembre 1964, 113 C.L.R. 318, 38 A.L.J.R. 344, [1965] A.L.R. 941, 1964 W.L. 59832 ; *Teori Tau c. Le Commonwealth*, 1969, 119 C.L.R. 564, 44 A.L.J.R. 25, [1971] A.L.R. 190 ; 1969 W.L. 89421 ; 44 A.L.J. 49 ; 44 A.L.J. 171.

<sup>113</sup> V. examen des comportements internes de l'Australie, pp. 122 et 128 *infra*.

<sup>114</sup> *Tolain, Topalau, Tomaret, Towarunga et autres villageois du village de Latlat c. Administration du Territoire de Papouasie et Nouvelle-Guinée (In re Vulcan Land)*, [1965-1966] P.N.G.L.R. 232 ; *Administration du Territoire de Papouasie et Nouvelle-Guinée c. Blasius Tirupia et autres (In Re Vunapaladig and Japalik Land)*, [1971-1972] P.N.G.L.R. 229 ; *Rahonamo c. Enai et un autre (Re Hitau)*, 1971, arrêt non répertorié N612 ; *Toare Karakara c. Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, [1986] P.N.G.L.R. 186 ; *Modaha Resena et autres c. Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, [1990] P.N.G.L.R. 22.

<sup>115</sup> Ce trait a permis la formation de certaines opinions radicales concluant à la survivance d'une souveraineté interne autochtone après la colonisation : Michael R. HUDSON, *The Rights of Indigenous Populations in National and International Law: a Canadian Perspective*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1985, p. 75.

<sup>116</sup> V. article 1 du Traité de Waitangi du 6 février 1840. L'interprétation de cet article demeure cependant l'objet d'une controverse en raison des divergences entre les versions anglaise et māorie du texte, résultant d'une traduction imparfaite. Alors que la version anglaise prévoit une cession de la souveraineté māorie au profit de la Couronne, la version māorie prévoit une cession du *kāwanatanga* (équivalent approximativement à l'acte de gouverner) mais une rétention du *tino rangatiratanga* (concept le plus proche de celui de souveraineté). Le

## B – Législations internes

Il est communément accepté que la législation interne adoptée par les Etats peut être la source de comportements susceptibles de créer des précédents constitutifs d'une pratique dans le cadre du processus coutumier<sup>117</sup>. Ces comportements législatifs voire constitutionnels émanent d'un autre organe régalien que la jurisprudence mais sont tout aussi imputables à l'Etat<sup>118</sup>. La tâche est rendue quelque peu plus délicate par la condition que pose une partie de la doctrine à la recevabilité des actes internes étatiques comme contributions au processus coutumier. Une partie de la doctrine affirme en effet que les actes internes en question doivent avoir un effet sur les relations internationales, comme cela a été par exemple le cas lors de la contribution des législations internes des Etats particulièrement intéressés au processus coutumier en matière de plateau continental. Il apparaît donc désirable de partir à la recherche des intentions du législateur, c'est-à-dire que la législation en question doit refléter le désir ou la conviction du législateur qu'il est désirable d'appliquer les règles stipulées, au-delà du simple cadre interne, également par d'autres nations. Ainsi, même non appliquée, une loi peut être considérée comme une pratique étatique. En suivant ce raisonnement à l'extrême, lorsque cette loi est appliquée et que ses dispositions font appel à des considérations universalistes, on pourrait même se hasarder à parler d'*opinio juris*<sup>119</sup>. Sans aller jusque-là, on peut raisonnablement accepter la législation interne comme élément de pratique étatique constitutive du processus coutumier dans la mesure où elle régle un domaine commun à tous les Etats intéressés, fait l'objet d'inspirations mutuelles et se justifie souvent en faisant appel à des principes moraux universels. La Constitution offre l'avantage de rendre ces prétentions à l'universalité des normes plus évidente. La jurisprudence et la législation internes des Etats

---

principe d'interprétation *contra proferentem* semble devoir faire prévaloir la version māorie (*Rapport sur la plainte d'Orakei* (Wai 9), Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 4 novembre 1987, section 11.11.2.e p. 208).

<sup>117</sup> Manley O. HUDSON, « Article 24 du statut de la Commission du droit international », document de travail A/CN.4/16, 1950, réimprimé dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1950*, tome II, 2<sup>e</sup> session, Nations Unies, New-York, 1957, A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, p. 28, §45 : qualifie les publications de textes législatifs, entendus au sens le plus large du terme, de « source où l'on peut puiser la documentation relative à la pratique des Etats ».

<sup>118</sup> Sur ce point, la doctrine générale a changé depuis la période westphalienne. Dans son opinion dissidente dans l'arrêt en l'affaire du « *Lotus* », le juge Rafael ALTAMIRA déclarait encore en 1927 que « les législations nationales, n'appartenant pas par elles-mêmes au domaine du droit international, ne sont pas de nature à fonder une coutume, moins encore une loi internationale. » : C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »* (France c. Turquie), arrêt, 7 septembre 1927, opinion dissidente du juge Rafael ALTAMIRA, p. 96.

<sup>119</sup> Une telle perspective reste attachée à l'*opinio juris* comme phénomène relevant du domaine de la connaissance et non de la volonté. V. Peter HAGGENMACHER, *op. cit.*, 1986 (v. note 33 *supra*), p. 11.

entretiennent un rapport particulièrement étroit dans le cadre de l'administration de la preuve du processus coutumier. En effet, ces deux sources de droit exercent l'une sur l'autre une influence réciproque, contribuant ainsi à catalyser l'affermissement de la pratique. Alors que la jurisprudence se fonde essentiellement sur la législation existante, l'examen montre qu'elle en influence également le cours, particulièrement lorsqu'elle tient compte des influences de juridictions d'Etats tiers – comme dans le cas de la *Common law*. Cette inspiration mutuelle permet la généralisation internationale de principes juridiques d'application initiale interne.

L'examen des législations internes met en évidence le dilemme des Etats entre respect des droits autochtones et protection de leurs intérêts souverains. Il en résulte une ambiguïté constante des dispositions législatives, ainsi qu'une évolution ralentie, stimulée essentiellement par la publicité internationale des comportements.

Dès 1512, les lois espagnoles de Burgos constituent l'une des premières tentatives de régir les relations entre colons espagnols et autochtones d'Amérique centrale et latine. Bien que d'essence assimilationniste en prévoyant la conversion des autochtones assujettis au travail forcé dans le cadre du système des *encomiendas*, elles ouvrent la voie à une série de tentatives législatives d'améliorer le sort des autochtones soumis à la colonisation. Restées lettre morte, ces lois seront suivies par les nouvelles lois de 1542, prévoyant l'abolition progressive du système des *encomiendas*. Bien que tombées également en désuétude, ces nouvelles lois posent le décor de la controverse de Valladolid. L'effet certes mitigé sur le système des *encomiendas* a cependant conduit sur le long terme à leur ralentissement, avec une amélioration incidente sur l'intégrité culturelle des autochtones.

De portée certes limitée, la pratique étatique espagnole lors de la colonisation du continent américain n'en va pas moins dans le sens d'un développement des droits autochtones. Au début de la période initiale, dans la mesure où de l'aspect non encore structuré des comportements examinés semble émerger plus des racines ou une « protopratique » qu'une pratique, il semble que la direction générale d'évolution des comportements relatifs à un sujet déterminé revête une plus grande importance que le contenu desdits comportements individuellement appréhendés. Ainsi, bien que la pratique coloniale espagnole de l'époque soit majoritairement hostile aux droits autochtones, les comportements précoces, isolés mais convergents, dans le sens d'un développement de ces droits est important dans le cadre du processus coutumier. La direction générale du processus confère



aux développements positifs une valeur d'anticipation et de légitimation de longue date des comportements à venir. Bien que le contexte général de leur adoption soit dans l'ensemble hostile au développement de droits autochtones, ces lois articulent certains droits en faisant appel à des principes moraux universels, ce qui est encore plus flagrant pour la controverse de Valladolid. Ce fondement de la loi sur des principes moraux universels suggère que le législateur estime désirable l'application de ces principes par d'autres Etats. Les velléités initiales de l'Etat en matière de protection des droits autochtones ont laissé place avec le temps à l'articulation d'une intention pleine et entière d'assurer cette protection. Le degré d'intentionnalité étatique croît en même temps que la structuration de la pratique. Ces développements précoces permettent en effet d'enraciner la pratique dans un contexte éthique ainsi que dans une durée plus longue. Au lieu d'apparaître comme le résultat d'une émergence soudaine dont l'explication se réduirait à des considérations actuelles liées à la structure de la société internationale et au mouvement contemporain des droits de l'homme, le processus coutumier puise ses racines dans le temps long. Les comportements se consolident dans le cadre d'un processus temporel lent d'abord, puis en constante accélération comme on le verra ensuite.

La Russie est un autre cas d'illustration de cette ambiguïté législative créatrice. Durant la période initiale considérée, c'est-à-dire jusqu'aux années 1970, le comportement de l'Empire russe d'abord puis de l'U.R.S.S. ensuite est ambigu et l'appréciation de la contribution de sa législation à une pratique requiert un examen approfondi. L'ambiguïté est double : elle se situe non seulement dans l'existence d'actes contraires distincts des précédents identifiés et venant en influencer la portée<sup>120</sup> mais également dans le contenu et l'accomplissement des comportements eux-mêmes. Comme pour le cas espagnol, c'est la direction que prend l'évolution de ces comportements, dans le sens d'une diminution de l'ambiguïté, qui permet de mettre en perspective ces comportements positifs et d'en apprécier la portée réelle. Durant la période considérée, le comportement de la Russie peut se diviser en deux périodes distinctes.

La première période correspond à l'Empire russe et à la première décennie d'existence de l'U.R.S.S. et voit une pratique établie de respect certes imparfait de certains droits autochtones, cette protection suivant un mouvement de lente amélioration. La première

---

<sup>120</sup> V. examen pp. 109-123 *infra*.

période voit se développer des droits d'un intérêt certain au regard du droit à l'autodétermination interne contemporain. La seconde période, du milieu des années 1920 jusqu'à la fin – et au-delà – de la période considérée durant les années 1970 voit une stagnation voire un recul des droits autochtones sous l'effet de certaines politiques communistes. Cet infléchissement est au moins autant influencé par les logiques du système socialiste que par la conception volontariste du droit international dominante au moins jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, principal facteur d'infléchissement dans nombre d'autres cas. Depuis les premiers contacts entre les autorités de l'Empire et les peuples autochtones au XIII<sup>e</sup> siècle s'est mis en place un système d'inspiration féodale sous lequel les autochtones occupant les territoires passés sous souveraineté russe à l'occasion de l'expansion de l'Empire sont assujettis au paiement de taxes en l'échange de la protection du souverain local. Ce système fournit l'espace pour le maintien au moins nominal de l'intégrité des tribus autochtones ainsi que d'une certaine forme d'autonomie<sup>121</sup>. Des unités territoriales sont formées, à l'image du département de Sibérie dès 1637, dont le gouvernement régional a autorité sur les peuples autochtones locaux. Cependant, ce respect de l'intégrité et d'une certaine autonomie des autochtones est resté nominal à bien des égards, malgré les décrets royaux interdisant les prélèvements trop lourds de nature à porter atteinte à l'économie des peuples autochtones. En effet, à ces exigences générales formulées par une autorité centrale éloignée s'opposent les politiques et intérêts des gouverneurs locaux, favorisant ainsi abus et mal traitement des populations autochtones. Ce phénomène initial verra s'installer une tendance qui se perpétue encore aujourd'hui en Russie en matière de protection des droits autochtones. Il s'agit d'une tendance à une dichotomie entre le cadre juridique existant, essentiellement législatif, et la pratique, dichotomie favorisée par la non-application de la loi. En outre, les motivations de l'Etat dans l'octroi de protections aux autochtones de Russie semblent davantage liées à un souci d'assurer le contrôle d'un territoire immense et de ses ressources qu'à un réel souci du bien-être de ses autochtones. Leur nombre restreint favorise la maigreur des concessions. Notamment, la faible autonomie est complétée par une politique d'extermination des tribus tentées par l'idée de sécession<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Le décret de l'impératrice Catherine II de 1789 qualifie les autochtones de « *not totally dependent on the government* ».

<sup>122</sup> Décrets de l'impératrice Anna Ioannovna (1730-1740) et du Sénat sur l'extermination des autochtones : *Décret du Sénat sur l'extermination finale des « Chukchi rebelles »* (« решение сената об окончательном истреблении «немирных Чукч» »), XVIII<sup>e</sup> siècle, (republié en 1935). Voir aussi Galina DIATCHKOVA, « Indigenous Peoples of Russia and Political History », *The Canadian Journal of Native Studies*, tome XXI, n° 2, 2001, pp. 217-233.

La législation centrale régissant les relations entre autochtones et non-autochtones – essentiellement les colons – au sein de l’Empire russe est le statut de 1822 sur l’administration des autochtones<sup>123</sup>. En vigueur jusqu’à la chute de l’Empire, le statut confirme l’octroi d’une certaine autonomie limitée<sup>124</sup> aux autochtones ainsi que le respect de leur intégrité. En effet, première tentative de définition des peuples autochtones en Russie, le statut prévoit notamment le maintien et la protection de l’administration<sup>125</sup> et de l’économie autochtones<sup>126</sup>, la libre utilisation de leurs terres ainsi que la tolérance religieuse. L’établissement de colons sur les territoires autochtones et le recrutement de main d’œuvre autochtone sont subordonnés à l’acceptation des autorités des communautés concernées tandis que les importations et la vente d’alcool sont interdits. La reconnaissance – au moins partielle – du droit coutumier autochtone est confirmée par plusieurs dispositions<sup>127</sup>.

Cependant, ces avancées juridiques en matière de protection de l’autonomie politique et de l’intégrité économique des communautés autochtones, le statut comporte certaines limites. Premièrement, la définition des autochtones est entachée d’arbitraire et d’imprécision. L’appellation « *inorodtsy* » – « *инородцы* » – afin de qualifier les autochtones de l’Empire suggère que ceux-ci sont essentiellement vus comme étrangers, non-russes ou non-orthodoxes. Le statut met en place des catégories distinctes de peuples en fonction de leur mode de vie – nomade, semi-nomade, sédentaire – et leur applique des régimes juridiques différents, ce qui ressemble fort aux restrictions d’ordre traditionnel dont on constate des traces jusque dans la *Common law*<sup>128</sup>. Ainsi, le statut confirme l’approche de l’Empire dictée

---

<sup>123</sup> Charte du 22 juillet 1822 approuvée par Sa Majesté « sur l’administration des autochtones » (“Высочайше утвержденный Устав от 22 июля 1822 г. "Об управлении инородцев"”). Le même jour est également adopté l’*Institution pour l’administration des provinces sibériennes* (« Учреждение для управления Сибирских Губерний ») établissant certains principes d’administration de la région de Sibérie.

<sup>124</sup> Le statut distingue plusieurs niveaux d’autonomie autochtone en fonction du statut des communautés, lié en partie à leur taille numérique, leur économie, leur niveau de sédentarité et leurs coutumes. Ainsi, le chapitre 10 définit la catégorie des autochtones non totalement dépendants et prévoit à leur égard un régime juridique particulier.

<sup>125</sup> Notamment, le §94 prévoit que les tribus composées d’au moins 15 familles sont réglementées par leur propre droit coutumier ancestral. Le paragraphe suivant précise que les tribus comprenant moins de 15 familles sont rattachées à d’autres tribus proches. Cependant, les §§147-148 prévoient que les chefs autochtones désignés par leur propre tribu dans le cadre de l’exercice de leur autonomie doivent être approuvés par les gouverneurs locaux.

<sup>126</sup> Notamment, le §45 du statut prévoit le droit des autochtones de commercialiser les produits de leur pêche et de chasse dans les villes aux populations non autochtones. Le §46 élargit cela à un droit général de libre-échange des autochtones avec les non autochtones. Cependant, les paragraphes suivants posent des restrictions à ces dispositions générales.

<sup>127</sup> Notamment, le §152 prévoit que le régime de la succession familiale autochtone est régi par le droit autochtone, éventuellement coutumier.

<sup>128</sup> V. analyse de la jurisprudence des juridictions de *Common law* à l’alinéa A *supra*. Si les restrictions traditionnelles à la définition du titre autochtone sont ténues aux Etats-Unis, au Canada et en Nouvelle-Zélande

plus par l'intention pragmatique de contrôler la population sur un territoire démesuré que par un réel souci de la protection de leur bien-être. Ce trait est particulièrement mis en évidence par le défi que posent les populations autochtones nomades à l'Etat et le long chapitre 5 dans le statut consacré au cadre juridique qui leur est applicable. Comme pour la législation antérieure, la bonne application du statut de 1822 reste mitigée.

L'appréciation de la pratique législative en U.R.S.S. est encore plus problématique que sous l'Empire. En effet, à une confirmation initiale de la protection des droits autochtones a répondu dix ans plus tard l'institution d'un système aux effets opposés et dévastateurs combinant assimilation forcée et extermination. Ce système marque ainsi une régression dans la reconnaissance de droits par rapport au relatif progrès marqué sous la fin de l'Empire et sous les premières années d'existence de l'U.R.S.S. Lors de l'apparition du principe d'autodétermination au lendemain de la Première Guerre mondiale, l'U.R.S.S. en est initialement l'un de promoteurs les plus vibrants dans le cadre du projet socialiste. L'Internationale communiste défend l'autodétermination de toutes les nationalités, incluant un droit pour chaque peuple de l'ex-Empire russe d'utiliser sa propre langue, à l'autonomie politique et à l'indépendance. La Constitution de l'U.R.S.S. du 31 janvier 1924 reconnaît l'existence juridique de tout peuple vivant sur le territoire de l'U.R.S.S. et ayant les moyens de développer sa propre culture. Le décret du présidium du comité exécutif central de toutes les Russies du 20 juin 1924 constitue un premier comportement positif du nouveau régime socialiste envers les peuples autochtones qui semble marquer une continuité, voire un progrès par rapport aux pratiques législatives de la période tsariste. Ce décret met en place le Comité de facilitation pour les peuples des régions frontalières septentrionales afin d'encourager l'autonomie, l'autogouvernement et le développement des autochtones. Formé d'experts marxistes et non marxistes sur les peuples autochtones, ce Comité avait notamment pour mission d'assurer le développement économique, la préservation et la gestion de la faune, l'établissement d'institutions politiques et juridiques, le commerce, les soins médicaux et l'éducation dans les régions autochtones<sup>129</sup>.

---

comme examiné, elles sont en revanche fortes en Australie, ce qui explique la maigreur des développements dans cette juridiction au sein de la période initiale considérée.

<sup>129</sup> Alice et Dennis BARTELS, « Soviet Policy Toward Native People: Something Different », manuscrit de la collection *Shingwauk* (Shingwauk SP 126), Sault Ste Marie, Ontario, Algoma University College, 1986. V. aussi Karl S. HELE, « Native People and the Socialist State: The Native Populations of Siberia and their Experience as part of the Union of Soviet Socialist Republics », Université de Brandon, *Canadian Journal of Native Studies*, tome 14, n° 2, 1994, pp. 251-272.

L'action de ce Comité du Nord est partiellement favorable au développement d'une certaine autonomie des peuples autochtones du nord et du respect de leur identité et de leur intégrité : des mesures ont été adoptées en vue de préserver les écosystèmes du nord et les cultures locales ainsi que d'assurer l'accès des autochtones aux services publics et sociaux. Les autochtones étaient exemptés d'impôt. Des manuels scolaires dans les langues autochtones ont été progressivement développés à partir de 1930. L'accès à certaines régions a été réservé aux autochtones, d'une manière cependant plus poreuse avec le reste de la société que le modèle des réserves américaines. Ces régions bénéficiaient parfois d'une certaine forme d'autonomie autochtone et d'auto-gouvernement tribal. Cependant, le bilan de l'action du Comité du Nord, dissous par Joseph V. Staline en 1935, reste mitigé en raison de certaines mesures assimilationnistes orientées par l'idéologie de l'universalisme prolétarien.

Le programme de collectivisation des terres débutant en 1930 touche également de larges parties des terres autochtones. L'approche idéologique socialiste, cherchant à établir une société de classe unique, aboutit à anéantir les effets bénéfiques de mesures sociales prises par le gouvernement en faveur des peuples autochtones à la fin des années 1950<sup>130</sup> car ces mesures insistent sur le développement économique au détriment de la préservation de la culture. Cette tension, explosant parfois en contradiction, entre l'idéologie socialiste égalitaire et la préservation des droits autochtones sous-tend les comportements de l'U.R.S.S. durant toute sa période d'existence. Le contexte de la Guerre froide a également conduit les autorités centrales à négliger les peuples autochtones après 1950, à l'exception des Aléoutes en raison de leur emplacement stratégique face aux États-Unis. L'allocation des postes administratifs dans les institutions locales des régions septentrionales a eu tendance à être utilisée par le régime comme une mesure de punition ou d'éloignement de certains individus, ce qui a eu pour conséquence de dépeupler les institutions d'auto-gouvernement de leurs autochtones. À noter cependant la mise en place du temps de l'Union soviétique d'un système de représentation et de participation limitée des peuples autochtones au sein du Conseil des Nationalités à Moscou. Garanti par la Constitution, ce système permet aux représentants autochtones de participer aux débats du gouvernement au niveau central, mais leur capacité d'influence a malheureusement souffert de la suspicion d'un déficit de légitimité à leur

---

<sup>130</sup> Une résolution du gouvernement soviétique de 1957 reconnaît pourtant « les défauts sérieux et les erreurs regrettables dans l'organisation de l'économie et de la vie des peuples autochtones » sans que l'on sache bien dans quelle mesure les peuples autochtones sont appréhendés en tant que tels ou comme catégorie économique appelée à être alignée avec les autres segments de la société.

égard<sup>131</sup>. Ce bilan en demi-teinte des comportements de l'Empire russe puis de l'Union soviétique met en évidence l'existence d'expériences précoces d'autonomie et de participation autochtones, certes pour l'essentiel formelles et limitées, qui peuvent être interprétées comme annonçant l'évolution du droit international vers le développement progressif d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne. Ce faisant, le bilan des comportements russes et soviétiques durant l'époque initiale considérée annonce également un trait qui s'avérera hautement problématique au sein de la Fédération de Russie et ailleurs à l'époque actuelle, celui de la non-application du droit.

Aux Etats-Unis, la pratique législative offre des perspectives pour l'avancement des droits autochtones. Bien qu'entérinant le contrôle et symbolisant la domination de l'Etat sur les autochtones, le système des réserves évolue au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle vers l'exercice d'une certaine forme d'autonomie. L'*Indian Reorganization Act* – parfois désigné sous le terme '*Indian New Deal*' – adopté le 18 juin 1934 fait des réserves des entités d'auto-gouvernement dotées de compétences en matière d'affaires intérieures et de leur propre système judiciaire. Autre développement législatif, l'*Indian Claims Commission Act* de 1946 constitue une pièce centrale du corps législatif relatif aux autochtones. Cette loi établit l'*Indian Claims Commission* dont la jurisprudence est analysée précédemment. L'intérêt de cette loi est d'offrir une perspective sur les intentions du législateur – en l'espèce le Congrès américain – dans sa démarche de mettre en place un instrument juridictionnel de réparation pour les autochtones. Trois motivations peuvent être dégagées. Premièrement, il s'agissait de fournir pour la première fois aux autochtones une possibilité permanente de recours juridique, rendant ainsi applicable le titre autochtone, jusqu'alors reconnu mais virtuellement inapplicable<sup>132</sup>. Cette première motivation semble faire appel à des principes communs aux autres nations et la formulation suggère la désirabilité de l'application universelle de ces principes moraux motivant l'adoption de la loi. La formulation du comité de rédaction dans son rapport va dans ce sens, citant parmi les objectifs de la loi celui de « *grant the Indian his long-delay[ed] day in court* »<sup>133</sup>. Cela suggère une intention du législateur vers l'élimination d'une injustice et la conformité à des principes moraux universels de justice et d'équité. Les

---

<sup>131</sup> Arkadi CHERKASOV, "The Native Population of the Soviet North: Language, Education and Employment", *Musk-Ox*, n° 30, 1982, p. 67.

<sup>132</sup> H.R. REP. n° 1466, 79<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session (1945), réimprimé in 1946 *U.S. CODE CONG'L SERV.* pp. 1347, 1348, 1349 (Comité de la Chambre des représentants sur les affaires indiennes). Avant l'instauration de l'*Indian Claims Commission*, les recours en justice invoquant le titre autochtone devaient être autorisés de manière *ad hoc* par le Parlement, ce qui avait pour effet de limiter sévèrement l'applicabilité du titre autochtone dans le droit positif interne américain.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 1348.

deux motivations suivantes viennent limiter ou du moins relativiser ce premier point. La deuxième motivation consiste à encourager l'assimilation des autochtones au sein de la société américaine et la dissolution progressive de leur organisation tribale. En effet, les autochtones n'étaient encouragés à maintenir leurs liens tribaux qu'en vue d'un règlement de leurs revendications<sup>134</sup>. De plus, la formulation des dispositions de la loi suggère implicitement que les compensations prononçables par la Commission se limitent à des compensations financières, comme indiqué précédemment<sup>135</sup>. Si l'idée d'un recours effectif est équitable, le moyen de règlement des litiges liés au titre autochtone l'est en revanche beaucoup moins. Cette unicité – pécuniaire – des moyens de compensation est cohérente avec les préoccupations du comité qui élabore dans son rapport sur les économies financières à tirer pour le budget fédéral américain – jusqu'à 50% des dépenses consacrées aux autochtones – d'un règlement juridictionnel des revendications autochtones<sup>136</sup>. La troisième motivation du Congrès lors de l'adoption de la loi de 1946 est enfin de mettre en place une solution de règlement final des revendications et litiges autochtones afin de se dégager d'obligations constantes, lourdes et coûteuses<sup>137</sup>. Sans qu'il soit possible de déceler l'existence d'une hiérarchie éventuelle entre les trois motivations du Congrès, les deux dernières intentions, pragmatiques en essence, s'avèrent en tout cas compatibles voire complémentaires avec la première intention et ne sauraient en tout cas en diminuer la portée ni la sincérité.

La législation peut également avoir une portée plus large en exerçant des effets sur d'autres types de comportements tels que la conclusion de traités entre l'Etat et les tribus autochtones ou la jurisprudence interne ultérieure. Ainsi, la Proclamation royale de 1763 au Canada définit des directives formelles en vue de régir la conclusion ultérieure de traités entre la Couronne et les représentants autochtones. Elle a été prise en compte par la jurisprudence et

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 1351. Collectifs en essence dans la majorité des cas, le titre autochtone et les droits fonciers d'usufruit qui en découlent ne peuvent être reconnus à un individu qui aurait renoncé à son appartenance au groupe tribal. C'est ainsi qu'en prononçant des titres autochtones éteints au terme de ses procédures litigieuses sujettes à l'autorité de la chose jugée et en n'adjudant que des compensations financières, l'*Indian Claims Commission* encourage la déliquescence des liens tribaux d'appartenance subséquentement à la conclusion des affaires.

<sup>135</sup> La loi prévoit notamment que “[t]he final determination of the Commission [...] shall include [...] a statement [of] whether there are any just grounds for relief and, if so, the amount thereof” (25 U.S.C. §70r, 1976). Elle affirme plus loin que “there is hereby authorized to be appropriated such sums as are necessary to pay the final determination of the Commission” (*Ibid.*, §70u).

<sup>136</sup> Rapport du Comité de l'Assemblée sur les affaires indiennes, 1946 *U.S. CODE CONG'L SERV.* p. 1354.

<sup>137</sup> Rapport du Comité de l'Assemblée sur les affaires indiennes, 1946 *U.S. CODE CONG'L SERV.* p. 1356. Le rapport précise que le principal objectif de la loi est « to dispose of the Indian claims problem with finality ».

possède aujourd'hui une valeur constitutionnelle. Ayant une valeur déclaratoire<sup>138</sup>, la Proclamation royale laisse également aux autochtones l'autonomie dans l'administration de leurs affaires internes, ou droit gouvernemental, ce qui sera confirmé indirectement par la Cour suprême américaine<sup>139</sup>. La valeur stratégique de ce document ne fait pas de doute : il s'agit de réduire la résistance autochtone après la conclusion de la guerre avec la France et ainsi de poser les fondements régissant les relations entre les autochtones et la Grande-Bretagne sur ses terres coloniales. Le texte est néanmoins rédigé en des termes emplis d'empathie pour les autochtones et reconnaissant les injustices passées, notamment en termes de spoliation territoriale<sup>140</sup>. Cette tension entre intention réelle et intention déclarée, que l'on retrouve de manière générale durant la période initiale considérée, peut être résolue, avec le temps, au bénéfice de l'intention déclarée. En effet, c'est celle-ci qui fournit la légitimité continue des traités aux yeux des autochtones, ceux-ci insistant sur la notion de partenariat plutôt que sur leurs déficiences et leur application biaisée. C'est d'ailleurs cette seule intention déclarée qui est susceptible d'apporter une explication crédible quant à la possibilité même de la conclusion de tels traités, entendus comme accords de volontés. Présument réelle aujourd'hui en vertu du principe de bonne foi, cette intention déclarée fournit également le fondement des politiques étatiques de réparation envers les peuples autochtones appliquées de manière générale à l'époque contemporaine.

En Malaisie, la législation interne assure un certain degré de protection des terres autochtones et reconnaît l'existence du titre autochtone longtemps avant que la jurisprudence s'aligne sur ce développement législatif<sup>141</sup>. Les notions de droits coutumiers autochtones et de terre coutumière autochtone sont développées par la législation, notamment par le *Sarawak Land Code 1957*, le *National Land Code (Penang and Malacca Titles) Act 1963*, la section 4(2) du *National Land Code 1965* et le *Customary Tenure Enactment (FMS)*. En outre, l'article 160 de la Constitution fédérale de 1957 reconnaît à la coutume autochtone une valeur législative. Il en va de même de l'annexe 2 de la Constitution de l'Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée de 1975. Ces dispositions vont dans le sens de la reconnaissance d'une certaine autonomie autochtone et du respect de leur identité.

---

<sup>138</sup> Pour une analyse approfondie de la Proclamation royale de 1763 en lien avec les droits autochtones, voir André EMOND, « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale » in *Revue Juridique Thémis*, Montréal, tome 30, n° 1, 1996, pp. 89-112.

<sup>139</sup> *Worcester c. Etat de Géorgie*, arrêt précité, 1832 (v. note 60 *supra*), pp. 547-548.

<sup>140</sup> La proclamation fait référence aux « *Great frauds and abuses* » ayant été commis sur les autochtones avant 1763, générant parmi eux une « *great dissatisfaction* » et résultant en un « *great prejudice* » pour l'Empire britannique.

<sup>141</sup> V. p. 61 *supra*.



En France, les développements législatifs liés à la politique autochtone dans l'Empire colonial reflètent de manière générale la tendance législative de l'époque, consistant en une reconnaissance en demi-teinte des autochtones, c'est-à-dire formelle mais sans application de toutes ses conséquences juridiques. En Nouvelle-France, une directive remise au gouverneur en 1665 ordonne de « ne pas usurper les terres sur lesquelles [les autochtones] résident habituellement, sous prétexte que les Français seraient en mesure de les améliorer »<sup>142</sup>. La simple existence d'une telle directive suggère une réalité différente. En Nouvelle-Calédonie, après s'être proclamé propriétaire de toutes les terres, l'Etat en restitue une partie aux Kanaks<sup>143</sup> mais ceux-ci subissent légalement des empiètements et incursions de la part des colons européens et de leur bétail. Plus tard, le *Code de l'indigénat* appliqué en Nouvelle-Calédonie à partir de 1887 fait des peuples autochtones des « sujets de la France ». En vertu de ce statut, ils ne jouissent d'aucun droit civil, seulement de droits personnels liés à la coutume et à la religion. Cette reconnaissance limitée apparaît plus restreinte que celle accordée par le régime anglo-saxon de *Common law* à la même époque, mais semble néanmoins laisser la possibilité à l'exercice d'une certaine forme d'autonomie autochtone fondée sur la garantie de leurs ressources foncières traditionnelles. Notamment, un décret du 24 décembre 1867 reconnaît aux Kanaks les droits fonciers sur les terres qu'ils occupaient et reconnaît la tribu comme entité juridique. La recherche de relations pacifiques avec les peuples autochtones et le respect des traités conclus avec eux a généralement caractérisé l'approche coloniale française.

## §2 – Comportements politiques

Les comportements de nature politique, à la sécurité juridique généralement inférieure à celle des actes juridiques, incluent les politiques publiques en matière autochtone (A) menées par les organes de l'Etat, ainsi que les mécanismes non-juridiques, parfois institutionnels (B). Souvent le résultat d'une politique, ces mécanismes ou institutions

---

<sup>142</sup> *Mémoire du Roi pour servir d'instruction à Talon*, directive royale adressée à Jean Talon, gouverneur de la colonie de Nouvelle-France, 20 mars 1665, in *Rapport de l'archiviste de la province de Québec*, 1931, pp. 5-10, doc. n° 2234. Pour une étude approfondie de la question foncière autochtone dans cette colonie française, v. Maxime BOILY, *Les terres amérindiennes dans le régime seigneurial : les modèles fonciers des missions sédentaires de la Nouvelle-France*, mémoire de master, Faculté des sciences sociales de l'université de Laval, Québec, 2006, 240 p.

<sup>143</sup> L'arrêté du 22 janvier 1868 proclame la propriété autochtone de ces terres ainsi restituées « incommutable, insaisissable et inaliénable ».

constituent en quelque sorte le pendant non-juridique des juridictions internes en matière de règlement des différends entre l'Etat et ses peuples autochtones ou de protection des droits des peuples autochtones. Cette solution politique, mais non sans effets juridiques, est en effet souvent préférée par les Etats aux procédures judiciaires.

#### A – Politiques publiques en matière autochtone

En dépit de leur sécurité juridique moindre au plan interne, les politiques et mécanismes non-juridiques mis en place en lien avec la protection des intérêts et la reconnaissance des droits autochtones sont considérés au plan du droit international comme des comportements étatiques dans la mesure où ces faits ont un effet sur les relations internationales dans le domaine en question. Ces comportements sont donc pertinents en matière d'établissement de précédents et de la pratique du processus coutumier.

En Nouvelle-Zélande, on note une tentative ancienne d'inclure les autochtones dans les affaires du gouvernement et d'assurer leur représentation auprès de la Couronne. Un Ministère consacré aux affaires māories est mis en place dans les années 1850, bien qu'il soit marqué à ses débuts par une approche notablement paternaliste. Un quota de sièges réservés aux Māoris dans la composition du Parlement national est introduit dès 1867 par le *Māori Representation Act*. Plus récemment, le *Māori Welfare Act 1962* a instauré le Conseil māori comme organe représentatif des tribus māories dans leur ensemble et consultatif auprès du gouvernement. En dépit de ses imperfections flagrantes, ce système a au moins pour mérite d'exister à une époque relativement peu avancée en matière de droits autochtones. Cependant, il semble que les intentions initiales de la Couronne répondent plutôt à des motivations stratégiques qu'à un idéal de justice ou au sentiment de s'acquitter d'un quelconque droit moral, encore moins juridique<sup>144</sup>. De même, le Conseil māori demeure de nature purement

---

<sup>144</sup> *The Origins of the Māori Seats*, Parliamentary Library Research Paper, Bibliothèque parlementaire, novembre 2003 (mis à jour en mai 2009), p. 1: "Earlier accounts view the Māori seats as being created in a moral and legislative vacuum: the Māori seats "stumbled into being"; the Māori Representation Act 1867 was a piece of "ad hoc" legislation; the seats "involved no high intentions or moral principles"; they were simply a useful way of rewarding Māori loyalists and placating Māori rebels; they helped to assure critics in Britain that the colonists were looking after Māori interests." La source de cet article confère à ses arguments un poids plus persuasif puisqu'il s'agit d'une publication – certes non officielle mais de recherche – issue d'un organe de l'Etat. Dans la mesure où les sources des prises de position de l'Etat habituellement prises en compte pour le processus coutumier ne font pas toutes nécessairement l'objet d'une publication officielle, il est possible de considérer que cette publication se rapproche d'une prise de position de l'Etat sur ses comportements contemporains et passés.

consultative. Cependant, il marque un progrès dans l'avancement des droits māoris notamment en matière de représentativité et de participation, si l'on considère sa capacité à ester en justice au nom des tribus māories. De manière générale, quelle que soit l'intention réelle initiale de l'Etat, il reste que ses intentions déclarées ne sont pas sans effet en raison du principe de bonne foi, et que pour être appréciés à leur juste valeur, les développements doivent être replacés dans leur contexte d'apparition et mesurés à l'aune de la direction de la dynamique générale de progression. Dans cette perspective, les comportements examinés révèlent une progression constante de long terme vers plus de participation, de représentativité et d'autonomie des Māoris<sup>145</sup>, ce que confirmeront les événements de la période suivante. Autre trait allant dans le sens d'un développement des droits autochtones et d'une protection accrue de l'intégrité autochtone par l'atténuation de l'approche assimilationniste, la *Native Land Court* est renommée en *Māori Land Court* par le *Māori Affairs Act 1953*.<sup>146</sup>

Des expériences précoces d'exercice d'une certaine forme d'autonomie ou d'auto-gouvernement peuvent être constatées dans d'autres parties du monde. Notamment, la Bolivie fait l'expérience de cinq mois d'autonomie autochtone de la région de Santa-Cruz de la Sierra en 1876-1877 sous la direction d'Andrés Ibáñez, interrompue par une reprise de contrôle par les autorités centrales<sup>147</sup>.

### B – Mécanismes non-juridiques en matière autochtone

Au Canada, la fin des années 1960 est marquée par de nouveaux développements qui suggèrent à bien des égards un parallèle avec le choix des Etats-Unis d'établir l'*Indian Claims Commission* en 1946 et avec la démarche du Tribunal de Waitangi établi en Nouvelle-Zélande en 1975<sup>148</sup>. En 1969, le gouvernement fédéral canadien adopte un Papier blanc – document non obligatoire du type feuille de route – par lequel le gouvernement s'engage à traiter les plaintes autochtones historiques, c'est-à-dire les violations des traités autochtones par l'Etat et

---

<sup>145</sup> La progression sur le long terme n'interdit pas des développements rétrogrades ponctuels voire sur une période prolongée, tant que la direction du mouvement général reste inchangée. On assiste alors à un mouvement en dents de scie.

<sup>146</sup> Ce changement sémantique est le prélude à une modification en profondeur du mandat de l'institution en 1993.

<sup>147</sup> Alexandra TOMASELLI, "Autonomía Indígena Originaria Campesina in Bolivia: Realizing the Indigenous Autonomy?", *European Diversity and Autonomy Papers* No 01/2012, Académie européenne de Bozen (E.U.R.A.C.), 2012, p. 21.

<sup>148</sup> V. note 72 *supra* et note 624 *infra*.

les spoliations foncières en violation du titre autochtone. Resté lettre morte dans un premier temps, le Papier blanc a été remis à l'actualité par l'arrêt *Calder* de 1973<sup>149</sup> et a conduit à la mise en place en 1991 de la Commission des Plaintes Indiennes Spécifiques.

Aux Etats-Unis, un comité de l'assemblée sur les affaires indiennes dépendant de la chambre des représentants a existé jusqu'à une réorganisation des comités par la Chambre en 1946 conduisant à sa suppression. Une entité similaire au Sénat a ré-émergé dans les années 1970, promue au statut complet de comité en 1984 et est toujours en place aujourd'hui.

Ces entités mises en place dans différents Etats vers la fin de la période initiale considérée présentent plusieurs traits communs qui suggèrent une certaine convergence des pratiques et approches extra-judiciaires. Premièrement, ces entités occupent une place à part dans l'ordre juridique interne des Etats concernés, soit à la frontière soit en dehors de cet ordre. Cette situation à la marge reflète la mission particulière de ces entités, distincte de celle des tribunaux et plus proches des « *fact-finding missions* » et des commissions de réconciliation. S'il s'agit certes de trancher des questions de violation de l'Etat de ses obligations envers les autochtones, place est parfois faite aussi à la négociation. D'ailleurs, ces entités émettent souvent des rapports, conclusions ou recommandations juridiquement non obligatoires à l'adresse du gouvernement, mais il est alors difficile pour celui-ci de les ignorer en raison de la pression politique et de la possibilité de recours judiciaires. Deuxièmement, il s'agit souvent d'entités établies sur une base *ad hoc*, c'est-à-dire dont le mandat tend, théoriquement, vers un objectif et une fin. Ces entités reflètent l'émergence d'une nouvelle approche en matière de justice autochtone qui tend à traiter les communautés autochtones affectées davantage sur un pied d'égalité. Si ce phénomène se manifeste à la toute fin de la période initiale considérée dans ce titre et se poursuit largement au cours de la période suivante, elle puise ses racines vers le milieu du XX<sup>e</sup> siècle et témoigne d'un début de dégel de la frilosité des Etats et de leur approche exclusivement légalistique, stato-centrée et restrictive des questions autochtones. La période suivante confirmera ce déclin relatif des approches souverainistes exclusivistes refusant aux autochtones tout espace de prise en main de leur destin au sein des Etats constitués.

---

<sup>149</sup> Arrêt précité, v. note 87 *supra*.

## Section 2 – Comportements internationaux

Les comportements internationaux constituent un facteur de fixation des pratiques internes existantes dans une direction particulière. Les premiers reflètent les secondes dans la mesure où ils s'appuient sur elles, et permettent *a posteriori* de confirmer le rôle des pratiques internes dans la formation de la pratique. Les comportements internationaux peuvent être perçus en quelque sorte comme l'expression, la projection ou encore l'extension sur la scène internationale des comportements que les Etats ont déjà adoptés au plan interne. Deux types de comportements internationaux sont examinés ici parce qu'il s'agit des comportements internationaux les plus influents durant la période initiale. Il s'agit premièrement des traités et autres arrangements constructifs conclus entre les Etats et les peuples autochtones, considérés comme des comportements internationaux pour des raisons méthodologiques sans préjudice sur leur statut d'instruments *sui generis*. Deuxièmement, il s'agit d'examiner les comportements internationaux des Etats au sein des organisations internationales – matérialisés par la conclusion de traités multilatéraux – ainsi que les comportements des organisations internationales elles-mêmes – activité, jurisprudence, etc. Cet examen porte sur les comportements *per se* et se distingue en cela de l'analyse de l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier. Il ne s'agit pas ici d'observer ces comportements sous l'angle psychologique, c'est-à-dire leurs influences mutuelles sur l'émergence d'un sentiment de droit, mais plutôt de constater la naissance progressive d'une cohérence des pratiques qui laisse présager l'amorce d'une structuration de la pratique.

### §1 – Traités concernant ou conclus avec les peuples autochtones

Les traités concernant ou conclus avec les peuples autochtones constituent des instruments particuliers répondant à une pratique relativement répandue parmi les Etats particulièrement intéressés. Les traités internationaux concernant les peuples autochtones, portant généralement sur de questions d'arbitrage, constituent un comportement international établi (A). Tant du point de vue de leur statut au regard du droit international (B) que de leur contenu le plus fréquent (C), les traités conclus entre les Etats et les peuples autochtones contribuant à la pratique ont une incidence sur le statut des peuples autochtones et sur leur autodétermination. L'examen de ces instruments au titre de la pratique est par conséquent nécessaire.

## A – Traités internationaux d'arbitrage concernant les peuples autochtones

Bien que le droit international du début du XX<sup>e</sup> siècle soit encore essentiellement un droit westphalien, la pratique témoigne d'une logique volontariste plus mitigée en matière de protection des autochtones. Emergent des pratiques selon lesquelles la protection des autochtones et le traitement des questions autochtones dépassent les frontières étatiques et ne relèvent pas seulement d'une question de souveraineté ou de juridiction interne. Les relations conventionnelle entre Etats prévoient parfois le règlement de différends en vertu des principes du droit international et de l'équité ainsi que du respect des droits prévus par les traités conclus entre autochtones et souverains, ce qui fait sortir de la stricte juridiction interne les questions autochtones. Un tel traitement se trouve notamment dans certains traités d'arbitrage généraux entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne<sup>150</sup>. Il ne peut faire de doute que la portée générale de ces traités inclut notamment les questions autochtones. Le contraste entre ces traités d'arbitrage généraux, qui se retrouvent également en Amérique du Sud à l'époque et qui prévoient l'équité comme l'une des bases de règlement des différends, d'une part, et les traités d'arbitrage portant sur des objets spécifiques tels que les différends frontaliers et étant dépourvus de cette disposition, d'autre part, induit à penser que dès cette époque, dominée pourtant par la doctrine westphalienne au plan international, la portée des droits autochtones dépasse le cadre exclusivement interne de l'Etat. Cela est confirmé par la jurisprudence de l'époque, notamment les sentences arbitrales<sup>151</sup>. Principe transposé dans la *Common law* à partir du droit anglais, l'équité implique de s'écarter de la pure logique subjective westphalienne pour embrasser une vision principielle et systémique du droit. Une telle vision offre un espace propre à développer une logique de protection des individus et des

---

<sup>150</sup> Traité de Jay du 19 novembre 1794 conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, souvent cité comme l'un des instruments pionniers en matière d'arbitrage et dont l'article 3 prévoit la libre circulation des autochtones entre les Etats-Unis et le Canada ; Claims Convention of 1853, article I (1 Malloy, *Treaties*, 664), utilisant les termes "*according to justice and equity*"; Claims Convention of 1896, article II (1 Malloy, 766), pressant pour "*a just decision*" ; Agreement for Pecuniary Claims Arbitration, 1910, article VII (3 Malloy, 2619), situant une décision "*in accordance with treaty rights, and with the principles of international law and of equity*".

<sup>151</sup> *Indiens Cayuga (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis*, sentence arbitrale, 22 janvier 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, tome 6, pp. 173-190. Dans une sentence arbitrale de 1922, la C.P.A., conformément aux dispositions prévues par le traité en cause, fonde sa décision sur les principes de droit et d'équité (*Affaire des réclamations norvégiennes* (Norvège c. Etats-Unis d'Amérique), sentence arbitrale, 13 octobre 1922, C.P.A., *Recueil de sentences arbitrales*, Nations Unies, tome I, pp. 307-346, *A.J.I.L.*, n° 17, 1923, p. 362, ff).

communautés humaines au moins autant que des Etats, englobant ainsi la protection des droits des autochtones.

### B – Statut des traités conclus avec les peuples autochtones

Outre les traités internationaux d'arbitrage, les comportements internationaux des Etats durant la période initiale considérée incluent également les traités conclus entre Etats et représentants des tribus ou communautés autochtones occupant les territoires sur lesquels le souverain étend sa souveraineté. Si le statut des premiers au regard du droit international ne fait pas problème, celui des seconds apparaît beaucoup plus délicat. A la croisée entre les domaines interne et international, cette catégorie d'actes présente l'intérêt d'offrir une vision directe des pratiques étatiques. Le caractère juridique de ces actes, certes imprécis et contesté, renforce leur éligibilité comme éléments de la pratique, bien que les règles juridiques qu'ils édictent ne doivent pas être confondues avec le sentiment de droit propre à l'*opinio juris*. La raison du choix des Etats de recourir à une relation contractuelle avec telle ou telle tribu autochtone apparaît plus dictée par des impératifs stratégiques que par le sentiment de se conformer à une norme juridique. L'importance de ces traités au sein du processus coutumier est renforcée par leur reconnaissance actuelle dans l'application des droits reconnus aux autochtones, notamment par la Déclaration de 2007<sup>152</sup>.

Les traités passés entre Etats colonisateurs et peuples autochtones sont aujourd'hui généralement reconnus comme des traités internationaux<sup>153</sup>, malgré certaines réserves parfois émises quant à leur statut exact<sup>154</sup>. Dans tous les cas, ils peuvent au moins être considérés

---

<sup>152</sup> Voir notamment l'article 37 : « Les peuples autochtones ont droit à ce que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des Etats ou leurs successeurs soient reconnus et effectivement appliqués... ». L'examen des comportements ultérieurs des Etats (*infra*, titre 2 puis partie II) témoigne effectivement de la reconnaissance de ces instruments au plan interne.

<sup>153</sup> *Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones*, Rapport final du rapporteur spécial, M. Miguel Alfonso MARTÍNEZ, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 22 juin 1999, E/CN.4/Sub.2/1999/20, §110 p. 20 : « En établissant des relations juridiques formelles avec les peuples d'outre-mer, les Européens étaient pleinement conscients du fait qu'ils négociaient et nouaient des relations contractuelles avec des nations souveraines, avec toutes les implications juridiques que cette expression comportait à l'époque ».

<sup>154</sup> *Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas)*, sentence arbitrale (Etats-Unis c. Pays-Bas) rendue par l'arbitre unique Max Huber, C.P.A., 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, tome II, p. 858 : « Les rapports juridiques créés par des contrats de cette nature affectent généralement la forme de la vassalité ou du protectorat dit colonial » : l'existence de traités autochtones relève de l'ordre interne de l'Etat et ne saurait préjuger du transfert de souveraineté. Après avoir longtemps refusé aux traités autochtones le statut de traités internationaux (*Regina c. White et Bob*, (1966) 52 D.L.R. (2d) 481) dans la veine de la jurisprudence *Caguya* de

comme des faits par le droit international, et comme des comportements étatiques. Les Etats eux-mêmes, parfois en contradiction ouverte avec leurs comportements passés, reconnaissent aujourd'hui généralement que les traités autochtones génèrent des obligations à leur égard<sup>155</sup>.

A mi-chemin entre le traité international et l'acte interne, les traités autochtones ont un statut *sui generis* reconnu par le droit international, ce que confirment certains droits internes<sup>156</sup>. Sans qu'il s'agisse ici de prendre part au débat doctrinal sur cette question, une évaluation des pistes possibles fournit un apport utile en vue d'apprécier et d'interpréter avec justesse la contribution des traités autochtones à la structuration de la pratique et ainsi au processus coutumier. Si le droit naturel était volontiers prêt à envisager les peuples autochtones comme des Etats souverains<sup>157</sup> – d'où il faisait logiquement découler leur capacité à entrer en relation conventionnelle avec d'autres sujets souverains du droit international –, dans la pratique, déjà annonciatrice de la doctrine positiviste, les comportements des Etats signataires s'avèrent loin de refléter cette position. Les autochtones se sont ainsi vu reconnaître en général une personnalité juridique internationale limitée et fonctionnelle en vue de la conclusion des traités qui, paradoxalement, consacraient souvent leur absorption par le souverain alors même que les deux parties survivaient formellement à la conclusion des traités sur un pied d'égalité<sup>158</sup>. Cette tendance, parfois implicite, est peut-être

---

1926, la Cour suprême du Canada a plus récemment considéré qu' « un traité avec les Indiens est unique ; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon des règles du droit international. » (*Simon c. La Reine*, 21 novembre 1985, affaire n° 17006, (1985) 2 R.C.S. 387, p. 404). Le traitement contemporain de ces actes est flexible, la question de leur statut juridique exact présentant peu d'intérêt, tout comme leur interprétation à la lettre cède le pas au recours à l'esprit ou aux principes des traités.

<sup>155</sup> V. par exemple la position du Canada : « Le gouvernement du Canada et les différentes instances judiciaires estiment que les traités conclus entre la Couronne et les Autochtones sont des accords solennels stipulant les obligations et les avantages qui échoient aux deux parties, ainsi que les promesses faites par celles-ci. », in *Fiche d'information : les traités conclus avec les Autochtones au Canada*, Ministère des Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, février 2010. Ces obligations contractuelles sont aujourd'hui reconnues et garanties par les articles 25 et 35.3 de la Loi constitutionnelle du Canada du 17 avril 1982. Les traités autochtones sont aujourd'hui généralement reconnus dans l'ordre constitutionnel, législatif ou judiciaire des Etats particulièrement intéressés.

<sup>156</sup> Cour suprême du Canada, *Francis c. La Reine*, 11 juin 1956, [1956] R.C.S. 618, p. 631 ; et plus récemment *Rex c. Sioui*, 24 mai 1990, affaire n° 20628, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1056 ; *Rex c. Vincent*, (1993) 12 O.R. (3d), 397, 404-407. La *D.N.U.D.P.A.* confirmera la reconnaissance de ces instruments *sui generis* par le droit international (alinéas 8, 14 et 15 du préambule et article 37 du dispositif).

<sup>157</sup> A noter qu'au moment de leurs premiers contacts avec les Etats, les peuples autochtones satisfaisaient généralement les critères contemporains d'existence de l'Etat souverain selon la définition généralement acceptée par la doctrine de l'article 1 de la *Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats* du 26 décembre 1933 (entrée en vigueur un an plus tard) : « L'Etat, comme une personne internationale, doit réunir les conditions suivantes : a) Une population permanente, b) Un territoire défini, c) Un gouvernement et d) La capacité d'entrer en relations avec les autres Etats » (traduction libre).

<sup>158</sup> A quelques exceptions notables, explicables par des circonstances locales particulières qui ne sont pas de nature à infirmer le présent raisonnement. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis a traité en 1831 les Cherokee comme un Etat dans la mesure où un tel traitement existait déjà anciennement (*Nation Cherokee c. Etat de Géorgie*, arrêt précité, 1831, v. note 59 *supra*).



illustrée de manière la plus évidente par la pratique de conclusion de traités autochtones par la France au Canada au XVII<sup>e</sup> siècle. Celle-ci semble reconnaître en effet une certaine indépendance aux autochtones contractants – justifiant la conclusion occasionnelle d’alliances et de traités – mais a toujours refusé de les considérer comme des entités étatiques souveraines<sup>159</sup>. Cependant, la question de déterminer la nature exacte de ces instruments revêt ici un intérêt mineur dans la mesure où le statut de tels actes, quel qu’il soit, y compris indéterminé, ne fait pas obstacle aux aspects qui intéressent le processus coutumier. Premièrement, les traités autochtones peuvent, sinon rien d’autre, être considérés sous l’angle des comportements étatiques entrant dans le champ de la pratique en cours de structuration. Deuxièmement, les développements ultérieurs montrent abondamment que les traités autochtones, quel que soit leur statut, ont été créateurs d’obligations pour les Etats et ont influencé leur comportement – de manière certes plus ou moins tardive et imparfaite – envers leurs populations autochtones à mesure qu’il devenait de plus en plus difficile pour les Etats d’ignorer lesdits traités.

L’ambiguïté générale initiale quant à la nature exacte des cessions prévues par les traités ouvre la voie à la thèse de la conservation d’une souveraineté autochtone particulière. Plusieurs développements témoignent en effet de cette survie des intérêts autochtones, sous la forme de titre autochtone, à l’établissement, parfois conventionnel, de la souveraineté de l’Etat colonial. Premièrement, le titre autochtone, tel qu’envisagé en droit international et en particulier par la *Common law*, est la forme de survie des intérêts autochtones au transfert de souveraineté<sup>160</sup>. Dans la mesure où la source de ce titre autochtone est indépendante de et antérieure à la conclusion des traités autochtones, la reconnaissance de ce titre que constituent les traités confirme une certaine limite que le titre autochtone impose à la souveraineté de l’Etat. Le fait que ce titre soit en principe révocable ne semble pas en réalité diminuer la restriction apportée à la souveraineté étatique, pouvant ainsi être qualifiée de conditionnelle. En effet, cette extinction, qui requiert un acte manifestant l’intention expresse de l’Etat, n’a été que rarement réalisée, ce qui semble indiquer, compte tenu des complications logistiques et financières que l’accommodation du titre autochtone ou sa violation font porter sur l’Etat,

---

<sup>159</sup> Stéphane N. JOBIN, « Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel », *R.Q.D.I.*, tome 6, n° 1, 1989-1990, p. 62, et Brian SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as affected by the Crown’s Acquisition of their Territories*, thèse de doctorat, université d’Oxford, Wadham College, 1979, pp. 89-90. Notamment, comme le montrent les instructions adressées au gouverneur de Courcelles en 1665, la France poursuivait une politique d’assimilation des autochtones du Québec, ce qui ne peut que difficilement être réconcilié avec une conception égalitaire des parties contractantes.

<sup>160</sup> Déjà mentionné *supra*, confirmé dans *Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo et autres*, 24 juillet 1930, P.C., affaire n° 1930-75, appel n° 31, [1930] U.K.P.C. 75, A.C. pp. 667-668.

que si l'Etat dispose bel et bien en théorie de la faculté à accomplir cet acte souverain d'extinction, un consensus de principe s'était déjà fait jour à l'époque au plan international en vertu duquel l'Etat renonce à y recourir en pratique de manière systématisée. De cette manière est atténuée la distinction entre principe et droit, ce qui laissera plus tard la possibilité pour le titre autochtone d'apparaître comme constituant, aux côtés d'autres droits, l'une des formes internes d'exercice du droit à l'autodétermination.

Cette conditionnalité à la souveraineté de l'Etat est confirmée sous une autre forme par l'exemple de la pratique britannique au Canada. Faisant écho à la Proclamation royale de 1763 qui restreint l'aliénation des terres autochtones au seul profit de la Couronne, le droit britannique du XVIII<sup>e</sup> siècle admettait lui-même la continuité des droits privés à une conquête coloniale. Ces règles ont conduit en pratique à l'établissement d'un ordre spécifique des relations entre l'Etat et les autochtones : « il peut être soutenu qu'à l'instar de la coexistence du titre de la Couronne et de la possession autochtone du territoire, la souveraineté « interne » des Autochtones a survécu à l'avènement de la souveraineté « externe » de la Couronne. »<sup>161</sup> S'ils ne confirment pas ouvertement cette thèse, les développements ultérieurs laissent du moins l'espace ouvert à ce point de vue qui s'inscrit en filigrane de certains comportements ou est du moins compatible avec eux. L'ensemble des comportements, fragmentaires et souvent en négatif, permet de valider cette théorie. La pratique de conclusion des traités avec les autochtones au Canada a de fait suivi sur ce plan une approche flexible comparable à celle des Etats-Unis. Cela est visible concernant les traités historiques, conclus entre 1701 et 1923, y compris les traités dits numérotés entre 1871 et 1921, et concernant les traités contemporains, conclus depuis 1923.

### C – Les dispositions des traités conclus avec les peuples autochtones

La pratique de conclusion de traités entre Etats et peuples autochtones a été partagée par toutes les puissances coloniales. Elle semble avoir eu cours, de manière variable, sur tous les continents. Certains de ces traités remontent notamment aux années 1600 au Canada et à 1664 par les Pays-Bas. S'il s'agit pour une grande part de traités de paix, d'amitié ou de

---

<sup>161</sup> Michael R. HUDSON, *op. cit.*, 1985 (v. note 115 *supra*), p. 75.

commerce, ces traités anciens sont presque toujours investis d'une dimension politique<sup>162</sup>. Néanmoins, dans le cadre du processus coutumier, seuls les traités ayant un rapport avec certains aspects constitutifs de la norme à l'étude présentent un intérêt. Plusieurs traits se dégagent de l'examen comparatif des traités autochtones pertinents conclus dans diverses parties du monde. De manière générale, l'objet des traités est récurrent et semble toujours suivre le même mode opératoire : la puissance administrante ou colonisatrice accorde aux peuples autochtones la protection de leurs intérêts, titres, modes traditionnels de vie – incluant l'occupation et la jouissance de leurs terres traditionnelles – en l'échange d'une cession de souveraineté des territoires des seconds au profit de la première. Les modalités de cette transaction varient, mais sa logique générale reste la même. Dans la plupart des cas, lorsqu'il y a cession effective de souveraineté<sup>163</sup>, la contrepartie fournie par le souverain est formée d'une série de droits, protections et garanties qui recouvrent partiellement les éléments contemporains constitutifs du droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones, ou en sont la préfiguration. En d'autres termes, le transfert de souveraineté, privation de l'exercice de la forme actuelle externe du droit à l'autodétermination, est compensé par l'octroi de formes internes d'exercice du même droit, avant l'heure. La cession de souveraineté elle-même n'est pas sans ambiguïtés ni limitations pour le souverain car les autochtones se voient garantir la plupart du temps la jouissance de leurs terres<sup>164</sup>, notamment en termes d'occupation des sols et d'utilisation des ressources naturelles en vertu de titres ancestraux. Pour autant, ce développement n'est pas universel et connaît des exceptions, notamment en Afrique.

Dans certains cas plus rares, cette forme d'autonomie a été assortie d'une représentation des autochtones auprès des autorités de la puissance administrante<sup>165</sup>. Ce

---

<sup>162</sup> Par exemple le traité de paix de Montréal du 4 août 1701 (« La Grande paix de Montréal ») conclu entre le gouverneur de la Nouvelle-France et une quarantaine de représentants des Premières nations.

<sup>163</sup> V. Traité de Boston du 15 décembre 1725 (Canada), §8 ; Traité de Fort-Pitt entre les Etats-Unis d'Amérique et les Delaware du 17 septembre 1778, article 6 ; Traité de Fort McIntosh (Etats-Unis) du 21 janvier 1785, article 2 ; Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et les Creeks du 7 août 1790, article 2 ; Traité de Selkirk (Canada) du 18 juillet 1817 ; Traité de Waitangi (Nouvelle-Zélande) du 6 février 1840, article 1 ; Traité de Fort Laramie (Etats-Unis) du 29 avril 1868, article 2 ; Traités numérotés n°1 et 2 de 1871 (Canada). Cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité.

<sup>164</sup> Traité de Boston du 15 décembre 1725 (Canada), §6 ; Traité de Fort-Pitt entre les Etats-Unis d'Amérique et les Delaware du 17 septembre 1778, article 6 ; Traité de Fort McIntosh du 21 janvier 1785, article 4 ; Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et les Creeks du 7 août 1790, article 5 ; Traité de Selkirk du 18 juillet 1817 ; Traité de Waitangi du 6 février 1840, article 2 ; Traité de Fort Laramie du 29 avril 1868, article 2. Traité international classique cette fois-ci, le Traité de paix de Paris du 10 février 1763 conclu entre la France et la Grande-Bretagne prévoit également que « les Indiens sont maintenus dans leurs terres ». Cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité.

<sup>165</sup> V. notamment le Traité de Fort-Pitt entre les Etats-Unis d'Amérique et les Delaware du 17 septembre 1778, article 6 : « *the Delaware nation shall be the head [of a state], and have a representation in Congress.* »

développement apparaît comme précurseur d'un droit à la participation. Bien que le titre autochtone soit en général susceptible d'extinction par acte unilatéral exprès de l'Etat, celui-ci est en général reconnu par les traités – parfois indirectement – et est perçu comme un « *burden upon state sovereignty* », selon l'expression communément utilisée au sein de la doctrine anglo-saxonne. Indépendamment du caractère souvent injuste des traités souvent dénoncés, des motivations réelles de l'Etat et de ses manquements souvent constatés à l'application ultérieure desdits instruments, l'acte même de la conclusion de traités semble indiquer une reconnaissance, au moins implicite, de cette limitation de principe apportée à la souveraineté du colonisateur sur les territoires autochtones. C'est un écho à cette souveraineté limitée ou conditionnée que l'on retrouve, sous une forme actualisée, dans les conceptions doctrinales actuelles du droit à l'autodétermination interne.

Du point de vue de la démarche d'administration de la preuve du processus coutumier, qui fait l'objet de la présente étude, les traités conclus entre Etats et autochtones semblent confirmer le caractère volatil et insaisissable des éléments de la coutume qui ne s'expriment parfois qu'en filigrane et par inférence par rapport aux comportements examinés. Ce n'est pas forcément le seul cas de l'*opinio juris* ; la structuration de la pratique peut également faire l'objet de cette manifestation indirecte. Actes juridiques, les traités matérialisent la collusion des deux éléments qu'il est difficile d'isoler l'un de l'autre. Comme identifié précédemment, la jurisprudence comparée – notamment en Nouvelle-Zélande et aux Etats-Unis – met en évidence le courant dominant de la doctrine du titre autochtone sous *Common law* qui affirme l'existence d'un tel titre indépendamment de son affirmation éventuelle par voie conventionnelle. Ainsi, les affirmations de titres autochtones dans les traités conclus entre Etats et communautés autochtones n'ont, au moins dans certaines juridictions, qu'une valeur confirmatoire ou de reconnaissance, et non constitutive dudit titre. Pour cette raison, la reconnaissance par les traités d'un titre qui tire son fondement d'une source indépendante permet d'interpréter les traités en question comme le reflet, le vecteur ou la manifestation d'une structuration de la pratique par la généralisation progressive de la reconnaissance de l'existence du titre autochtone.

L'interprétation des traités conclus entre Etats et peuples autochtones est délicate et demeure aujourd'hui sujette à controverse entre les Etats, la doctrine établie et les peuples autochtones. Au point de vue des Etats soutenant une cession de souveraineté, décrit dans le paragraphe précédent, répond celui des peuples autochtones qui rejettent toute cession de

souveraineté et donc de leur statut de sujets de droit international antérieur<sup>166</sup>. Souvent, le libellé des traités reste suffisamment vague pour permettre chacune des deux interprétations – minimaliste et maximaliste. La jurisprudence internationale atteste de ce dilemme, bien qu'elle tende à donner raison aux Etats<sup>167</sup>. Notamment, les plaidoiries devant la C.I.J. en l'affaire du *Sahara occidental* ont été l'occasion d'un examen par les Etats participants de la notion de souveraineté autochtone. Se référant à la Conférence de Berlin de 1884-1885, le représentant de l'Algérie soutient en effet que la notion de souveraineté autochtone a été acceptée par les Etats colonisateurs pour mieux la rejeter immédiatement, malgré certaines pressions contraires des Etats-Unis d'Amérique, et souligne ainsi le manque de bonne foi des Etats<sup>168</sup>. Bien que l'affaire portée devant la Cour était sans conteste un cas de décolonisation, il ne fait aucun doute que ce propos a une portée plus large et peut également couvrir la situation des peuples autochtones en dehors des situations de décolonisation.

Quelle que soit la perspective retenue, toutes, y compris le point de vue minimaliste soutenu par les Etats, affirment ou supposent l'existence d'un droit des peuples autochtones à la protection de leur intégrité. Bien que la reconnaissance ou proclamation de tels droits par les Etats ait pu n'être parfois que purement nominale et d'une sincérité douteuse, cette formulation n'en a pas moins acquis une existence autonome réelle dans la mesure où la bonne foi des Etats doit être présumée<sup>169</sup> et dans la mesure également où cette reconnaissance initiale a fourni le fondement aux revendications autochtones et à des contraintes ultérieures

---

<sup>166</sup> V. l'étude de M. Miguel Alfonso MARTÍNEZ, rapporteur spécial, E/CN.4/Sub.2/1999/20, *doc. cit.*, 22 juin 1999 (v. note 153 *supra*), §265 et suivants.

<sup>167</sup> *Île de Palmas* (Etats-Unis c. Pays-Bas), sentence arbitrale de l'arbitre unique Max HUBER, 4 avril 1928, C.P.A., à propos d'un traité autochtone : « il n'y a pas là d'accord entre égaux ; c'est plutôt une forme d'organisation intérieure d'un territoire colonial, sur la base de l'autonomie des indigènes... Et c'est [ainsi] la suzeraineté exercée sur l'Etat indigène qui devient la base de la souveraineté territoriale à l'égard des autres membres de la communauté des nations » (*R.G.D.I.P.*, tome 42, 1935, p. 187) ; C.I.J., *Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil 1975*, §80 p. 39 : « on voyait dans ces accords avec les chefs locaux, interprétés comme opérant ou non une cession effective de territoire, un mode d'acquisition dérivé » ; C.I.J., *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, §205 pp. 404-405 ; v. aussi dans cette dernière affaire la partie des plaidoiries portant sur la question du titre de souveraineté sur la presqu'île de Bakassi, compte-rendu de l'audience publique du 20 février 2002, *doc. CR 2002/3*, 64 p.

<sup>168</sup> C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, Sahara occidental (1975), tome IV, exposés oraux, La Haye, 1982, exposé oral de S. E. l'ambassadeur Mohammed BEDJAOUI, représentant de l'Algérie, pp. 475-479.

<sup>169</sup> Ce principe de bonne foi a été reconnu parmi les principes généraux de droit par la jurisprudence internationale à l'occasion de plusieurs affaires. Voir notamment la jurisprudence de la C.I.J. : arrêts du 20 décembre 1974 en l'affaire des *Essais nucléaires* (Australie c. France ; Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1974*, §46 p. 268 et §49 p. 473 respectivement. La présomption de ce principe dans les relations internationales est également affirmé par la même juridiction : *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 13 juillet 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, §150 p. 267 ; *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce), arrêt, 5 décembre 2011, §168 p. 693. Voir également Patrick DAILLER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 227 p. 385.

pour l'Etat, notamment en termes de réparations et de souveraineté conditionnée par le respect des droits des peuples autochtones. Bien qu'il refuse le point de vue autochtone qui soutient l'existence de son droit à l'autodétermination dans la mesure où il affirme tout renoncement à la souveraineté autochtone antérieure, le point de vue étatique minimaliste reconnaît ce droit à la protection de l'intégrité autochtone, composante essentielle du droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones dans sa formulation actuelle. Même lorsqu'il se limite aux versions minimalistes reconnues par les Etats, l'examen des dispositions de ces traités met en évidence une régularité des principes formulés, allant dans le sens d'une reconnaissance d'un droit à la préservation de l'intégrité et à l'autonomie autochtones. Manquant de cohérence, le point de vue minimaliste étatique est d'ailleurs en porte-à-faux avec d'autres principes juridiques qu'il accepte. Notamment, le déni de l'existence d'une souveraineté autochtone antérieure à la conclusion des traités et à l'établissement de la souveraineté des Etats sur les territoires autochtones se heurte aux principes du droit naturel, dont l'influence demeure à l'époque de conclusion desdits traités. De même, rien dans ces instruments ne permet de conclure à la perte par les autochtones du statut de peuple ou de nation. L'affirmation d'un transfert de souveraineté au profit des Etats au moyen des traités est inexistante – pour des raisons évidentes – dans les versions des traités présentées aux autochtones et contractées par eux. Cela pose un problème en matière de bonne foi supposée<sup>170</sup>. Enfin, l'objection soulevée par les Etats fondée sur le principe du droit romain selon lequel nul ne peut aller à l'encontre de ses propres actes, afin de confirmer la cession de souveraineté à leur profit, se heurte au principe de bonne foi dans la conclusion des traités. En effet, dans de nombreux cas, les peuples autochtones parties aux traités ont eu une compréhension erronée des termes et conséquences des engagements qu'ils contractaient<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Il semble que l'« incompréhension » entre les parties aux traités puisse répondre en principe aux critères du dol conduit par les Etats envers les représentants des tribus contractantes. En effet, l'absence de mesures, pour le moins, en vue de fournir aux parties autochtones pleine connaissance et compréhension de la cession de souveraineté prévue par les traités et de ses conséquences apparaît comme la dissimulation intentionnelle par l'une des parties contractantes d'une disposition essentielle du traité qui soit à la base de l'engagement de l'autre partie. Cependant, le dol, vice de consentement non automatique, ne s'applique pas en général aux traités autochtones car il faudrait encore que les parties autochtones s'en prévalent afin d'invoquer un vice de consentement. En général, bien que conscients de ces conduites dolosives de la part des Etats, les autochtones ont constamment réitéré leur attachement au respect des engagements contractuels des deux parties.

<sup>171</sup> V. à cet égard la controverse entre les Māoris et l'Etat de Nouvelle-Zélande autour de l'interprétation du Traité de Waitangi, et notamment autour de la question de la cession de souveraineté. Dans ce cas, le malentendu linguistique a été facilité par des divergences culturelles et conceptuelles tout autant qu'il a servi les intérêts de la Couronne lors de l'entreprise de colonisation.

## §2 – Comportements conventionnels et institutionnels internationaux

De manière encore émergente, la cause autochtone a commencé à devenir plus visible au plan international vers la fin de la période initiale considérée. Si les comportements internes ont en effet amorcé un changement profond, certes lent, de l'approche des Etats vis-à-vis des droits autochtones – avec des tendances internes non uniformes mais montrant clairement des développements de principes précurseurs en matière d'autodétermination interne –, ce sont les comportements internationaux des sujets de droit international qui, après la Seconde Guerre mondiale, constituent les vecteurs d'une émergence d'une prise de conscience de la société internationale des griefs autochtones, de la structuration de la pratique, ainsi que de l'émergence d'une *opinio juris* encore timide. Dès les années 1920, les tentatives de visite, soldées certes par autant d'échecs, de représentants autochtones à la Société des Nations apparaît comme la répétition du rôle de tribune que jouera un demi-siècle plus tard les Nations Unies pour les autochtones. C'est le cas notamment de la visite du Chef cayuga Deskaheh venu en 1923 à Genève à la tête d'une délégation de six autochtones, ou encore de la visite du chef māori W. T. Ratana à Londres et à Genève en 1925. Symptôme d'une société internationale essentiellement interétatique et encore peu réceptive à cette internationalisation de la cause autochtone, ces délégations autochtones n'avaient pas pu prendre la parole. L'intervention de Deskaheh avait été retirée de l'agenda sur demande du Royaume-Uni qui considérait que les revendications de sa délégation relevaient de ses affaires internes. Il ne s'agissait pas moins d'un premier pas vers plus de visibilité internationale de la cause autochtone, en témoigne encore à la même époque la tenue du premier Congrès sami en 1917<sup>172</sup>.

Deux angles d'analyse complémentaires permettent de rendre compte des développements. Il s'agit premièrement de l'élaboration et de l'adoption de la Convention n° 107 de l'Organisation internationale du Travail qui constitue un développement précurseur à l'émergence des préoccupations autochtones au sein de l'O.N.U. (A). Deuxièmement, l'évolution de la notion d'autodétermination, et notamment son affirmation en tant que droit non nécessairement réduit au contexte de la décolonisation, pose les fondements d'une lente maturation de la norme à l'étude (B).

---

<sup>172</sup> Tenu à Trondheim (Norvège) le 6 février 1917, ce Congrès sami est la première réunion transfrontalière des Samis norvégiens et suédois en vue de traiter des problèmes communs. La journée annuelle du peuple sami a lieu le 6 février, en référence à cet événement.

### A – La Convention n° 107 de l’O.I.T.

L’une des contributions majeures à l’internationalisation de la cause autochtone, à la structuration de la pratique et à l’émergence d’une *opinio juris* est l’adoption de la Convention n° 107 de l’Organisation internationale du Travail relative aux populations autochtones et tribales de 1957<sup>173</sup>. Il s’agit en effet du premier instrument conventionnel international consacré spécifiquement et uniquement aux droits autochtones. Il est généralement accepté que les traités internationaux peuvent participer du processus coutumier. La C.I.J. l’a admis en 1985 dans l’arrêt en l’affaire du *Plateau continental* (Libye c. Malte) : « les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant. »<sup>174</sup> Un examen détaillé à la fois des dispositions de la Convention et des travaux préparatoires constituant le contexte de son adoption et propre à l’interprétation des intentions des parties est indispensable à ce stade de l’étude du processus coutumier.

Amorçant le moment pivot dans la chronologie du processus coutumier, la Convention se trouve à bien des égards entre la codification et le développement du droit. Adoptée conjointement avec la Recommandation n° 104, elle apporte une contribution essentielle à la cristallisation de normes coutumières par expression d’une *opinio juris*. Du reste, il est communément reconnu par la doctrine générale que les traités internationaux peuvent participer du processus coutumier en s’interprétant comme des éléments de pratique ou d’*opinio juris*.

---

<sup>173</sup> Convention n° 107 concernant la protection et l’intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, O.I.T., Genève, 40<sup>e</sup> session, adoptée le 26 juin 1957 et entrée en vigueur le 2 juin 1959, *R.T.N.U.*, tome 328, 1959, p. 247 (partie I, traité multilatéral n° 4738). La Convention n° 107 a été ratifiée au total par 27 Etats : Angola, Argentine, Bangladesh, Belgique, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Cuba, Egypte, El-Salvador, Equateur, Ghana, Guinée-Bissau, Haïti, Inde, Irak, Malawi, Mexique, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Portugal, République dominicaine, Syrie et Tunisie. Dix de ces Etats (Argentine, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Equateur, Mexique, Paraguay, Pérou, Portugal) l’ont dénoncée à la suite de leur adhésion à la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 qui en constitue une révision partielle (à l’exception du Portugal). Depuis l’entrée en vigueur de la Convention n° 169, le 5 septembre 1991, la Convention n° 107 est fermée à ratification mais elle reste en vigueur pour les 17 autres Etats ne l’ayant pas dénoncée. Parmi eux, certains ont une population autochtone significative et peuvent être considérés comme des Etats particulièrement intéressés dans le processus coutumier à l’étude ici.

<sup>174</sup> C.I.J., *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt, 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil 1985*, §27 pp. 29-30.



L'O.I.T. est l'une des premières organisations internationales à porter à son attention les questions autochtones. Bien que son angle de préoccupation soit restreint aux questions de droits du travail, l'O.I.T. a joué un rôle pionnier dans l'internationalisation des préoccupations autochtones et dans l'élaboration de critères et la consolidation d'approches consensuelles en matière de développement des droits autochtones. Dès 1921, deux ans après sa création, l'O.I.T. entreprend des études sur les travailleurs autochtones et établit en 1926 un Comité d'experts sur le travail autochtone qui inspirera l'adoption de plusieurs conventions régissant des questions de droit du travail et droits sociaux chez les travailleurs autochtones<sup>175</sup>. De manière contemporaine à la mise en place d'un programme andin par les Nations Unies en 1953, deux études conduites par l'organisation en 1953 et 1956 sur les conditions de travail des autochtones dans le monde recommandent l'adoption d'une convention afin de poser les bases d'un droit affirmé et systématisé. La Convention fait généralement l'objet d'un jugement mitigé<sup>176</sup>, mais l'approche paternaliste et intégrationniste<sup>177</sup> qu'on lui reproche souvent ne saurait éclipser des avancées certaines d'une signification majeure concernant le processus coutumier.

L'examen des dispositions de la Convention révèle d'abord la reconnaissance de droits collectifs, en contraste avec la position de nombreux Etats à l'époque. Notamment, l'article 11 reconnaît la propriété foncière collective des autochtones. Lorsque l'on garde à l'esprit l'opposition farouche de certains Etats, à l'époque et encore aujourd'hui, à la reconnaissance de tout droit collectif, ce détail est loin d'être anodin et consacre pour la première fois dans un instrument conventionnel international classique la dimension collective d'un droit touchant au cœur des intérêts autochtones, le foncier. Il est possible de voir dans cette disposition le cadre juridique préalable à une certaine reconnaissance du titre autochtone sous *Common law*, la formulation demeurant suffisamment générale pour entrer dans la pratique des Etats ne relevant pas de la *Common law*. L'article 13.1 limite les effets du régime du titre autochtone

---

<sup>175</sup> Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire du 28 juin 1930, Convention n° 50 sur le recrutement de travailleurs autochtones du 20 juin 1936 et Convention n° 104 concernant l'abolition des sanctions pénales pour interruption de contrats de travail par les travailleurs autochtones du 21 juin 1955.

<sup>176</sup> Surtout chez les peuples autochtones eux-mêmes : Asbjørn EIDE, « The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », Claire CHARTERS, Rodolfo STAVENHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work – The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, doc. n° 127, Copenhague, I.W.G.I.A., 2009, p. 37.

<sup>177</sup> V. notamment les articles 23.2 et 24 dans le domaine de l'éducation. Le rejet des « mesures tendant à l'assimilation artificielle » des autochtones (art. 2.2(c)) met au jour la conception qui sous-tend l'approche des Etats lors des travaux préparatoires et de l'adoption de la Convention selon laquelle les peuples autochtones sont en déclin irréversible, voués à disparaître et ne peuvent trouver leur salut que dans l'intégration « naturelle » au sein des sociétés dans lesquelles ils vivent. Les limites entre intégration et assimilation sont ainsi brouillées et l'équilibre recherché entre protection et autonomie rompu.

préjudiciables aux intérêts autochtones, notamment celui de l'acte souverain en matière d'extinction du titre. La Convention ne mentionne pas de droit à l'autodétermination pour les autochtones. Outre le fait que le contraire serait un peu précocé dans les développements internationaux, il faut également noter que la compétence de l'O.I.T. se limite aux questions liées au droit du travail. Cependant, nombre de dispositions de la Convention vont dans le sens de certaines composantes d'un tel droit, comme analysé ici. Préférant l'emploi du terme « population » au lieu de celui de « peuple », ce qui suggère un degré de cohérence et d'auto-identification moindre pour les communautés autochtones, la Convention, à l'article 1, définit deux catégories de population auxquelles elle s'applique. Une première catégorie – article 1(a) – inclut les peuples tribaux et semi-tribaux dont le développement économique est moins avancé que celui du reste de la population. Si cette catégorie est entachée d'une conception occidentale linéaire du développement et d'une approche paternaliste à l'égard des autochtones<sup>178</sup>, elle met indirectement en évidence les conséquences économiques négatives de siècles de traitements discriminatoires à l'égard des autochtones. La seconde catégorie – article 1(b) – couvre les peuples tribaux et semi-tribaux concernés comme autochtones en raison de leurs liens ancestraux avec des territoires de l'Etat remontant à la période précoloniale. Cette distinction ne sera pas retenue dans la doctrine, mais elle peut être interprétée comme une distinction purement méthodologique au service d'une disposition technique en vue de donner un plein effet utile à la Convention. En effet, le critère de développement économique définissant la catégorie de population couverte par l'article 1(a) ne saurait caractériser les peuples autochtones *per se* ; il s'agit plutôt, comme mentionné *supra*, de la conséquence d'un traitement historique discriminatoire. C'est à cette conséquence, ou symptôme, que s'adresse l'aspect dit réparateur ou de remède – « *remedial* » en anglais – du droit à l'autodétermination dont la doctrine contemporaine a tenté la conceptualisation pour répondre à la situation spécifique des peuples autochtones. Il s'agit donc ainsi d'une première manifestation de ces développements doctrinaux. Une autre illustration de l'aspect réparateur des droits reconnus par la Convention est fournie par l'article 13, en particulier au §2. Celui-ci protège les autochtones des techniques de spoliation employées par les Etats et les non-autochtones dans le passé, souvent en violation de titres autochtones. L'obligation faite aux Etats parties de consulter les autochtones en matière de protection et d'intégration des autochtones en vertu des dispositions de la Convention – art. 5(a) – ainsi que celle d'encourager leur participation aux institutions électives – art. 5(c) –

---

<sup>178</sup> V. également les dispositions de la Convention aux articles 10.2 et 17.2 stipulant de tenir compte du « niveau de développement culturel » des autochtones dans l'application des dispositions de ces articles.

font écho au droit de participation qu'ils anticipent. De même, l'obligation de tenir compte des traditions et du droit coutumier des communautés autochtones lors de la prise de mesures par les Etats – art. 7.1 et 7.2, art. 8, art. 18.2 – se rapproche, de manière certes encore imparfaite, d'un droit à l'autonomie, également propre à préserver l'intégrité culturelle des communautés autochtones.

Cependant, une analyse plus approfondie des dispositions allant dans le sens d'une certaine autonomie pour les autochtones révèle une approche ambiguë de la Convention derrière laquelle on devine l'intention essentiellement transitionnelle du texte. Le paternalisme des dispositions donne à l'intégration un sens volontiers assimilationniste. En effet, l'article 2.1 prévoit que les gouvernements doivent mettre en œuvre des programmes « en vue de la protection des populations intéressées et de leur intégration progressive dans la vie de leurs pays respectifs ». La suite de l'article précise le sens de cette disposition générale en ces termes : « Ces programmes comprendront des mesures pour [...] (b) promouvoir le développement [...] culturel desdites populations ainsi que l'amélioration de leur niveau de vie ; (c) créer des possibilités d'intégration nationale, à l'exclusion de toute mesure en vue de l'assimilation artificielle de ces populations. 3. Ces programmes auront essentiellement pour objet le développement de la dignité [...] de l'individu ». Si l'égalité doit être atteinte y compris au moyen de mesures spécifiques de discrimination positive, l'ambiguïté entre égalitarisme et assimilation est évidente ici. L'article 23 est frappé de la même ambiguïté : alors que le premier paragraphe prévoit que les enfants autochtones doivent pouvoir bénéficier d'un enseignement dans leur langue maternelle, semblant ainsi promouvoir la protection de l'intégrité culturelle autochtone, les deux paragraphes suivants semblent entrer en conflit : « 2. Le passage progressif de la langue maternelle ou vernaculaire à la langue nationale ou à l'une des langues officielles du pays devra être assuré. 3. Dans la mesure du possible, des dispositions appropriées seront prises pour sauvegarder la langue maternelle ou vernaculaire. » Toute la nuance se situe dans la signification à accorder au terme « passage progressif ». Cela sous-entend-il à terme l'extinction des langues autochtones ou, ce qui revient au même, leur obsolescence ? Le troisième paragraphe semble l'exclure sans que l'on puisse arriver à une conclusion claire. Toujours en matière d'autonomie, l'inclusion de l'article 2.4 dans la Convention a été contestée par certains Etats durant les travaux préparatoires. Ceux-ci étaient hostiles à une exclusion du recours à la force en vue de promouvoir l'intégration des autochtones, y voyant là une dangereuse limitation posée à leur souveraineté et en particulier à leur faculté d'empêcher les mouvements centrifuges sur leur

territoire. Son inclusion finale confirme le champ d'action large de l'autonomie autochtone au sein de l'Etat constitué et doit donc être interprétée comme une avancée.

Premier instrument conventionnel obligatoire conclu entre Etats, la Convention n° 107 contribue à une responsabilisation accrue des Etats parties dans la mesure où l'application de ses dispositions est sujette à une procédure de contrôle par un mécanisme institutionnel interne à l'O.I.T. en vertu des dispositions de la Constitution de l'O.I.T. L'article 22 de la Constitution prévoit que les Etats membres doivent soumettre annuellement des rapports sur l'état d'application des Conventions auxquelles ils sont parties. Ces rapports sont examinés par un comité d'experts sur l'application des conventions et des recommandations. En cas de constatation d'un manquement à l'application d'une Convention, le comité adresse aux Etats concernés des demandes directes ou des observations. Une autre partie du processus de supervision illustre la démocratisation de l'institution en permettant la participation potentielle des groupes autochtones. En effet, la procédure prévoit que des « représentations » peuvent être soumises par des syndicats ou organisations de travailleurs ou d'entrepreneurs pour non-application de la Convention. Ces représentations sont examinées par le Comité tripartite, comité spécial du Conseil d'administration, qui peut conclure la procédure par une publication de ses commentaires ou référer la question à la procédure des plaintes, également prévue pour les plaintes entre Etats parties. Avec la Convention n° 107, les groupes autochtones eux-mêmes ont pour la première fois un recours en droit international pour faire valoir leurs droits, en l'occurrence en matière de droit du travail. Ce système de supervision sophistiqué faisant une place à la participation des autochtones eux-mêmes renforce la pratique et le consensus autour des normes adoptées, et élève la capacité d'action des autochtones dans la sphère internationale.

Une limite à la portée générale de la contribution de la convention au processus coutumier est le faible nombre de ratifications. Cependant, la plupart de ces ratifications proviennent d'Etats particulièrement intéressés, compte tenu de leur population autochtone significative, ce qui renforce la cohérence de la pratique et la fermeté du consensus dégagé. L'analyse des déclarations des Etats durant les travaux préparatoires suggère que le consensus aurait pu être potentiellement plus large dans la mesure où certains Etats, à l'image des Etats-Unis et du Canada<sup>179</sup>, tout en reprochant au texte d'être trop spécifique pour des situations des

---

<sup>179</sup> V. 'The Proceedings of the 39th Session of the Conference relating to Indigenous Populations in Independent Countries', Rapport VI(1), p. 9, et 'Replies from Governments, Rapport VI(2), p. 7, Bureau international du

plus diverses, ont exprimé leur préférence pour l'adoption d'un texte non-obligatoire. Portant sur les modalités et certains droits jugés trop spécifiques, la divergence de nombreux Etats ne peut être attribuée au fond ni aux principes généraux énoncés par la Convention. Cela est confirmé par l'expression d'une majorité écrasante d'Etats membres<sup>180</sup> au cours de la session plénière ayant estimé que l'adoption d'une Convention sur le sujet était nécessaire.

La contribution de la Convention n° 107 au processus coutumier doit être aussi appréhendée à la lumière du contexte général de son adoption, c'est-à-dire celui de la scène internationale de l'époque. L'appréciation de ce type de document est très délicate en raison de son contexte particulier, et son appréhension hors contexte peut rapidement mener à des incompréhensions ou contresens. L'époque d'adoption de la Convention n° 107 est celle de la transition entre une conception westphalienne du droit international et un dépassement de cette conception qui s'est affirmée sans cesse depuis lors. Au moment de l'adoption de la Convention en 1957, le processus de décolonisation est loin d'être achevé et la Déclaration universelle des droits de l'homme a moins de neuf ans. Il s'agit d'une période de reconstruction, de développement et d'expansion économique. C'est dans ce contexte qu'il convient de replacer les dispositions qu'on dénonce aujourd'hui comme assimilatrices<sup>181</sup>. A l'époque, la conception occidentale et linéaire d'un développement planifié par l'Etat et ses agents est appliquée aux populations étatiques dans leur ensemble plutôt qu'à un segment en particulier, et les autochtones ne font que pâtir en quelque sorte d'un dommage collatéral dont l'origine repose dans la conception générale du développement. Dans ce contexte, la Convention constitue une simple étape du processus coutumier et doit être appréciée, non pour ses défauts par rapport au contexte et à l'état du droit actuels, plus de cinquante ans après son adoption, mais plutôt pour les progrès qu'elle consacre par rapport aux développements antérieurs. Lorsqu'on aborde l'examen de la Convention sous cet angle, le doute n'est plus possible quant à la réalité et à l'importance de sa contribution au processus coutumier à l'examen ici. Lorsqu'on appréhende la direction générale du mouvement et non l'état de fait à un moment donné, l'ambiguïté apparente entre autonomie et assimilation se résout par la constatation du développement de la première au détriment de la seconde. Il reste également

---

travail. Protection des Indigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, Conférence internationale du travail, 40<sup>e</sup> session, 1957.

<sup>180</sup> 125 votes contre 1 et 32 abstentions.

<sup>181</sup> Et à raison. Nombre de critiques se sont progressivement élevées, dénonçant son approche assimilationniste inadaptée et appelant à sa révision. Voir à cet égard les critiques du rapporteur spécial José R. Martínez COBO dans sa fameuse *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, 5 tomes, document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4 (v. note 210 *infra*).

que la Convention consacre de nombreux droits spécifiques par rapport aux Conventions précédentes qui se limitaient généralement à des dispositions générales en matière de protection au travail.

Autre élément à prendre en compte, la pratique ultérieure dans le cadre de la Convention n° 107 a eu tendance à corriger les défauts qui lui sont communément reprochés. Le mécanisme de suivi a eu tendance à dépasser, adapter les dispositions de la Convention dans un sens non-assimilationniste et de manière à sauvegarder l'autonomie, l'intégrité et la protection des autochtones, parfois à l'encontre de la lettre des dispositions. Notamment, à l'occasion des procédures de demande directe, le Comité d'experts a épinglé les politiques assimilationnistes de plusieurs Etats. Comme le confirme J. Anaya, l'application contemporaine de la Convention tient compte de l'état actuel du droit international des droits de l'homme, et dans l'esprit de la Convention n° 169<sup>182</sup>. Il est à cet égard admis que l'application constante de dispositions conventionnelles excédant leur contenu strict peut donner lieu à l'émergence d'une pratique coutumière. Les comportements en cause ne sont alors pas purement réductibles à l'application des dispositions conventionnelles. C'est en général le rôle que jouent la Convention n° 107 et les autres traités internationaux pertinents en matière de droits de l'homme, par exemple les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966.

Un dernier aspect essentiel de l'adoption de la Convention n° 107 est l'émergence d'une *opinio juris*, certes encore hésitante et circonscrite. Comme le suggèrent certains courants de la doctrine, les traités internationaux peuvent dans certains cas refléter la formation de l'*opinio juris* en droit coutumier<sup>183</sup>. Instruments juridiques, les traités reflètent la position des Etats et sont conclus selon un processus de négociation conduisant à un accord sur le texte final. Le processus interne de ratification suppose également en général des consultations internes et parlementaires. De plus, la doctrine considère parfois qu'un poids accru doit être donné aux traités multilatéraux – par rapport aux traités bilatéraux – ainsi qu'à ceux en matière de droits de l'homme ou portant sur des principes éthiques fondamentaux. Ces deux types de traités, tous deux correspondant à la Convention n° 107, sont présumés, par

---

<sup>182</sup> S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 1<sup>e</sup> édition, New-York, Oxford University Press, 1996, p. 156.

<sup>183</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 191-207.

leur portée et leur objet, refléter un certain consensus parmi les Etats parties que l'application des normes conventionnelles est désirable à tous les Etats, même non parties.

B – Evolution de la notion d'autodétermination : développements internationaux

A ce stade de l'analyse, un examen de l'évolution du principe d'autodétermination puis du droit des peuples à l'autodétermination est nécessaire. La comparaison des développements relatifs d'une part à ce principe/droit et d'autre part au traitement de la question autochtone entre la fin de la Première Guerre mondiale et la fin de la période initiale considérée, au milieu de années 1970, est éclairante et met en évidence une évolution convergente de ces deux domaines jusqu'à leur point de rencontre au moment de l'internationalisation de la question autochtone au sein du forum des Nations Unies. La Convention n° 107 participe de l'émergence d'un cadre conventionnel international relatif aux droits de l'homme à la fin de la période initiale considérée. Commencant à émerger véritablement au sortir de la Seconde Guerre mondiale, ce cadre juridique conventionnel porte les germes d'un droit à l'autodétermination interne dont les peuples autochtones seraient aujourd'hui titulaires. Il s'agit de la Charte des Nations Unies et des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966<sup>184</sup>. Un examen des dispositions pertinentes notamment à la lumière des travaux préparatoires<sup>185</sup> et d'autres instruments et prises de position révèle une impulsion nouvelle du processus coutumier et l'accompagnement du processus d'apparition d'une *opinio juris*. La compréhension initiale du principe d'autodétermination des peuples a subi une évolution inattendue<sup>186</sup> vers une

---

<sup>184</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et *Protocole facultatif se rapportant au Pacte*, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies à New-York le 19 décembre 1966, entrés en vigueur et enregistrés d'office le 23 mars 1976 (*R.T.N.U.*, tome 999, 1976, p. 171 (traité n° 14668)). Actuellement, le Pacte compte 168 Etats parties. Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* a été adopté par la résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 décembre 1966. Entré en vigueur le 3 janvier 1976, ce Pacte compte actuellement 162 Etats parties (*R.T.N.U.*, tome 993, 1976, p. 3 (traité n° 14531)). L'article 1 commun aux deux pactes prévoit le droit de tous les peuples à l'autodétermination.

<sup>185</sup> Marc J. BOSSUYT, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 857 p.

<sup>186</sup> Rosalyn HIGGINS, « Comments » in Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER et Marjoleine ZIECK (dir.), *Peoples and Minorities in International Law*, Kluwer Law, 1993, p. 30: "it is one of the great myths that the UN Charter provided for and required self-determination in the form in which it evolved." Elle ajoute que le concept a évolué dans des directions "quite unintended" par la Charte. V. aussi Alain PELLET, « Le droit international à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle (la société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles), cours fondamental, *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international* (Castellón), tome I, 1997, Pampelune, Aranzadi, 1998, p. 57 : « Au départ, la Charte [des Nations Unies] n'est sûrement pas anti-coloniale [...] Il

émergence du droit des peuples à l'autodétermination. L'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la pratique qui en sera faite notamment par application jurisprudentielle représentent un autre tournant dans l'évolution du principe d'autodétermination des peuples, devenu alors un droit. Ce tournant offre le premier lien entre peuples autochtones et autodétermination.

Si l'on se réfère aux origines de l'apparition du terme autodétermination, il est nécessaire de revenir aux déclarations du Président américain Thomas Woodrow Wilson de la fin de la Première Guerre mondiale qui en font mention en tant que principe directeur pour la reconstruction de l'Europe après la guerre. Si son fameux discours en quatorze points prononcé le 8 janvier 1918 devant le Congrès américain ne fait nulle part mention du terme d'autodétermination, Wilson précise leur portée un mois plus tard : « *peoples may now be dominated and governed only by their own consent. 'Self-determination' is not a mere phrase. It is an imperative principle of action, which statesmen will henceforth ignore at their peril.* » Si, comme le souligne Hurst Hannum, la conception de Wilson était à l'époque relative<sup>187</sup>, se référant à un principe politique plutôt qu'à un droit, celle-ci envisage déjà une expression interne de l'autodétermination, qui aura tendance à passer au second plan avec l'amorce du processus de décolonisation. Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, l'autodétermination revêt la forme d'un principe et non d'un droit. A cet égard, la Décision du Conseil de la Société des Nations en l'affaire des Îles Åland semble fixer, dès 1921, le cadre en la matière. Dans sa déclaration de protestation relative à la Décision, la Suède, partie pourtant déboutée, qualifie l'autodétermination de principe et reconnaît que celui-ci ne fait pas partie du droit international<sup>188</sup>. Cependant, le Conseil semble envisager dans sa décision une portée large du principe : l'attribution de la souveraineté sur les Îles Åland à la Finlande est assortie de conditions prévoyant une autonomie substantielle et un régime de désarmement de l'archipel.

---

ressort d'ailleurs de l'économie de la Charte et des travaux préparatoires des articles 1 paragraphe 2, et 55 que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne tendait nullement à favoriser la décolonisation. » Concernant ces travaux préparatoires, v. Jean-Pierre COT, Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, 1991, pp. 39-55.

<sup>187</sup> Hurst HANNUM, "Rethinking self-determination", *Va. J. Int. L.*, tome 34, n° 1, 1993, p. 3 ; Henry J. STEINER, Philip ALSTON, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 972.

<sup>188</sup> *Décision du Conseil de la Société des Nations concernant les Îles Åland* adoptée lors de la quatorzième réunion du Conseil le 24 juin 1921, procès-verbal de la séance et protestation de la Suède, Journal Officiel de la Société des Nations, septembre 1921, 697. Voir la protestation de la Suède en version anglaise originale : "the principle of self-determination, which, although not recognized as a part of international law". La position suédoise n'est cependant pas dénuée d'ambiguïté, car le représentant de la Suède ajoute plus loin: "[The Swedish Government] had hoped that the Aalanders would not be refused the rights, which have been recognized in respect of their Slesvig brothers, who belong, as do the Aalanders, to the Scandinavian race", bien qu'il demeure peu clair à quels droits il est précisément fait référence.



Ces conditions préfigurent un mode d'exercice du principe d'autodétermination sous sa forme interne au profit de la population de l'archipel, de majorité ethnique suédoise, qui se voit ainsi accorder une autonomie politique substantielle.

La période de l'Entre-deux-Guerres voit se développer également le régime de protection des minorités nationales qui, s'il est distinct du principe d'autodétermination, est comme lui d'essence politique et d'approche collective. Avant la Seconde Guerre mondiale, l'approche des droits des minorités se limite à la protection de groupes minoritaires contre la population majoritaire d'un Etat. Le changement de donne au sortir de la Seconde Guerre mondiale conduit à un changement radical d'approche en raison de l'émergence de la notion de droits individuels. Ainsi, le régime de protection des minorités mis en place en 1919-1920 est durablement affaibli et son approche sera progressivement changée et intégrée au régime des droits de l'homme. A partir de 1945, l'autodétermination prend progressivement une direction imprévue, passant de la forme de principe politique vers celle d'un droit<sup>189</sup>, sous l'influence du processus de décolonisation commençant. A cet égard, il est intéressant de noter que le droit à l'autodétermination des peuples, intégré dans la Charte des Nations Unies sous l'insistance de l'U.R.S.S., brille par son absence dans le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Le contexte politique tendu de la Guerre froide et le rôle de l'U.R.S.S. dans l'inclusion du droit à l'autodétermination dans le document fondateur de l'O.N.U. suggèrent que l'intention initiale des Etats diffère du cours qu'a suivi par la suite le développement de ce droit. Cependant, rien n'indique que les Etats aient eu l'intention initiale de circonscrire le droit à l'autodétermination au contexte de décolonisation<sup>190</sup>, ou du moins que les précautions prises aient été suffisantes afin d'en prévenir une évolution dans une direction imprévue. La Charte des Nations donne une formulation large de ce qu'elle qualifie sans ambiguïté de droit<sup>191</sup> : l'article 1.2 énonce que

---

<sup>189</sup> Alexandra XANTHAKI, *Indigenous rights and United Nations Standards – Self-Determination, Culture and Land*, New-York, Cambridge University Press, 2007, pp 155-157. Un objectif initial à l'établissement de l'autodétermination comme principe du droit international est de favoriser la paix et la stabilité des relations internationales. Cet objectif sert de critère directeur aux évolutions de l'autodétermination comme droit.

<sup>190</sup> Le potentiel subversif du principe d'autodétermination amorçant en 1945 sa mue vers le statut de droit apparaît encore plus radical aux Etats occidentaux et puissances coloniales qui n'avaient pas même anticipé l'invocation de ce droit comme outil de la décolonisation à venir. Voir sur ce point Alain PELLET, « Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? » in *Le droit international dans un monde en mutation*, Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1995, p. 256.

<sup>191</sup> Bien que la formulation de la Charte qualifie l'autodétermination des peuples de droit, l'ambiguïté demeure cependant dans la doctrine quant à l'interprétation de ces dispositions; voir notamment John P. HUMPHREY, "Political and Related Rights" in Theodor MERON (dir.), *Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 195 : « *It is as a political principle that the self-determination*

« Les buts des Nations Unies sont les suivants : [...] développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ». L'article 55.c prévoit qu' « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront [...] Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. » Il est intéressant de noter que selon cette dernière disposition, les droits de l'homme sont envisagés comme un moyen parmi d'autres d'assurer le respect du droit à l'autodétermination. Dans la mesure où le droit à l'autodétermination est en général perçu par la doctrine comme faisant partie des droits fondamentaux de l'homme<sup>192</sup>, cette formulation en apparence étrange de l'article 55 peut s'expliquer par le contraste entre l'essence collective du droit à l'autodétermination des peuples et l'affirmation de droits de l'homme essentiellement individuels au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 vient préciser ce cadre posé par la Charte des Nations Unies. L'article 1, commun aux deux pactes, affirme le

---

*of peoples is mentioned in articles 1 and 55 of the U.N. Charter. But self-determination is now being claimed as a legal right and is indeed set forth as such in article 1 of both the Political Covenant and Economic Covenant.*”

<sup>192</sup> *Ibid.* V. également les implications de la déclaration/réserve de la République démocratique allemande lors de sa ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « la République démocratique allemande participe [...] à la promotion des droits de l'homme et à la lutte commune contre la violation de ces droits par des politiques agressives, le colonialisme et l'*apartheid*, le racisme et tous autres types d'atteintes au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » in *R.T.N.U.*, tome 999, 1976, p. 295. Le caractère collectif du droit à l'autodétermination en fait un droit de l'homme un peu particulier. La doctrine générale actuelle inclut également le droit à l'autodétermination des peuples parmi les normes du droit international coutumier, et certaines opinions, certes minoritaires, vont jusqu'à inclure ce droit parmi les normes impératives du droit international. V. à cet égard Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 3<sup>e</sup> édition, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 515. Dans ses travaux, la Commission du droit international a également envisagé d'inclure le principe d'autodétermination parmi des exemples de normes impératives du droit international, bien qu'elle se soit ravisée par la suite : voir *Annuaire de la Commission du droit international*, année 1966, tome II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, New-York, Nations Unies, 1967, p. 270 (§3 du commentaire) : « comme autres exemples possibles [de traités en conflit avec une norme impérative du droit international général], il a été question des traités qui violent [...] le principe de l'autodétermination. » Exposées plus loin dans le même paragraphe, les raisons pour lesquelles la C.D.I. a finalement refusé d'insérer une liste d'exemples de normes du *jus cogens* dans son projet d'articles ne contestent pas la pertinence du principe d'autodétermination – distinct ici du droit du même nom – *per se* comme norme impérative. Elles portent sur des considérations pratiques relatives à ses travaux en matière de droit des traités. Les développements ultérieurs à la période initiale considérée dans le présent titre semblent se poursuivre dans cette voie : dans son arrêt du 30 juin 1995 en l'affaire relative au *Timor oriental* (Portugal c. Australie), la C.I.J. conclut qu' « il n'y a rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il est développé à partie de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*. » (§29 p. 102). Citant sa propre jurisprudence antérieure – *Namibie*, *C.I.J. Recueil 1971*, §§52-53 pp. 31-32 ; *Sahara occidental*, *C.I.J. Recueil 1975*, §§54-59 pp. 31-33 – la Cour ajoute qu' « il s'agit là d'un des principes essentiels du droit international contemporain. » (*Ibid.*).

droit à l'autodétermination de tous les peuples. L'article 1.1 donne une définition large de ce droit : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » A cette définition devenue classique, l'article 1.2 adjoint une disposition qui, sans viser spécifiquement les peuples autochtones, apporte une précision éclairante lorsque mise en regard avec le titre autochtone déjà développé par certaines doctrines internes : « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leur ressources naturelles. [...] En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. » Dans la mesure où la détention de richesses naturelles propres n'est pas généralement considérée comme une caractéristique propre aux minorités mais constitue l'un des traits spécifiques des peuples autochtones, cette disposition apparaît d'une pertinence accrue dans le contexte des peuples autochtones et peut être interprétée comme couvrant potentiellement ceux-ci également, en dépit de l'absence de toute référence expresse aux peuples autochtones dans cet article et en dépit du flou entourant la définition du terme « peuple ». L'article 1.3 présente un intérêt concernant la portée du droit à l'autodétermination des peuples tel que prévu dans le Pacte. L'article prévoit que « Les Etats parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. » L'expression « y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle » suggère que l'obligation de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes s'étend également aux contextes non-coloniaux. Cette possibilité laissée au développement du droit à l'autodétermination est confirmée par ailleurs : dans plusieurs instruments internationaux<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Voir notamment la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970 portant adoption de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* : après avoir affirmé le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'article 1 de la Déclaration, s'attachant à en déterminer la portée, précise : « Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur. » Cette association des deux principes se retrouve dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007 (articles 3 et 46.1). Dans ces deux cas, ainsi que dans la plupart des autres cas, l'inclusion du principe d'intégrité territoriale des Etats a été la condition *sine qua non* de l'acceptation des textes concernés par les Etats. L'article 1.2 de la Charte des Nations Unies pose l'égalité souveraine des Etats comme corollaire au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, allant ainsi dans le même sens. Il découle de cela que l'exercice du droit à l'autodétermination possède logiquement et obligatoirement d'autres formes que l'accession à l'indépendance souveraine, et on peut voir dans ce couplage quasi-systématique une ouverture à l'articulation

ainsi que dans presque chaque cas où le droit à l'autodétermination est invoqué dans l'enceinte des Nations Unies, c'est en conjonction avec un principe bien établi des relations internationales, celui de l'intégrité territoriale des Etats.

Seul instrument conventionnel de portée quasi universelle<sup>194</sup> touchant aux droits autochtones, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'aborde cependant la question que de manière indirecte, à l'article 27. Celui-ci prévoit que « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » En dehors des Conventions n° 107 et n° 169 de l'O.I.T., l'article 27 du Pacte représente aujourd'hui le seul fondement juridique obligatoire de portée quasi-universelle mettant à portée des peuples autochtones un recours international en vue d'assurer la protection de leurs droits<sup>195</sup>. Ce cadre juridique est cependant insuffisant et la pratique l'a révélé inadapté à la protection des droits autochtones. Premièrement, la formulation de la disposition, confirmée par la pratique, indique sans ambiguïté que les titulaires desdits droits sont non les groupes minoritaires mais les individus qui s'y

---

d'un droit à l'autodétermination interne. Dans les paragraphes précédents, la Déclaration envisage d'ailleurs des formes alternatives d'expression du droit en question. La fin de cette citation a parfois été commentée comme prévoyant implicitement un droit à la sécession comme remède. Bien que ce propos controversé n'entre pas dans le cadre de la présente étude, il semble que ces conditions apparentes traduisent les modalités de l'exercice d'un droit à l'autodétermination interne, entendu comme un droit élargi à la démocratie (notamment sous les formes d'expression suivantes : autonomie, participation, gouvernement légitime et reflétant les souhaits de toute la population). Ces directions offertes au développement du droit à l'autodétermination sont essentielles car le préambule de la Déclaration exprime justement une aspiration au développement et à la codification du droit à l'autodétermination des peuples. Autre document pertinent, bien que lui aussi non obligatoire, la Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1960, dans son principe VI, cite trois manières d'exercer le droit à l'autodétermination dont une seulement consiste en l'accession à l'indépendance souveraine (v. aussi en ce sens la résolution 648 (VII) du 10 décembre 1952, annexe, liste de facteurs). Cette pluralité de formes d'exercice du droit des peuples à l'autodétermination est confirmée à plusieurs reprises par la C.I.J., notamment dans son avis consultatif du 16 octobre 1975 dans l'affaire du *Sahara occidental*, §54-59 pp. 31-33. Récemment, l'accession de l'archipel de Mayotte au plein statut de département français le 31 mars 2011, suite au référendum organisé en 2009 et ayant recueilli 95% de votes favorables, fournit l'exemple de l'exercice du droit à l'autodétermination sous sa forme interne dans une situation coloniale. Il est vrai que les modalités de l'exercice de ce droit en l'espèce demeurent contestées y compris par les Nations Unies. De manière paradoxale, la nouvelle situation entraîne pour Mayotte l'obligation d'abandonner certaines coutumes locales pour se conformer pleinement au Code civil français.

<sup>194</sup> Comptant actuellement 168 Etats parties.

<sup>195</sup> L'autorité des mécanismes institutionnels spécifiquement consacrés aux droits des peuples autochtones et apparus plus récemment est néanmoins en cours d'affirmation (v. pp. 511-539 *infra*). La consolidation de tels mécanismes spécialisés en vue d'assurer la pleine application de la *D.N.U.D.P.A.* constitue un enjeu de réflexion pour les 69<sup>e</sup> et 70<sup>e</sup> sessions de l'Assemblée générale à venir, et devant faire l'objet d'un plan d'action (v. *Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones*, 22 septembre 2014, A/RES/69/2, §§28, 31, 33, 40).

identifient<sup>196</sup>. Ce trait s'inscrit en contradiction avec le principe d'une auto-identification essentiellement collective des peuples autochtones. Deuxièmement, si la formulation large des groupes couverts par l'article 27 a pour objectif compréhensible de permettre d'englober toute la diversité des cas et des situations spécifiques des minorités<sup>197</sup>, ce cadre lâche demeure trop vague pour assurer une protection efficace du cas particulier des peuples autochtones.

Relevant ces lacunes dans son étude sur le sujet, le Rapporteur spécial Francesco Capotorti propose une définition de travail du concept de minorité qui sera souvent retenu par la jurisprudence : « Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non-dominante, dont les membres, ressortissants de l'Etat, possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent du reste de la population et manifestent, même de façon implicite, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leurs religions et leurs langues. »<sup>198</sup>

Cette définition pose certains problèmes par rapport aux autochtones au moins pour deux raisons. D'abord, elle ne tient pas compte du lien particulier des autochtones avec la terre, qui est souvent au cœur des litiges portés par les autochtones devant les juridictions. Ensuite, nulle mention n'est faite de l'antériorité de la présence des autochtones sur le territoire de leur Etat de résidence. Bien que cette caractéristique se soit vu refuser un caractère absolu notamment par la jurisprudence américaine interne,<sup>199</sup> ce trait demeure généralement un attribut de l'identité autochtone dans la plupart des cas. Le fait que les peuples autochtones aient été inclus dans les populations couvertes par l'article 27 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* au sein de la jurisprudence y relative ne permet pas de conclure à une identité de statut et de régime juridique des peuples autochtones et des minorités. Ce régime commun semble en effet s'expliquer plutôt par le caractère général et large de la formulation des dispositions de l'article 27, couvrant plusieurs catégories de titulaires pouvant être distincts sur d'autres plans. Cette formulation résulte au demeurant du

---

<sup>196</sup> Sur ce point, voir l'analyse du Rapporteur spécial de la Sous-Commission des Nations Unies de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Francesco CAPOTORTI (Italie), dans son *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New-York, Nations Unies, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1. Il ressort des travaux préparatoires que cette formulation vague et l'approche individualiste de l'article répond au souci des Etats d'éviter toute tension avec des sections entières de leur population qui serait de nature à menacer leur unité politique et leur intégrité territoriale.

<sup>197</sup> Voir Sébastien RAMU, « Le statut de minorités au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Rev. trim. dr. h.*, n° 51, 2002, p. 590.

<sup>198</sup> Francesco CAPOTORTI, *doc. cit.*, 1979 (v. note 196 *supra*), §568 p. 96.

<sup>199</sup> *Cramer c. Etats-Unis*, arrêt précité, 1923, v. note 68 *supra*.

désir des Etats, au sein des travaux préparatoires, de conserver le contrôle sur le processus. Au contraire, on peut conclure à l'existence de statuts et de régimes juridiques distincts pour ces deux catégories en raison des instruments internationaux distincts qui leur sont respectivement souvent expressément réservés et des traitements ou régimes différents que ces instruments prévoient<sup>200</sup>. Une partie de la doctrine générale confirme cette distinction juridique entre les peuples autochtones et les minorités nationales ainsi que la réservation du droit à l'autodétermination aux seuls premiers<sup>201</sup>, au moins *de lege ferenda*<sup>202</sup>. La pratique jurisprudentielle, notamment du Comité des droits de l'homme, liée à l'application de l'article 27 reste peu concluante sur ce point jusqu'aux années 1970-1980, mais les développements ultérieurs fournissent quelques éléments explicatifs. Notamment, l'*Observation générale n° 23* sur l'article 27 du Pacte, adoptée en 1994 par le Comité des droits de l'homme en charge de surveiller l'application du Pacte<sup>203</sup>, suggère des conclusions éclairantes en vue de préciser

---

<sup>200</sup> V. également à cet égard le *Commentaire du groupe de travail sur les minorités sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, note du Secrétaire général, Groupe de travail sur les minorités, 11<sup>e</sup> session, Commission des droits de l'homme, New-York, Nations Unies, 31 mars 2005, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, §84 pp. 20-21 : de l'aveu du Groupe de travail sur les minorités lui-même, « les droits des personnes appartenant à des minorités se distinguent des droits des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Cette interprétation est appuyée par le fait que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* du 18 décembre 1992 ne fait aucune mention d'un droit des minorités à l'autodétermination alors que la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* du 13 septembre 2007, par contraste, prévoit expressément ce droit dans son article 3.

<sup>201</sup> Voir notamment Rosalyn HIGGINS, « Comments » in Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER, Marjoleine ZIECK (dir.), *op. cit.*, 1993 (v. note 186 *supra*), p. 30: “Minority rights are the rights held by minorities [...] But the right of self-determination is the right of peoples. The Political Covenant gives entirely discrete rights to minorities on the one hand (minority rights, as elaborated in Article 27) and to peoples (self-determination rights, as provided in Article 1). One cannot – though many today try, lawyers as well as politicians – assert that minorities are peoples and that therefore minorities are entitled to the right of self-determination. This is simply to ignore the fact that the Political Covenant provides for two discrete rights. It also, more insidiously, denies the right of self-determination to those to whom it was guaranteed – the peoples of a state in their entirety” ; Christian TOMUSCHAT, “Self-Determination in a Post-Colonial World”, in *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 15: “[a]s the law stands, the classification issue is crucial. According to Article 1 of the two International Covenants on human rights, not every people, but only a people, has the right to self-determination” ; Malgosia FITZMAURICE, “The Sámi People: Current Issues Facing an Indigenous People in the Nordic Region”, Martti KOSKENNIEMI (dir.), *Finnish Yearbook of International Law*, tome 8, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 222 : « Under international law, in the view of a majority of writers, only « people » can claim [a right to self-determination] » ; Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), pp. 553-560 ; Antoine MEKINDA BENG, “Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la conjuncture institutionnelle actuelle des Etats du Tiers-Monde en mutation”, *Rev. trim. dr. h.*, n° 58, avril 2004, note 30 p. 515 : “la notion de peuple est irréductible à celle de population [...] mais également à celle de minorité”. Plus ambigu, certains auteurs qualifient les peuples autochtones de “catégorie particulière de minorités” sans que l'on sache très bien les conséquences à en tirer en matière d'existence de régimes juridiques éventuellement distincts : v. Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 427 p. 740.

<sup>202</sup> Rappelons que l'existence à l'époque contemporaine d'un droit *de lege ferenda* des peuples autochtones à l'autodétermination envisagée sous sa forme interne n'est pas mise en doute. Ce droit est en effet affirmé par la doctrine générale et par la *D.N.U.D.P.A.* (art. 3). L'objet de la présente étude est d'établir et d'apprécier le passage de ce droit vers la *lex lata*.

<sup>203</sup> *Observation générale n° 23 (50)* (art. 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques), Comité des droits de l'homme, Nations Unies, 26 avril 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

un peu plus encore la distinction juridique entre minorités et peuples autochtones. Les autochtones sont mentionnés à deux reprises – aux paragraphes 3.2 et 7 – mais sous la forme des « membres des communautés autochtones » et des « populations autochtones », confirmant la prise en compte par l'article 27 des seuls droits individuels, bien qu'exercés en communauté avec les autres membres. Ces deux références, lues en conjonction avec les paragraphes 1<sup>204</sup> et 3.1<sup>205</sup>, suggèrent la conclusion que les minorités ne sont pas titulaires du droit à l'autodétermination, par contraste avec les peuples autochtones<sup>206</sup>.

Il reste que, malgré la validité de la distinction de principe entre les catégories de minorités nationales et de peuples autochtones – qui est nécessaire d'établir pour la portée de la présente étude –, la pratique est parfois plus ambiguë sur ce point. En effet, celle-ci atteste que l'application de l'article 27 a couvert les peuples autochtones lorsqu'ils pouvaient s'interpréter également comme une catégorie particulière de minorité en raison de certaines caractéristiques communes. Outre l'*Observation générale n° 23* qui envisage clairement l'application de l'article 27 aux peuples autochtones dès lors qu'ils vérifient les critères énoncés par cet article, la jurisprudence ultérieure confirme cette tendance au traitement commun. Notamment, dans une Communication sur la Colombie rendue en 1997 en vertu de la procédure prévue à l'article 5 du Protocole facultatif annexé au Pacte, le Comité des droits de l'homme a semblé accepter le principe d'une invocation de l'article 27 par des requérants

---

<sup>204</sup> « Le Comité constate que cet article consacre un droit qui est conféré à des individus appartenant à des groupes minoritaires et qui est distinct ou complémentaire de tous les autres droits dont ils peuvent déjà jouir, conformément au Pacte, en tant qu'individus, en commun avec toutes les autres personnes. » La portée de l'article 27 est clairement circonscrite aux membres des groupes minoritaires ce qui peut également correspondre incidemment à la situation de peuples autochtones. Ils sont alors couverts par l'article 27 en raison de leur situation minoritaire, non en raison de leur caractère autochtone.

<sup>205</sup> « Une distinction est faite dans le Pacte entre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les droits consacrés à l'article 27. Le premier droit est considéré comme un droit appartenant aux peuples et fait l'objet d'une partie distincte du Pacte (première partie). Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est pas susceptible d'être invoqué en vertu du Protocole facultatif. Par ailleurs, l'article 27 confère des droits à des particuliers et, à ce titre, il figure comme les articles concernant les autres droits individuels conférés à des particuliers, dans la troisième partie du Pacte et peut faire l'objet d'une communication en vertu du Protocole facultatif. » La jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur l'application des articles 1 et 27 du Pacte dans les contextes autochtones ainsi que celle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale relèvent de la période suivante et sont analysées pp. 253-255 *infra*.

<sup>206</sup> V. également *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, OEA/Ser.L/V/II.62, doc.26. (1984), p. 78 §9: "The present status of international law does recognize the observance of the principle of self-determination of peoples, which it considers to be the right of a people to independently choose their form of political organization and to freely establish the means it deems appropriate to bring about their economic, social and cultural development. This does not mean, however, that it recognizes the right to self-determination of any ethnic group as such." La Cour semble cependant un peu plus loin assimiler en l'espèce les requérants autochtones à une minorité: « Although the current status of international law does not allow the view that the ethnic groups of the Atlantic zone of Nicaragua have a right to political autonomy and self-determination, special legal protection is recognized for the use of their language, the observance of their religion, and in general, all those aspects related to the preservation of their cultural identity» (p. 81 §15).

autochtones, son rejet de recevabilité en l'espèce n'étant fondé que sur l'insuffisance des preuves en vue d'établir l'existence du préjudice en cause<sup>207</sup>. Dans d'autres cas, les autochtones se référant au Comité ont souvent formulé leurs requêtes en recourant aux articles 1 et 27 combinés. Le Comité n'a pas rejeté cette approche mais s'est limité à en examiner la pertinence au cas par cas. Cette lecture combinée des articles 1 et 27 par le Comité des droits de l'homme dans les requêtes autochtones contraste avec la réticence générale du Comité d'admettre la recevabilité de requêtes fondées sur l'article 1 et de traiter de droits collectifs. Ce contraste renforce la présomption d'un régime distinct des peuples autochtones, dont la revendication du droit à l'autodétermination est du reste une réalité de longue date.

En termes de protection juridique, le mécanisme de supervision et de constatations établi par le Protocole facultatif annexé au Pacte assure une meilleure visibilité et un meilleur respect de l'application des articles 1 et 27 du Pacte. Cela revêt une importance certaine dans le cadre du processus coutumier car ce mécanisme d'application et de suivi, sinon de sanction, est appelé à exercer un rôle catalyseur dans la cristallisation de la pratique et l'émergence de l'*opinio juris*. En effet, l'existence d'un système de supervision de l'application des conventions internationales – en anglais « *treaty body* » – augmente le degré de sécurité juridique des normes conventionnelles adoptées en compensant partiellement le déficit de sanctions qui caractérise habituellement la structure de la société internationale<sup>208</sup>. La manière dont sont appliquées les normes conventionnelles pertinentes exerce une influence certaine sur le cours du processus coutumier. N'étant pas une juridiction au sens propre, le Comité a cependant pris progressivement la liberté de donner des communications à valeur consultative et est considéré par d'autres juridictions internationales comme une instance judiciaire. Sa pratique jurisprudentielle en matière d'application des articles 1 et 27 aux autochtones participe de l'émergence d'un début d'*opinio juris* dans la mesure où le Comité est un mécanisme de contrôle de l'application d'un traité multilatéral quasi universel. Par conséquent, les Etats, qui y ont donné leur consentement, peuvent difficilement ignorer la

---

<sup>207</sup> *Communication n° 612/1995 : Colombie*, 19 août 1997, Comité des droits de l'homme, Nations Unies, CCPR/C/60/D/612/1995, §5.3 : « En ce qui concerne l'allégation de violation de l'article 27, le Comité a estimé que les auteurs n'avaient pas établi comment les actes imputés à l'armée et aux autorités de l'Etat partie avaient porté atteinte au droit de la communauté arhuaca d'avoir sa propre vie culturelle ou de pratiquer sa propre religion. Cette partie de la communication était donc irrecevable. »

<sup>208</sup> V. par exemple l'*Observation générale n° 12 (21)* du Comité des droits de l'homme (Pacte international de 1966) qui exige des Etats parties d'inclure dans leurs rapports relatifs à leur application des dispositions du Pacte spécifiquement les mesures prises en vertu de l'article 1 (21<sup>e</sup> session, 13 mars 1984) : Article 1: Droit des peuples à l'autodétermination, A/39/40 (1984) 142, §§3, 4, 5, 6. Comme examiné pp. 273-276 *infra*, incitation et publicité exercent des pressions sur les Etats, ce qui a un effet structurant sur la pratique.



jurisprudence du Comité des droits de l'homme. La dimension institutionnelle et le principe du consentement lié au cadre conventionnel ont ici une incidence catalysante sur le processus coutumier<sup>209</sup>. Le canal de cristallisation fourni par les dispositions du Pacte avec le renforcement du mécanisme de suivi occupent une place d'autant plus importante dans le processus coutumier à l'étude que ce cadre semble être le seul cadre de portée universelle dans le droit international positif vers 1980, et même au-delà. L'absence de cadre juridique universel spécifique propre aux peuples autochtones à cette période explique probablement la tendance à l'inclusion des peuples autochtones au sein des titulaires des droits prévus à l'article 27, entraînant la confusion quant à leur statut et une apparente fusion des minorités et peuples autochtones. Cette impression est facilitée par le fait qu'à l'époque, jusque dans les années 1980, les autochtones sont souvent désignés comme population<sup>210</sup>. Leur désignation en tant que peuple, caractérisant un degré plus élevé de cohésion et respectant le principe d'auto-identification, n'émergera que plus tard à mesure que les activités normatives de l'O.N.U. se développent en matière autochtone. Cette confusion initiale ne doit pas tromper car dès ces développements initiaux, le Pacte prévoit deux régimes différents pour deux catégories différentes, ce qui sera confirmé par les développements ultérieurs, incluant la pratique et la Déclaration de 2007. Le chevauchement partiel de ces deux catégories, permettant la couverture des autochtones par l'article 27, s'explique par des caractéristiques partiellement partagées par les peuples et par les minorités. Ce recoupement partiel ne peut dissimuler le fait, comme il ressort au sein de la présente étude, que les peuples autochtones ont en outre des caractéristiques supplémentaires distinctes justifiant leur statut particulier.

Pour le moins, il n'est pas anodin de noter que l'évolution de l'autodétermination du statut de principe politique à celui de droit, annoncé par la Charte des Nations Unies, consacré pour la première fois par la Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux de 1960 et confirmé par l'article 1 des deux Pactes internationaux de 1966, est contemporain au processus

---

<sup>209</sup> Examen des mécanismes institutionnels de l'O.N.U., pp. 240-242 et 511-539 *infra*.

<sup>210</sup> V. les formulations employées dans l'*Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, José R. Martínez COBO (Equateur), Rapporteur spécial, Sous-Commission, 5 tomes, 1<sup>er</sup> mars 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4, étude commandée en 1971 par le Conseil économique et social. Des rapports intermédiaires ont été publiés durant les années 1970, commençant en 1972 (E/CN.4/Sub.2/L.566), et la publication du rapport final a eu lieu dans un premier temps entre 1981 et 1984. L'emploi de l'expression « populations autochtones » y domine largement celui de « peuples autochtones ». V. aussi dans ce sens les rapports des premières sessions du Groupe de travail sur les populations autochtones à partir de 1982 et l'évolution plus récente des noms des mécanismes institutionnels dans le cadre de l'O.N.U. (v. note 321 ainsi que pp. 156 et 511-539 *infra*).

d'internationalisation du mouvement de revendication autochtones – dans les années 1960 et 1970 – et parallèle à l'émergence des peuples autochtones dans les instruments internationaux, essentiellement comme sujets passifs du droit international. Le point d'intersection de cette confluence, encore incertaine et peu articulée dans les années 1960, est la notion de peuple. Aux carences reconnues de cette notion en termes de définition s'ajoute la difficulté liée à la spécificité des peuples autochtones. Dans tous les cas, il semble que l'attention portée au processus de décolonisation dans l'enceinte des Nations Unies à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale et jusqu'à la fin des années 1970 ait eu pour effet d'occulter la question de l'articulation entre les notions de peuple et de peuples autochtones – initialement qualifiés de populations – et ainsi d'en retarder la clarification. Cependant, les développements de l'autodétermination comme droit s'étendent également aux contextes non-coloniaux à la faveur de la fin du processus de décolonisation. On observe alors un glissement d'une portée essentiellement territoriale de ce droit dans le contexte colonial à une portée ethnique et culturelle dans les contextes non-coloniaux tels que les contextes autochtones.

D'autres évolutions du droit international intervenues après 1945 sont de nature à stimuler le développement d'une version interne du droit des peuples à l'autodétermination et à positionner les peuples autochtones comme de potentiels titulaires de ce droit, en dépit des déficiences persistantes dans la définition du terme « peuple » et de la détermination de sa portée. Ces évolutions simultanées se recoupent et influencent le développement de l'autodétermination, située à leur point d'intersection. Deux développements doivent être ainsi examinés. Premièrement, l'inclusion du droit à l'autodétermination parmi des droits de l'homme est un processus en cours à partir de 1945 même si l'autodétermination n'a pas encore atteint à cette date le statut de droit faisant partie du droit international. Egalement, le caractère collectif du droit à l'autodétermination en fait un droit de l'homme particulier, distinct et à la marge du corpus classique des droits de l'homme<sup>211</sup> essentiellement composé

---

<sup>211</sup> L'*Observation générale n° 12 (21)* du Comité des droits de l'homme supervisant la mise en œuvre des dispositions des deux Pactes internationaux de 1966 affirme que le droit des peuples à l'autodétermination « revêt une importance particulière parce que sa réalisation est une condition essentielle de la garantie et du respect effectif des droits individuels de l'homme ainsi que de la promotion et du renforcement de ces droits. C'est pour cette raison que les Etats ont fait du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, dans les deux Pactes, une disposition de droit positif qu'ils ont placée, en tant qu'article premier, séparément et en tête de tous les autres droits énoncés dans ces Pactes » (21<sup>e</sup> session, 13 mars 1984) : Article 1: Droit des peuples à l'autodétermination, contenu in *Rapport du Comité des droits de l'homme*, documents officiels de l'Assemblée générale, 39<sup>e</sup> session, supplément n° 40, A/39/40 (1984), p. 152, §1). Voir aussi l'*Avis n° 2* du Comité d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie du 11 janvier 1992, (question du droit à l'autodétermination des Serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine), section 3 : « *Article 1 of the two 1966*

de droits individuels. Cette approche individuelle des droits de l'homme est illustrée par les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Deuxièmement, l'affirmation progressive des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale contribue à la perte de pertinence de la notion de domaine réservé de l'Etat. Ces deux développements combinés ouvrent la voie à un exercice interne de l'autodétermination dans la mesure où les affaires internes des Etats en matière de droits de l'homme cessent d'être hors de portée du droit international. Cette tendance ne cessera de s'affirmer après les années 1970.

Le processus coutumier semble également à l'œuvre au plan régional avec l'émergence du système interaméricain de protection des droits de l'homme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale au sein de l'Organisation des Etats américains. La Cour interaméricaine des droits de l'homme est mise en place en 1979 comme juridiction compétente pour connaître toute affaire relative à l'application de la Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 par ses Etats parties<sup>212</sup>. Il s'agit bien de la participation à la formation d'une coutume générale, en témoignent les convergences constatées entre le système interaméricain de protection des droits de l'homme et le système universel fondé sur la Charte des Nations Unies, les deux Pactes internationaux et la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Notamment, comme il est constaté *infra*, les jurisprudences de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies ont une approche commune fondée sur la prise en compte exclusive de droits de l'homme individuels, qu'il s'agisse des droits des minorités ou des droits autochtones et quand bien même les instruments qu'elles appliquent semblent reconnaître, expressément<sup>213</sup> ou implicitement<sup>214</sup>, le droit des peuples à l'autodétermination, par essence collectif. La mise en place de la Cour européenne des droits

---

*International Covenants on human rights establishes that the principle of the right to self-determination serves to safeguard human rights.* »

<sup>212</sup> Les principaux développements du système interaméricain pertinents dans le cadre du processus coutumier à l'étude interviennent dans la période ultérieure et sont analysés pp. 250 et 507-509 *infra*. De manière générale, la régionalisation de la question autochtone qui sera constatée également en Afrique est de nature à renforcer l'émergence de la coutume générale en précisant l'application en fonction des contextes propres à chaque continent.

<sup>213</sup> *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme* de 1966, article 1 commun.

<sup>214</sup> *Convention interaméricaine des droits de l'homme* du 22 novembre 1969, préambule réaffirmant le rôle essentiel des institutions démocratiques pour la réalisation des droits de l'homme et "Réitérant que, aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'homme libre, à l'abri de la peur et de la misère, ne peut se réaliser que grâce à la création de conditions qui permettent à chaque personne de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques" ; article 23 sur les droits politiques (traduit plus précisément en anglais par l'expression « *Right to participate in Government* »). Ces aspects comptent aujourd'hui parmi les formes internes d'exercice du droit à l'autodétermination. Il reste que dans son ensemble, la Convention demeure attachée à une conception individuelle des droits de l'homme.

de l'homme en 1959 constitue un autre cas de contribution régionale au processus coutumier général, bien que sa jurisprudence pertinente en matière autochtone ne soit appelée à se développer que plus tard.

La conjonction des comportements internes et internationaux – actes des Etats, précédents d'organisations internationales, jurisprudence internationale, etc. – est de nature à canaliser le processus coutumier depuis les premiers tâtonnements et développements parfois erratiques durant les périodes du droit divin et du positivisme juridique jusqu'à l'émergence d'une pratique et l'affinement de sa cohérence. Si l'existence d'une pratique encore faiblement structurée et le début d'émergence d'une *opinio juris* sont établies vers la fin des années 1970, il s'agit à présent d'en examiner la portée exacte. Cette analyse fait l'objet du chapitre 2.

## Chapitre 2 – La portée de la pratique

L'examen précédent a conduit à identifier les fondements de la pratique et les principes émergents en termes de contenu – notamment les limites posées par la jurisprudence – ainsi qu'à mettre en évidence l'existence d'une répétition de certains comportements convergents allant dans le sens du processus coutumier. Il s'agit à présent d'apprécier la cohérence et la portée de la pratique en général, c'est-à-dire en examinant en premier lieu les comportements atténuants et actes contraires afin de déterminer si ceux-ci constituent des obstacles au processus coutumier.

### Section 1 – Les inconséquences initiales de la pratique en l'espèce

Il apparaît important à ce stade de noter une distinction méthodologique essentielle touchant aux comportements étatiques en matière de processus coutumier. Par définition, l'émergence d'une pratique est un phénomène de création. Par conséquent, la nouvelle pratique vient rompre avec l'environnement juridique existant qu'elle vient enrichir. Il découle de cela que certaines pratiques préexistantes qui seraient incompatibles avec la nouvelle pratique émergente ne sauraient logiquement s'interpréter comme des limites à cette pratique ni comme des actes contraires. Il s'agit plutôt du contexte d'émergence de la

nouvelle pratique qui viendra à être modifiée par ladite pratique avec le temps. La cohérence ou inconséquence éventuelle de la pratique ne peut s'apprécier qu'à l'aune d'actes positifs et d'abstentions contemporains à la pratique et qui exerceraient une incidence négative sur la structuration de la pratique. De plus, ces actes doivent avoir un lien logique immédiat avec les comportements constitutifs de la pratique, en ce sens que leur contradiction avec ces derniers doit être intentionnelle. En effet, s'il est possible de dégager une réelle convergence de comportements amorçant l'émergence d'une pratique, les comportements extérieurs divergents dépourvus d'une manifestation d'intentionnalité, sans pouvoir encore s'apparenter à des violations coutumières, apparaissent tout au plus comme partie du contexte d'émergence d'une tendance comportementale par définition progressive. Ainsi par exemple, les limites d'ordre culturel qualifiant parfois le titre autochtone ne peuvent être identifiées comme des inconséquences initiales de la pratique, pas plus que le ralliement tardif de certains Etats à la contribution à la pratique – à l'image évidente de l'Australie. Ce ralliement tardif ne saurait s'apparenter à une limite ou incohérence de la pratique avant le ralliement, dans la mesure où la diffusion de la pratique est par hypothèse progressive. Tout au plus le ralliement contribue-t-il à consolider la pratique existante. Le phénomène de passage d'une coutume régionale à une coutume générale fournit l'exemple du caractère progressif du processus coutumier.

#### *§1 – Un manque de cohérence de la pratique*

Les comportements des sujets du droit international manquent encore en régularité et en cohérence afin de pouvoir conclure à l'émergence d'une pratique affermie avant les années 1970. Malgré l'établissement des fondements du processus coutumier, cette période manque singulièrement d'unité et ne voit pas encore la consolidation d'un *continuum* ni d'un sentiment juridique clair chez les Etats. Les comportements contraires répondent à plusieurs types d'intentionnalité (A), ce qui permet d'appréhender plus justement leur incidence sur la mise en place du processus coutumier (B).

#### *A – Nuances de comportements contraires*

Le manque de cohérence de la pratique se détermine non dans le caractère progressif de la constitution de principes – par nature incomplets et limités initialement – ni dans le

contexte immédiat d'émergence de ces principes, mais plutôt dans les pratiques et développements doctrinaux et jurisprudentiels contemporains et ultérieurs s'inscrivant en contradiction avec lesdits principes. On parle alors d'actes contraires. Ceux-ci se distinguent des comportements éventuellement limitatifs qui conduisent à préciser la portée de la pratique en ce qu'ils sont intentionnels et interfèrent avec la pratique en développement. Ces comportements peuvent se diviser à leur tour en deux catégories : premièrement les comportements dont l'intention est dissimulée derrière un discours compatible avec les droits autochtones initialement affirmés ; deuxièmement les comportements en contradiction ouverte avec les droits initialement garantis. Les premiers ne constituent pas à proprement parler une limite au processus coutumier car en l'absence d'intention déclarée, leur existence prolongée finira par refléter le consensus naissant. Au contraire, les seconds constituent une limite au processus coutumier dont ils ralentissent le développement et la cohérence tant qu'ils subsistent.

Malgré les développements positifs mis en évidence dans la section précédente, des incohérences affectent l'ensemble des comportements étatiques dès l'époque du droit naturel. En effet, les Etats ont initialement largement ignoré les considérations de Vitoria et de Las Casas ainsi que les bulles papales<sup>215</sup>, et on ne constate une modification de leurs comportements dans ce sens que plus tard. Il n'est pas anodin qu'à cet égard, la convocation de la controverse de Valladolid se justifie par les comportements sauvages des Etats colonisateurs à l'égard des populations autochtones en Amérique latine. Ainsi, la controverse apparaît au moins autant comme un indicateur en creux des pratiques de l'époque qu'un facteur influant sur leur changement. De même, l'application par les théologiens du critère du degré d'organisation des sociétés autochtones afin de reconnaître les autochtones comme humains voire comme Etats<sup>216</sup> s'avère hautement problématique puisque l'appréciation de ce critère reste subjective. La pratique montre que ce test a souvent abouti à justifier le refus de reconnaître aux autochtones un droit de propriété foncière.

De manière générale, les développements doctrinaux du droit international au XIX<sup>e</sup> siècle et dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle voient une conception westphalienne succéder au droit naturel et se consolider. De par ses prémices systémiques, l'époque westphalienne a accouché de la doctrine volontarisme du droit international. Appelé aussi parfois positivisme

---

<sup>215</sup> V. note 44 *supra*.

<sup>216</sup> V. notes 44-46 *supra*.

juridique, le volontarisme conçoit le droit international comme un droit fait par les Etats pour les Etats, et exclut ainsi de son champ d'application et de ses sujets tout acteur non-étatique. Si le droit naturel était ouvert à la question de savoir si les peuples autochtones étaient éligibles au statut d'Etat, l'hostilité de la doctrine volontariste envers une telle possibilité gèle pour un temps la participation active des peuples autochtones à l'élaboration du droit international. Voyant leur statut de sujet passifs du droit international remis en cause, ceux-ci sont alors communément considérés comme relevant des affaires internes des Etats, seuls sujets du droit international. Par conséquent, le processus coutumier est considérablement ralenti sous la période westphalienne. Un examen plus approfondi des comportements lors de cette période montre que la continuité du processus n'est cependant pas interrompue.

Une première catégorie de comportements venant limiter le processus coutumier englobe les comportements étatiques qui, sous couvert de protection apparente ou prétendue des droits des peuples autochtones, sont en réalité dictés par la poursuite des intérêts des Etats, souvent en contradiction avec les intérêts autochtones qu'ils sont censés protéger. L'influence du volontarisme est l'un des facteurs affectant ces comportements. Déjà évoquées précédemment, les divergences de compréhension et d'interprétation des traités conclus entre Etats et autochtones entre leurs parties annonçaient déjà ce type de conduite qui trouve certains exemples sous l'époque westphalienne<sup>217</sup>. Les comportements subséquents des Etats sous la période westphalienne constituent ce que l'on appelle souvent le « processus d'internalisation des affaires autochtones »<sup>218</sup> selon lequel le traitement de ces dernières passe de la sphère du droit international vers la sphère des droits internes des Etats.

Parmi ces comportements pour le moins ambigus, on peut noter en Nouvelle-Zélande l'établissement de la *Native Land Court* et le régime juridique qu'elle instaure. Etablie par le *Native Lands Act 1865*, la *Native Land Court* a pour juridiction d'identifier les revendications foncières māories et de les convertir en titre individuel de propriété en vertu du droit interne de la Couronne. Ce régime met fin à la préemption de la Couronne en matière d'acquisition de terres māories, réputée jusqu'alors protéger les intérêts fonciers māoris face à la convoitise des colons. L'abandon de ce système et l'instauration de la *Native Land Court* a conduit de

---

<sup>217</sup> Les autochtones ne vont toutefois pas jusqu'à invoquer une conduite dolosive des Etats comme vice de consentement. Ils ont à cet égard réaffirmé récemment à plusieurs reprises qu'ils considèrent ces traités comme pleinement valides et continuant de les lier avec leurs Etats respectifs, et ont demandé des garanties afin de s'assurer de leur application en toute bonne foi par les parties.

<sup>218</sup> V. rapport de M. Miguel Alfonso MARTÍNEZ, *doc. cit.*, 1999 (v. note 153 *supra*), p. 32, §192 et suivants.

fait à une accélération du passage des terres māories aux mains des colons. La conversion de titres autochtones māoris en titres exclusifs de propriété opère une extinction des titres autochtones en leur substituant une catégorie juridique d'inspiration européenne, étrangère à la culture juridique autochtone, et dont le contenu ne s'y juxtapose pas parfaitement. Ce problème se retrouve dans les critères pris en compte pour reconnaître le titre initial voué à la conversion. Ces critères sont peu adéquats aux réalités foncières māories, ce qui entraîne une reconnaissance limitée des titres initiaux, en dépit certes de leur sécurisation sous une autre forme par le système de la *Native Land Court*. Ainsi, si l'instauration et l'activité de la *Native Land Court* ne sont pas *per se* contraires au Traité de Waitangi, leurs conséquences sont néfastes pour les droits des peuples autochtones. A l'inverse des limites d'ordre culturel au titre autochtone qui apparaissent consubstantielles et contemporaines à l'apparition des premiers droits autochtones, il s'agit non d'une limite au titre mais bien d'un acte contraire car le système est mis en place en 1865, c'est-à-dire postérieurement à la reconnaissance du titre autochtone par la jurisprudence néo-zélandaise. Il est en outre raisonnable de penser que cette mesure a un but politique non avoué : accélérer la passation des terres aux colons européens. Le système de conversion de la *Native Land Court*, souvent décrit comme opérant une équation entre titre autochtone et titre de propriété, tend en réalité à conduire à l'extinction du titre autochtone<sup>219</sup>. Il conduit également à la disparition progressive de la dimension collective liée au titre autochtone qu'il divise en autant de titres individuels de propriété. A cet égard, il s'agit d'une réelle régression dans la prise en compte de la dimension collective des droits autochtones car celle-ci est reconnue avant la mise en place de la *Native Land Court* ainsi qu'actuellement. Renommée en *Māori Land Court* en 1954 par le *Māori Affairs Act 1953*, la cour verra ses prérogatives évoluer vers une meilleure forme de reconnaissance des droits fonciers ancestraux du peuple māori.

De même, s'ils ne s'inscrivent pas en contradiction ouverte avec les engagements contractuels des Etats envers les autochtones – lorsque de tels engagements existent –, les nombreux exemples de politiques d'assimilation menées à l'encontre des peuples autochtones témoignent d'un recul de la protection de leur intégrité. Ces politiques assimilationnistes, désignées parfois sous le terme anglais de *trusteeship* et de la doctrine du même nom ou

---

<sup>219</sup> La place du caractère extinguable du titre autochtone est délicate : d'un côté ce caractère apparaît consubstantiel au développement du titre autochtone sous *Common law* et à sa systématisation au sein du droit international. D'un autre côté, l'apparition de cette limitation marque une contradiction ou un retrait avec les principes de droit divin des siècles précédents qui affirmaient, de manière certes ambiguë, le caractère absolu de l'intégrité et la souveraineté autochtones face aux Etats colonisateurs. Ce caractère extinguable du titre autochtone apparaît partiellement en contradiction avec le droit à l'autodétermination interne.



encore de processus d'internalisation, sont observables en Australie, en Nouvelle-Zélande, dans les colonies espagnoles, françaises et portugaises, en Russie et ailleurs<sup>220</sup>. L'approche assimilationniste des Etats qui prévaut jusque dans les années 1970 et apparaît nettement dans les termes de la Convention n° 107 de l'O.I.T. constitue en définitive le contexte dans lequel le processus coutumier puise ses racines en matérialisant une rupture progressive avec cette approche. La politique des réserves a permis une limitation relative de cette assimilation aux Etats-Unis et au Canada. Souvent, les Etats ont tenté de marginaliser ou d'enterrer les traités passés avec les autochtones ou d'annuler leurs effets au moyen de mesures politiques, législatives ou judiciaires restreignant les droits et protections acquis. Lorsqu'elle ne consiste pas en une ignorance pure et simple des traités, cette marginalisation prend la forme d'une interprétation au bénéfice de la Couronne britannique ainsi que d'une application étroite, cynique et strictement légaliste des dispositions conventionnelles. Appelée aussi processus d'internalisation des traités autochtones, cette approche a permis les spoliations foncières à grande échelle, parfois en violation flagrante desdits traités.

Aux Etats-Unis, bien que son principe ait été reconnu très tôt, le titre autochtone ne deviendra effectivement applicable qu'à l'adoption de l'*Indian Claims Commission Act* en 1946. De même, bien que reconnue relativement tôt, l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral envers les autochtones ne deviendra applicable qu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

La jurisprudence internationale n'est pas épargnée par ces actes ambigus reflétant que les droits autochtones ne sont pas encore au centre des préoccupations de la société internationale. La tendance jurisprudentielle de l'époque westphalienne semble se déterminer contre la reconnaissance des peuples autochtones comme sujets du droit international. La sentence arbitrale de 1926 en l'affaire des *Indiens Cayuga* affirme qu'une tribu autochtone telle la Nation Cayuga « *is not a legal unit of international law* »<sup>221</sup>. De même, afin de déterminer la souveraineté des Pays-Bas sur l'Île de Palmas, la sentence arbitrale de 1928 en l'affaire de l'*Île de Palmas* prend en compte les traités passés entre les chefs autochtones locaux et les Pays-Bas mais seulement comme des faits attestant de l'exercice de souveraineté. L'arbitre unique refuse de considérer ces traités comme des engagements

---

<sup>220</sup> V. certains aspects parmi les comportements internes des Etats examinés *supra*, chapitre 1, section 1.

<sup>221</sup> *Indiens Cayuga (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis*, Sentence arbitrale, 22 janvier 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, tome VI, pp. 173 et 176.

conventionnels internationaux au sens classique du terme<sup>222</sup>. Egalement, dans son arrêt de 1933 sur le *Statut juridique du Groënland oriental*, la C.P.J.I. ne tient pas compte de la présence de la population autochtone Inuit ni de ses efforts en vue d'éloigner les puissances coloniales afin de trancher le conflit de souveraineté entre le Danemark et la Norvège sur certains territoires du Groënland. Ce faisant, la Cour semble accepter le principe de la *terra nullius* comme faisant partie du droit international. Elle n'en déterminera l'inapplicabilité en l'espèce qu'en raison d'une occupation danoise antérieure aux revendications norvégiennes<sup>223</sup>.

Les conséquences juridiques de cette première catégorie d'actes ne semblent pas, à l'examen, susceptibles d'influer sur le processus coutumier par l'instauration de précédents négatifs. En effet, au cœur de tels actes ambigus et dissimulés, l'intentionnalité des sujets de droit international, qui ne peut le plus souvent que se déduire, se confronte au principe présumé de bonne foi dans les relations internationales. Les déclarations, prises de position et justifications adoptées par les Etats en lien avec de tels actes dissimulés sont souvent contraires aux intentions réelles et non contradictoires avec les droits autochtones. En d'autres termes, la non-expression de l'intention réelle des Etats fait que, dans le doute, la seule intention qui puisse être prise en compte dans l'explication des comportements pertinents est l'intention déclarée. Quelle que soit l'intention réelle dissimulée des Etats au moment de commettre ces actes ambigus eu égard à la direction du processus coutumier, leur justification publique ou intention déclarée ne s'inscrit jamais en opposition ouverte à cette direction et ne peut que la qualifier.

Compte tenu de la relation étroite entre la pratique et l'*opinio juris*, le discours de l'Etat entourant son acte relève du contexte qu'il est nécessaire de prendre en compte afin d'apprécier la portée d'un comportement déterminé. En effet, l'Etat caractérise ainsi son acte en précisant la portée qu'il entend lui donner dans le contexte international. Loin de s'asseoir, au moins au début, sur un sentiment d'obligation juridique, les comportements étatiques répondent parfois davantage au concept psychologique d'autorité, mieux à même de rendre

---

<sup>222</sup> Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas), sentence arbitrale (Etats-Unis c. Pays-Bas) rendue par l'arbitre unique Max Huber, C.P.A., 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, tome II, p. 858 : « Les contrats intervenus entre un Etat ou une Compagnie telle que la Compagnie néerlandaise des Indes orientales et des princes indigènes ou chefs de tribus non reconnus comme membres de la communauté des nations, ne sont pas, au sens du droit international, des traités ou conventions susceptibles de créer des droits et des obligations de l'ordre de ceux qui, en droit international, naissent des traités.

<sup>223</sup> C.P.J.I., *Statut juridique du Groënland oriental* (Danemark c. Norvège), arrêt, 5 avril 1933, Série A/B, n° 53, pp. 46-47.

compte de l'établissement d'un précédent<sup>224</sup>. Ses justifications font appel à des considérations de moralité, d'équité, annonçant l'*opinio juris* mais non encore formulées comme reflétant le sentiment de l'Etat de s'acquitter d'une obligation juridique. Le caractère numérique restreint de la société internationale et l'absence d'autorité centrale augmentent l'autorité de chaque comportement et de ses justifications si bien que dans certains cas un ou deux comportements répétés peuvent être suffisants à l'établissement d'une pratique coutumière<sup>225</sup>. Dans cette catégorie rentrent les politiques d'Etat dont l'objectif non déclaré est de minimiser les droits autochtones acquis à l'occasion des traités et arrangements initiaux. Concernant les intentions déclarées, la justification assimilationniste ne semble pas suffire pour disqualifier ces actes vis-à-vis du processus coutumier dans la mesure où l'idéologie assimilationniste était une pratique bien plus courante et bien plus généralisée à l'époque initiale considérée. L'interprétation de la portée des dispositions de la Convention n° 107 de l'O.I.T.<sup>226</sup> qui sont considérées aujourd'hui comme d'inspiration assimilationniste en est une illustration flagrante. C'est dans le faible progrès et la démarcation progressive vis-à-vis de ce discours assimilationniste généralisé que s'enracinent les manifestations du processus coutumier. Il s'agit non de comparer les valeurs et pratiques dominantes de l'époque avec celles de la période actuelle, mais plutôt de caractériser la direction d'évolution de ces pratiques et les tendances à l'œuvre.

Cette catégorie d'actes ambigus ou dissimulés reflète un autre trait du droit international coutumier qui permet de rendre compte du caractère limité de la structuration de la pratique durant la période initiale considérée ainsi que de l'émergence d'une *opinio juris* timide de manière seulement très tardive. Les influences anglo-saxonnes de la *Common law* sur le processus coutumier placent les notions de précédent et d'autorité de la chose jugée au centre de celui-ci. La notion de reproduction et d'imitation reflétée par les notions de précédent et d'autorité de la chose jugée est ambivalente. Si elle est bien le vecteur du développement et de l'affermissement d'une pratique puis d'une norme, l'imitation est également un frein au changement en raison des attentes légitimes créées par la répétition d'un comportement dans des situations similaires<sup>227</sup>. Ce phénomène sous-tend le besoin de

---

<sup>224</sup> Anthony D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971, chapitre 6, section "Factors of Initiative and Imitation".

<sup>225</sup> *Ibid*, chapitre 4.

<sup>226</sup> V. pp. 88-95 *supra*.

<sup>227</sup> Anthony D'AMATO, *op. cit.*, 1971 (v. note 224 *supra*), chapitre 6, section "Factors of Initiative and Imitation". Voir notamment les passages: "It is sophomoric to attribute the lasting quality of bad precedents to the inability of judges to make fair decisions; rather, judges are reluctant to overthrow even unfortunate

stabilité et de prévisibilité des relations internationales auquel le droit international a pour mission de répondre en apportant un cadre stable aux ajustements perpétuels propres aux relations interétatiques. Ce besoin de prévisibilité et de stabilité explique au moins en partie la persistance de normes et de régimes injustes envers les peuples autochtones. Ce régime injuste est appelé à perdurer malgré la percée de comportements discordants tant que la structuration de ces comportements reste insuffisante et ne permet pas la cristallisation d'une *opinio juris*. C'est ainsi que l'on peut interpréter la persistance de l'Australie à opposer aux revendications de ses autochtones la fiction juridique de la *terra nullius* durant toute la période initiale considérée<sup>228</sup>, malgré son isolement vis-à-vis des autres juridictions de *Common law* sur ce point. C'est ainsi également qu'il est possible d'expliquer l'absence d'une percée significative en termes de comportements jusqu'à la fin de la période initiale considérée. A l'inverse, ce sont les premiers précédents divergent des pratiques existantes qui introduisent la véritable rupture et qui sont à proprement parler révolutionnaires, malgré leur caractère discret et isolé, parce qu'ils remettent le *statu quo* en question et ouvrent la voie du changement dans laquelle les Etats s'engageront par la suite. L'examen des origines du processus coutumier durant la période initiale allant jusqu'aux années 1970 a permis de mettre en évidence une certaine convergence progressive des comportements pertinents ainsi qu'une certaine cohérence des régimes mis en place et des droits reconnus aux autochtones. Ces droits touchent pour certains à des principes démocratiques souvent utilisés dans la doctrine contemporaine pour caractériser le droit à l'autodétermination interne<sup>229</sup>. Cependant, à une pratique à la généralisation encore balbutiante vers 1970 s'ajoutent des comportements en

---

*precedents because of the disrupting effect upon the stability of community expectations about the rule of law*" et plus loin "A state does not normally want to behave in a manner that the other states will interpret as hostile; the safest way to act, therefore, is consistently with the behavior of other states in the past."

<sup>228</sup> V. notamment l'opinion du Comité judiciaire du Conseil privé (P.C.) en l'affaire *William Cooper c. L'honorable Alexander Stuart (Secrétaire colonial)*, Comité judiciaire du P.C., 3 avril 1889, 14 App. Cas. 286, p. 291, qui applique la doctrine de la *terra nullius* à la colonie de Nouvelles-Galles-du-Sud. Tirant les conséquences juridiques du raisonnement de William Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, tome I), la substitution subtile du test de civilisation (supposée attestée par l'existence d'un ordre juridique) à celui d'habitation antérieure conduit la *Common law* à faire application de la doctrine de la *terra nullius* à des colonies effectivement habitées par des populations autochtones, et partant à refuser de reconnaître l'existence de leur titre autochtone. V. aussi Greg MARKS, « Sovereign States vs Peoples: Indigenous Rights and the Origins of International Law », *Australian International Law Reporter*, tome 5, n° 2, 2000, p. 3.

<sup>229</sup> V. à cet égard Hurst HANNUM, *op. cit.*, 1993 (v. note 187 *supra*), p. 3 et suivantes : "Defining self-determination as self-government is consistent with early United Nations formulations, including the Charter, and its implications are only now being fully considered in the context of autonomous and other domestic constitutional arrangements." Pour une qualification du droit à l'autodétermination interne comme droit collectif à l'auto-gouvernement, à l'autonomie ou plus généralement à la démocratie, v. Henry J. STEINER, Philip ALSTON, *op. cit.*, 1996 (v. note 187 *supra*), pp. 971-1020.

contradiction ouverte et délibérée avec ce qui aurait pu autrement être interprété comme un consensus naissant.

C'est cette seconde catégorie d'actes qu'il convient d'examiner à présent. Cette catégorie recouvre les comportements exprès contradictoires, c'est-à-dire les actes s'assumant en contradiction ouverte avec les principes existants émergents de protection des peuples autochtones. Seule cette catégorie d'actes pose une limite sérieuse au processus coutumier et empêche de confirmer la formation d'une pratique affermie dès la période initiale considérée. On peut noter dans ce sens la dépossession des Sioux de leurs terres des Black Hills par les Etats-Unis en violation du traité de Fort Laramie de 1868. Cette injustice a été reconnue expressément plus tard par l'*Indian Claims Commission*, la *Court of Claims* et la Cour suprême américaine<sup>230</sup>.

Au Chili, le traité de paix de Quillin du 6 janvier 1641 reconnaissant l'indépendance des Mapuches n'a pas empêché l'invasion espagnole et l'assujettissement complet des autochtones. La contradiction entre l'intention exprimée et le résultat laisse difficilement place au doute quant à la clarté de l'intention réelle. De manière plus large, les systèmes politiques instaurés dans de nombreux pays ou colonies d'Amérique latine reflètent et soutiennent les dominations espagnole et portugaise et servent de vecteurs de propagation de l'oppression des peuples autochtones.

L'examen doit également se pencher sur l'adoption de législations violant les obligations étatiques initiales, qu'elles découlent de traités autochtones ou de la doctrine du titre autochtone. Ce type de tournant est constaté par exemple en Nouvelle-Zélande. L'arrêt de 1877 en l'affaire *Wi Parata c. Evêque de Wellington*<sup>231</sup> défait les conclusions de l'arrêt *Rex c. Symonds* de 1847 en affirmant l'applicabilité de la doctrine de la *terra nullius* à la colonie de Nouvelle-Zélande et en déclarant nul le Traité de Waitangi. En raison de son autorité sur les

---

<sup>230</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, *doc. cit.*, 22 juin 1999 (v. note 153 *supra*), §276 p. 47. Ce cas est un exemple particulièrement flagrant d'action étatique délibérée et expressément reconnue comme telle par des organes de l'Etat. En effet, comme le précise le rapport, la *Court of Claims* a noté en statuant sur cette affaire qu'« Un cas plus flagrant et plus répugnant de négociation déshonorante ne saurait être, selon toute probabilité, trouvé dans l'histoire de notre nation », voir 207 Ct. Cl. p. 241, 518 F.2d p. 1302 (1975). De même, la Cour suprême des Etats-Unis a affirmé que la confiscation foncière des Black Hills avait été menée en violation de la Constitution américaine, v. *Etats-Unis c. Nation d'Indiens Sioux et autres*, affaire n° 79-639, arrêt du 30 juin 1980, 448 U.S. 371 (1980) ; David E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, Presses de l'Université du Texas, 1997, 405 p.

<sup>231</sup> *Wi Parata c. Evêque de Wellington*, Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 1877, 3 *N.Z. Jurist Reports* (New Series) S.C. p. 72.

développements en Nouvelle-Zélande durant plusieurs décennies ultérieures, cet arrêt doit faire l'objet d'un examen plus approfondi. Il semble en effet que son poids négatif soit amoindri par certains illogismes et défauts de raisonnement du juge James Prendergast<sup>232</sup>. Son application inconstante de la doctrine de la *terra nullius* et ses conclusions contradictoires sur la justiciabilité de requêtes fondées sur le titre autochtone, par ailleurs reconnu inexistant, jettent le doute sur le caractère fondé en droit de cet arrêt<sup>233</sup>. De manière similaire à l'application du principe d'indéfaisabilité du titre de propriété faite en Papouasie-Nouvelle-Guinée et examinée ailleurs ici, Prendergast considère l'octroi par la Couronne de titres de propriété comme un acte d'Etat injusticiable devant les tribunaux. Il déclare en effet : « *it has been equally clear that the Court could not take cognisance of mere native rights to land* », ajoutant plus loin à propos de la juridiction de la *Native Land Court* que permettre la contestation devant les tribunaux des titres de propriété octroyés par la Couronne « *would be indeed a most alarming consequence* »<sup>234</sup>. Ces deux formules, particulièrement la dernière, apparaissent d'un tel radicalisme en contradiction ouverte avec les développements antérieurs – que Prendergast ne pouvait ignorer – qu'elles suggèrent, tout comme le raisonnement général à l'œuvre dans l'arrêt, une préoccupation sous-jacente de sécuriser les titres de propriété des colons afin d'assurer la stabilité de la société, au prix d'un déni de droits autochtones reconnus par ailleurs et d'un conflit de jurisprudence ouvert avec le Conseil privé. Malgré les faiblesses, artifices et contradictions du raisonnement de *Wi Parata*, cet arrêt a contribué à retarder la structuration du processus coutumier.

Bien qu'ils relèvent plutôt de la catégorie précédente de comportements en raison de leur intentionnalité déclarée favorable aux autochtones, le *Māori Lands Act 1862* et le *Native Rights Act 1865* adoptés en réponse à l'arrêt de 1847 peuvent également s'interpréter comme annonçant déjà les développements rétrogrades de la *Native Land Court* et de *Wi Parata*. Malgré les désaccords manifestés par le Conseil privé – qui a la fonction de juridiction d'appel – envers l'arrêt de 1877, la jurisprudence et la législation néo-zélandaises se poursuivent dans cette direction. Notamment, l'adoption de certaines lois, à l'image du *Native Land Act 1909*, s'inscrit en violation du Traité de Waitangi de 1840. La loi de 1909 va plus loin dans la remise en cause des droits autochtones acquis que la loi du même nom de 1865

<sup>232</sup> V. John TATE, « The Three Precedents of *Wi Parata* », *The Canterbury Law Review*, tome 10, n° 2, Christchurch, 2004, pp. 273-308.

<sup>233</sup> Longtemps contesté par le Conseil privé, notamment en 1903, cet arrêt sera rejeté comme « infondé en droit » par la Cour d'Appel de Nouvelle-Zélande en 2003 dans l'affaire *Avocat-Général c. Ngati Apa* (v. partie I titre 2).

<sup>234</sup> *Wi Parata, doc. cit.*, 1877 (v. note 231 *supra*), pp. 79 et 80 respectivement.

qui fournit le fondement de la *Native Land Court*. En effet, le recul des droits autochtones n'est pas un effet collatéral ou le fruit d'une intention ambiguë, mais plutôt la conséquence de la manifestation claire de l'intention de l'Etat. Le Conseil privé admet finalement en 1941 que le Traité de Waitangi n'est pas susceptible d'être invoqué devant les tribunaux pour application. Ce n'est qu'en 1986 que la doctrine du titre autochtone ne sera réintégrée dans le droit positif interne néo-zélandais et en 1987 que les juridictions internes identifieront les principes applicables du Traité de Waitangi, consacrant leur positivité en droit interne<sup>235</sup>.

Au Canada, la Loi sur les Indiens de 1876 instaure un système de contrôle sur les populations autochtones canadiennes et leurs terres ainsi que l'organisation en réserves. Définissant les principes d'une politique assimilationniste, il permet aux provinces d'abroger les traités passés avec les autochtones – ce régime durera jusqu'en 1951 – et interdit la poursuite d'actions en justice liées à des plaintes autochtones<sup>236</sup>. L'arrêt *Rex c. Syliboy* de 1929 dénie aux autochtones la capacité juridique de conclure des traités et conclut à la nullité des Traités numérotés<sup>237</sup>. Ce développement reflète, de manière générale dans ce même Etat, le contraste marqué entre les nombreux traités conclus et l'attitude ultérieure générale du gouvernement et des juridictions consistant, jusque vers les années 1960, à marginaliser les traités et les garanties offertes aux autochtones notamment lors des négociations préalables à la conclusion de ces traités.

Au Brésil, l'article 6 du Code civil de 1916 crée quatre catégories d'autochtones en fonction de leur degré d'intégration et encourage leur assimilation. Au Venezuela, le *Mission Act* de 1915 confie à l'Eglise catholique la mission d'évangéliser et de sédentariser les autochtones. Bien qu'elle prévoie l'établissement et le maintien de relations pacifiques avec les autochtones, la Constitution argentine de 1853 prévoit également leur conversion au catholicisme<sup>238</sup>. Enfin, l'acte général de la Conférence de Berlin de 1885 encourage

---

<sup>235</sup> V. examen pp. 262-263 *infra*.

<sup>236</sup> Le caractère discriminatoire de cette loi sera reconnu par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans sa communication en l'affaire *Sandra Lovelace c. Canada*, Communication n° 24/1977 (R.6/24), ICCPR, U.N. Doc. Supp. n° 40 (A/36/40), 30 juillet 1981. Cela conduira à un amendement de la loi en 1985.

<sup>237</sup> *Rex c. Syliboy*, Cour du comté de Nouvelle-Ecosse, 1929, 1 *D.L.R.* 307. Cet arrêt a été révoqué par un revirement de jurisprudence à l'occasion de l'arrêt *Simon c. La Reine*, Cour suprême, 21 novembre 1985, 2 *R.C.S.* 387.

<sup>238</sup> *Constitution de la nation argentine* du 1<sup>er</sup> mai 1853, article 67 alinéa 15. Il est prévu parmi les attributions du Congrès de « maintenir une relation (espagnol : « *trato* ») pacifique avec les Indiens, et promouvoir leur conversion au catholicisme. »

l'établissement d'administrations coloniales sur les populations autochtones avec pour objectif de les civiliser<sup>239</sup>.

Brièvement mentionnés précédemment, les développements en matière de droits autochtones intervenus en U.R.S.S. à partir des années 1930 conduisent à une stagnation, voire à une régression, des droits autochtones dans cet Etat. Sous l'effet de politiques reflétant le credo égalitariste et collectiviste de l'idéologie communiste, les peuples autochtones de l'Union soviétique subissent une assimilation forcée au point parfois d'être menacés d'extinction. Les fondements idéologiques d'un égalitarisme prolétarien absolu des politiques et législations de l'Union soviétique à l'égard des autochtones inscrit les comportements étatiques correspondants en contradiction ouverte avec le consensus international naissant et les droits autochtones acquis précédemment à l'époque de l'Empire russe.

Contrairement à la première catégorie de comportements examinée *supra*, cette deuxième catégorie est plus problématique pour le processus coutumier dans la mesure où l'identification d'une intention claire des Etats à limiter, voire à revenir sur les droits et protections autochtones précédemment acquis est susceptible de porter atteinte à la cohérence et à la continuité de la pratique et du processus coutumier. Dans cette catégorie de comportements qui sont à proprement parler des actes contraires, la clarté des intentions véritables identifiées ne permet pas d'invoquer le principe de bonne foi, comme c'était le cas concernant la première catégorie de comportements.

Indépendamment des deux catégories de comportements qui viennent juste d'être examinés, il convient de prêter attention à un troisième schéma de comportements étatiques problématiques. La distinction porte sur le niveau où se situe la contradiction entre un comportement donné et le processus coutumier. Alors que dans les deux catégories de comportement précédentes, la contradiction se situe entre différents comportements ou au sein

---

<sup>239</sup> *Acte général de la Conférence de Berlin*, 26 février 1885. Malgré l'ambiguïté apparente posée par le désir des puissances colonisatrices « d'accroître le bien-être moral et matériel des populations indigènes » (partie introductive) et malgré le caractère positif du souci du destin des autochtones, le paternalisme des dispositions et leur formulation ne sauraient dissimuler les intentions réelles des Etats et leur approche pragmatique en vue de sécuriser leurs conquêtes coloniales. L'article 6 est révélateur : « Toutes les puissances [...] s'engagent à veiller à la conservation des populations indigènes et à l'amélioration de leurs conditions morales et matérielles d'existence » ; l'Etat doit protéger les organisations et missions créées aux fins « d'instruire les indigènes et à leur faire comprendre et apprécier les avantages de la civilisation » s'inscrivent ouvertement dans une vision transitionnelle qui sous-entend à terme l'extinction des peuples autochtones. En revanche, ce constat négatif est nuancé par la disposition suivante : « La liberté de conscience et la tolérance religieuse sont expressément garanties aux indigènes comme aux nationaux et aux étrangers. »



d'un comportement d'un même Etat, la catégorie d'actes présente situe la contradiction entre une pratique étatique cohérente et les pratiques des autres Etats sous-tendant le processus coutumier postulé. En d'autres termes, dans le premier cas la contradiction affecte la cohérence des comportements d'un Etat donné ; dans le second cas c'est la pratique cohérente de certains Etats qui se trouve en contradiction avec la convergence naissante. Ces Etats se trouvent alors dans une position analogue à celle de l'objecteur persistant, sans que leur opposition au consensus naissant soit toujours exprimée ni clairement identifiable. L'appréciation et la qualification de ces comportements est étroitement dépendante de la perspective chronologique dans laquelle se situe l'examen : à un stade initial du processus coutumier, ces comportements peuvent offrir une restriction sévère au développement du processus coutumier s'ils s'y opposent, alors que d'éventuels changements de comportements à une période ultérieure peuvent s'assimiler à des ralliements tardifs à la pratique et à une consolidation du processus coutumier. Il est essentiel de conserver cette perspective chronologique à l'esprit lors de l'examen des comportements de cette catégorie lors de la période initiale considérée car nombre d'entre eux, bien que d'une constance certaine, subiront des changements parfois spectaculaires à un stade ultérieur du processus coutumier. Leur examen à ce stade s'avère néanmoins nécessaire car ces comportements fournissent le contexte d'émergence du processus et permettent d'en apprécier la portée, les limites et les perspectives d'évolution lors de la période initiale considérée. Les nombreuses politiques étatiques initialement hostiles aux peuples autochtones forment le contexte d'émergence du processus coutumier et ses limites initiales appelées à évoluer par la suite. Ce qui caractérise le processus coutumier est le principe de ralliement progressif, si bien que seule une régression des comportements étatiques allant vers un éloignement vis-à-vis de la pratique générale peut être éventuellement considérée comme un obstacle au processus coutumier. En outre, les comportements isolés d'Etats semblent d'autant moins susceptibles d'affecter la structuration de la pratique que la règle coutumière émergente est de portée générale.

Ces remarques préliminaires exposées, il convient à présent d'examiner ces comportements. Ceux-ci sont souvent la conséquence de l'adhésion des juridictions de l'Etat à la doctrine juridique de la *terra nullius* jusque dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, comme en Australie et en Afrique du Sud. Dans ces Etats, outre l'absence de comportements notables allant dans le sens du processus coutumier durant la période initiale considérée<sup>240</sup>, on relève

---

<sup>240</sup> Ces Etats sont souvent dénués d'une tradition de conclusion de traités autochtones et ne reconnaissent pas en pratique la doctrine du titre autochtone, bien que leurs juridictions relèvent de la *Common law*.

au contraire la conduite de politiques et l'adoption de législations discriminatoires ayant pour effet de marginaliser les communautés autochtones. En Australie, la doctrine de la *terra nullius* sera d'application générale et incontestée par les juridictions tout au long de la période initiale considérée. Elle est confirmée encore en 1971 par la Cour suprême du Territoire du Nord<sup>241</sup>. De même en Malaisie où le *National Land Code 1965*<sup>242</sup>, qui s'inspire du système australien, dénie l'existence du titre autochtone dans le droit malaisien.

Autre juridiction interne à s'inspirer du système australien, la Papouasie-Nouvelle-Guinée fera application du principe d'indéfaisabilité du titre de propriété durant toute la période initiale. En vertu de ce principe, tout titre de propriété foncière délivré à l'acquéreur par l'Etat ne peut être défait par l'invocation du titre autochtone dès lors que ce titre de propriété a été régulièrement émis<sup>243</sup>. Pas même la preuve de l'existence d'un titre autochtone antérieur attaché aux terres en cause n'est susceptible de conduire à l'invalidation du titre de propriété délivré. Cette pratique, revenant *de facto* à miner la sécurité juridique du titre autochtone pourtant reconnu, présente un obstacle sérieux à l'invocation par les autochtones de Papouasie du titre autochtone en vue de recouvrer leurs anciennes terres. Le principe d'indéfaisabilité du titre de propriété ne sera remis en cause que dans les développements récents.

En Afrique du Sud, l'expropriation du peuple des Richtersveld de leurs terres par le gouvernement sud-africain à partir de 1927 à des fins d'exploitation minière au bénéfice d'une société d'Etat<sup>244</sup> s'est également fondée sur la doctrine juridique de la *terra nullius*, que l'Afrique du Sud avait invoquée lors de son annexion desdits territoires en 1847.

---

<sup>241</sup> *Milirrpum et autres c. Nabalco Pty Ltd et le Commonwealth d'Australie*, Cour suprême du Territoire du Nord, 27 avril 1971, [1971] 17 F.L.R. 141. Le juge Blackburn y rejette la doctrine du titre autochtone et y réaffirme celle de la *terra nullius*.

<sup>242</sup> Act 56 (1965), section 4.2.

<sup>243</sup> *Gibbs c. Messer*, P.C., 1891, A.C. p. 254 ; *Gardien de propriété expropriée c. Tedep et autres*, Haute Cour d'Australie (alors juridiction d'appel de la Cour suprême de Papouasie), 30 novembre 1964, 113 C.L.R. p. 331. La section 40 du *Land Registration Ordinance* telle qu'amendée en 1925 dénie aux autochtones le droit de s'inscrire au Registre de l'Etat comme propriétaires fonciers, droit dont ils jouissaient antérieurement. Ce système perdurera après l'accession de la Papouasie-Nouvelle-Guinée à l'indépendance pour n'être remis en cause par la jurisprudence que récemment, v. notamment *Emas Estate development Ltd c. John Mea* in [1993] P.N.G.L.R. 227. Pour une analyse approfondie du système, v. John T. MUGAMBWA, "Judicial assault on the citadel of undefeasibility of title under the Papua New Guinean Torrens system of conveyance", *Journal of South Pacific Law*, tome 5, 2001.

<sup>244</sup> Cet épisode donnera lieu à une affaire judiciaire pour restitution en 2003-2004. Cette affaire a conduit à la reconnaissance du titre autochtone par les juridictions sud-africaines, v. note 636 *infra*.

L'Inde fait également figure de cas particulier en matière de titre autochtone puisque sa pratique en constitue un rejet. L'inaliénabilité du titre au profit de non-autochtones n'a pas été reconnue par les juridictions indiennes durant les développements initiaux de la colonisation, entérinant la pratique de vente de terres autochtones à des colons<sup>245</sup>. L'alignement des juridictions internes au début du XX<sup>e</sup> siècle sur la doctrine de la continuité<sup>246</sup>, qui présume une continuation des droits ancestraux après l'établissement de la souveraineté de la puissance coloniale administrante, n'a pas eu d'effet concret jusqu'à la fin de la période initiale. Ainsi, la plupart des territoires sur lesquels sont établis les Adivasi d'Inde sont propriété d'Etat.

Ces positions et comportements discriminatoires acquièrent un caractère de plus en plus marginal et de moins en moins tenable à mesure que progresse le processus coutumier. En effet, par exemple, dès 1885, l'Acte général de la Conférence de Berlin affirme, de manière certes plus ou moins sincère, la nécessité d'inclusion des autochtones dans la société coloniale, évolution qui sera confirmée par l'approche assimilationniste dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, culminant avec l'adoption de la Convention n° 107 de l'O.I.T. Si l'inadéquation de l'approche assimilationniste a déjà été mise en évidence et repose, tout comme la ségrégation, sur le point de vue que les autochtones suivent un processus inéluctable de déclin, les bonnes intentions sous-tendant l'approche assimilationniste témoignent du divorce progressif entre les conceptions ségrégationnistes et discriminatoires reposant sur la fiction juridique de la *terra nullius* d'une part et la direction prise par le processus coutumier d'autre part.

### B – Appréciation de la constance

A partir de l'examen de ces différentes catégories d'actes contraires, c'est la constance de la pratique qu'il s'agit d'apprécier dans la mesure où les premiers sont de nature à hypothéquer la seconde et, partant, à invalider le processus coutumier. Bien que la jurisprudence se soit parfois prononcée pour la nécessité d'une pratique parfaitement

---

<sup>245</sup> L'opinion conjointe de l'*Attorney-General* et du *Solicitor-General* d'Angleterre de 1757 (dite opinion Pratt-Yorke) entérine la validité des acquisitions foncières réalisées au profit de la Compagnie britannique des Indes orientales à partir de princes autochtones sans nécessité d'autorisation préalable de la Couronne.

<sup>246</sup> Opinion *Vaje Singji Jorava Ssingji c. Secrétaire d'Etat pour l'Inde*, P.C., 1924, L.R. 51 I.A. 357, suivi par la Cour suprême indienne dans l'affaire *Virendra Singh et autres c. Etat de l'Uttar Pradesh*, 29 avril 1954, I.N.S.C. 55, et d'autres arrêts ultérieurs à la période initiale considérée dans le présent titre.

uniforme<sup>247</sup>, la doctrine admet que ce cas d'école est le plus souvent difficile voire impossible à vérifier dans la pratique<sup>248</sup>, et accepte volontiers de représenter le *continuum* par la notion de constance relative<sup>249</sup>. L'interruption de la pratique par des comportements contraires n'est pas nécessairement de nature à en affecter la cohérence, et le juge international appréciera souvent le degré de cohérence en fonction des circonstances spécifiques à chaque affaire. En l'absence d'un seuil objectif de cohérence à l'aune duquel l'existence de la pratique pourrait être confirmée ou infirmée, plusieurs critères s'avèrent néanmoins utiles afin d'examiner l'incidence des comportements contraires sur le processus coutumier à l'étude. L'application combinée de ces critères offre une appréciation plus précise de l'incidence des comportements contraires sur le processus coutumier.

Premièrement, le moment auquel interviennent les comportements contraires joue un rôle dans le degré d'affectation du *continuum*. Il paraît en effet raisonnable de supposer qu'un comportement contraire se produisant au début du processus coutumier affectera moins celui-ci que lorsqu'il se produit à un stade plus avancé de la structuration de la pratique. En effet, au début du processus, la formation de la pratique est encore relativement indéterminée, et ce processus nécessairement inachevé s'inscrit, par sa nouveauté même, en rupture avec le contexte juridique existant qu'il modifie peu à peu. En l'espèce, l'immense majorité des comportements<sup>250</sup> divergents examinés se sont produits à un stade encore peu avancé du

---

<sup>247</sup> Charles DE VISSCHER, « La codification du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1925-I, tome 6, p. 352 : « il importe surtout que la série des actes qui, comme les anneaux d'une chaîne, constituent cette pratique, ne soit pas rompue par d'autres actes qui en détruisent l'unité » ; Sentence arbitrale du 17 juillet 1965 sur *l'Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948* (Etats-Unis c. Italie), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, tome XVI, p. 100 : « seule une pratique constante, effectivement suivie et sans changement peut devenir génératrice de droit international coutumier ». Dans l'arrêt du 17 août 1923 en l'affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (France et autres c. Allemagne), la C.P.J.I. évoque une « pratique internationale constante » (p. 25). De même, dans l'arrêt du 12 avril 1960 sur l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), la C.I.J. mentionne une « pratique constante et uniforme » (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 40).

<sup>248</sup> Serge SUR, *op. cit.*, 6 mars 2006 (v. note 36 *supra*) ; C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §186 p. 98 : « Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les Etats s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats. La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. »

<sup>249</sup> Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), p. 431.

<sup>250</sup> Parmi ces comportements examinés et référencés *supra* : instauration de la 'Native Land Court' en Nouvelle-Zélande en 1865 et son activité subséquente, politiques assimilatrices et doctrine du *trusteeship* (jusqu'à la décolonisation), sentence *Caguya* (1926), sentence *Palmas* (1928), arrêt *Groënland oriental* (1933), affaire des Black Hills (Etats-Unis, première moitié du XX<sup>e</sup> siècle), systèmes de domination coloniaux en Amérique latine (mis en place avant le XIX<sup>e</sup> siècle, exemple des Mapuches au Chili), *Native Land Act* adopté en Nouvelle-Zélande en violation du Traité de Waitangi (1909) et autres lois similaires, législation mentionnée au Brésil, au

processus coutumier, c'est-à-dire avant la Seconde Guerre mondiale, et avant que la dimension institutionnelle ait une incidence significative sur le processus coutumier. Seule la survivance de la doctrine de la *terra nullius* au cours de la période plus récente semble de nature à limiter quelque peu la cohérence ou constance de la pratique. Mais sur ce point, il semble que cette survivance, en diminution constante, ne se maintienne après 1945 que dans des cas isolés de jurisprudence. En effet, les exemples de comportement interne en faveur de la doctrine de la *terra nullius* sont relativement anciens<sup>251</sup> et leur nombre semble chuter drastiquement avec l'initiation du processus de décolonisation. Si la C.P.J.I. semble encore en 1933 accepter implicitement dans son raisonnement la doctrine de la *terra nullius* dans son arrêt en l'affaire du Groënland oriental, à partir des années 1960 les juridictions internes faisant application de la doctrine de la *terra nullius* font de plus en plus figure de cas isolés<sup>252</sup> au sein de la société internationale et les développements internes ultérieurs<sup>253</sup> confirment qu'il s'agit alors davantage d'une aberration juridique, survivance ultime de la période de la colonisation et appelée à se résorber, que d'actes de nature à porter atteinte à la progression de la pratique sur le long terme. Tout au plus en affectent-ils la constance de manière temporaire à l'époque de leur survenance.

Un deuxième critère possible est le degré de divergence des comportements contraires par rapport au contenu de la norme en cours d'émergence. La première catégorie de comportements ne pose pas problème pour la cohérence de la pratique dans la mesure où, en l'absence d'une contradiction irréductible avec la norme émergente d'autodétermination interne, les ambiguïtés de ces comportements se heurtent à la présomption de bonne foi des Etats dans leurs relations internationales. La seconde catégorie, posant une contradiction ouverte et assumée avec le processus coutumier, a vu ses manifestations décliner après 1945 pour disparaître peu à peu. Il n'est à cet égard pas à exclure qu'un acte contraire, loin

---

Vénézuéla et en Argentine (XIX<sup>e</sup> siècle et début du XX<sup>e</sup> siècle), nullité des traités numérotés prononcée au Canada (arrêt *Rex c. Syliboy*, 1929), politique d'assimilation idéologique en U.R.S.S. (jusque dans les années 1960).

<sup>251</sup> Parmi les comportements examinés *supra* : arrêt *Wi Parata c. Evêque de Wellington* (Nouvelle-Zélande, 1877), spoliation foncière des Richtersveld (Afrique du Sud, 1927).

<sup>252</sup> V. l'arrêt *Milirrpum c. Nabalco Pty Ltd* de 1971 examiné précédemment (note 241 *supra*), qui confirme la validité de la doctrine de la *terra nullius* en Australie. V. également les comportements analysés *supra* concernant la Malaisie et l'Afrique du Sud (chapitre 1, section 1).

<sup>253</sup> Examinés pp. 255-272 *infra*. V. notamment l'arrêt *Mabo et autres c. Etat du Queensland (n° 2)*, Haute Cour, 3 juin 1992, [1992] 175 C.L.R. 1, qui aligne l'Australie sur les autres juridictions de *Common law* – et par extension sur le droit international – en récusant la doctrine de la *terra nullius* et en reconnaissant l'existence du titre autochtone sous *Common law* en Australie. Comme le montrent les développements récents examinés *infra*, l'abolition de la doctrine de la *terra nullius* aura lieu dans toutes les autres juridictions internes concernées, y compris la Malaisie et l'Afrique du Sud.

d'affecter négativement le processus coutumier, conduise au contraire à le stimuler s'il conduit à l'émergence d'un consensus opposé. La troisième catégorie de comportements identifiés, appelée également à décliner après 1945, manifeste un degré de divergence plus élevé et donc plus problématique par rapport à la norme coutumière en cours d'émergence. Cette divergence est radicale car les comportements en question manifestent le déni d'existence des titulaires mêmes de la norme en cours d'émergence. Cependant, ce trait montre que la divergence ne porte pas sur un trait essentiel de la norme en cours d'émergence. De plus, l'abandon progressif de la doctrine de la *terra nullius* par les Etats, marquant leurs alignements successifs sur la pratique majoritaire, est généralement assorti d'une forte condamnation de la doctrine au nom de principes moraux et de justice. Cette forme d'auto-critique interrompt en quelque sorte la continuation ultérieure des effets juridiques du comportement abandonné et permet de défendre l'hypothèse d'un amenuisement de l'effet négatif de cette catégorie de comportements sur le processus coutumier. Au terme de la période initiale, l'unité de la pratique est affectée par ces comportements, mais les développements ultérieurs montreront que cela n'est que temporaire et que la contradiction n'est pas insurmontable.

Concernant la seconde catégorie de comportements, ceux-ci doivent être appréciés à l'aune d'un troisième critère. La lecture de ces comportements doit se faire en conjonction avec leurs qualifications par leurs auteurs, c'est-à-dire par le degré de clarté du comportement. De même que la justification éventuelle par les auteurs du caractère exceptionnel de leurs actes peut conduire à priver ceux-ci d'un effet de précédent, le fait qu'un Etat n'accompagne son acte contraire d'aucune déclaration ou prise de position le qualifiant, comme c'est généralement le cas en l'espèce concernant la seconde catégorie d'actes, peut signifier qu'il n'entend pas s'opposer à la norme émergente en cours. L'Etat situe ainsi son action en dehors du processus coutumier tant que celui-ci n'a pas abouti à l'accession du nouveau principe à la normativité. C'est ainsi que l'on peut aborder encore les applications tardives de la doctrine de la *terra nullius*, c'est-à-dire sous l'angle de leur inertie due à leur ancienneté historique plutôt que sous celui d'une quelconque réalité de leur normativité contemporaine. Ce point est conforme à l'approche communautaire du processus coutumier en vertu duquel la norme émergente de l'autodétermination interne comme droit des peuples autochtones devient opposable y compris aux Etats faisant encore une application de la doctrine de la *terra nullius* à condition que ceux-ci ne soient pas éligibles au statut d'objecteur persistant. C'est

généralement le cas, à en juger par l'absence d'opposition expresse et répétée des Etats en cause au consensus international naissant après 1945<sup>254</sup>.

Quatrièmement, la fréquence des cas de divergence permet également d'en apprécier l'effet sur le processus coutumier. Or, la fréquence des comportements ouvertement contraires reste faible en l'espèce et s'amenuise logiquement à mesure que le processus coutumier s'affermi. Elle n'est pas de nature à conduire à la formation d'un corpus structuré de pratiques contraires qui viendrait se dresser contre les pratiques du processus coutumier et l'annuleraient en vertu d'un jeu à somme nulle. Au contraire, ce déclin peut être interprété comme un signe de consolidation progressive du processus coutumier et de la structuration de la norme.

Cinquièmement, enfin, la portée des comportements contraires doit être appréciée en tenant compte des réactions et jugements des autres Etats vis-à-vis des comportements en question. Sur ce point, la C.I.J. considère qu'« [i]l lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. »<sup>255</sup> En l'espèce, il est possible de mettre en évidence de telles condamnations. La jurisprudence interne problématique en Nouvelle-Zélande a été condamnée par le Conseil privé, bien qu'il ait fini ensuite par s'incliner. Le recours à la doctrine de la *terra nullius*, appliquée par certaines juridictions internes, a fait l'objet de condamnations grandissantes par d'autres membres de la société internationale insistant avec raison sur l'artifice injuste de cette fiction juridique. De manière générale, la dénonciation généralisée des comportements étatiques envers les peuples autochtones – logiquement portée d'abord par les Etats « vertueux » à l'encontre des Etats discriminants – a contribué à l'internationalisation de la question autochtone dans les années 1970 et à une nouvelle vitalité donnée au processus coutumier. Outre l'héritage historique des discriminations à l'encontre des autochtones, c'est notamment la condamnation des comportements contraires qui est sous-jacente à la commande par les Nations Unies en 1971 de l'*Etude du problème de la discrimination à*

---

<sup>254</sup> Pour la nécessité d'une opposition répétée formulée au stade de formation de la norme, v. C.I.J., *Affaire des pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt, 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 131.

<sup>255</sup> C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §186 p. 98 (précité). Voir également Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), p. 437.

*l'encontre des populations autochtones* de José R. Martínez Cobo, puis à l'établissement en 1982 du groupe de travail chargé d'élaborer un projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones.

Il en ressort qu'à partir des années 1970-1980, les comportements allant contre les principes – encore mal articulés et dénués de positivité juridique – d'une forme d'autodétermination interne pour les peuples autochtones deviennent de moins en moins acceptables aux yeux de la société internationale. Ce tournant correspond au stade de l'émergence de l'*opinio juris* dans le cadre du processus coutumier. Dans d'autres cas, c'est l'absence même de réaction des autres Etats face au comportement contraire d'un Etat qui conduit à présumer le caractère confirmatoire de cet acte quant à l'affirmation du processus coutumier<sup>256</sup>. L'absence de réaction s'assimile alors à un refus de la part de la société internationale ou des Etats participant au processus coutumier d'accorder au comportement contraire la faculté de déstabiliser le processus coutumier ou d'en modifier le cours. Le comportement problématique se trouve ainsi décrédibilisé et son éventuelle participation au processus coutumier prévenue. On peut citer à cet égard l'exemple de la persistance de la doctrine de la *terra nullius* au sein de la jurisprudence interne australienne. Si ce développement est aujourd'hui communément dénoncé comme une anomalie par la doctrine et les commentateurs qualifiés<sup>257</sup>, les Etats et la jurisprudence internationale se sont montrés en revanche bien plus circonspects sur cette question à l'époque de l'arrêt *Milirrpum c. Nabalco Pty Ltd* rendu par la Cour suprême du Territoire du Nord en Australie en 1971. Cette discrétion ne doit pas forcément s'interpréter comme un acquiescement de la part des Etats mais peut témoigner du choix de ceux-ci d'insister sur certains développements plutôt que sur d'autres dans le cadre du processus coutumier, en témoignent le sens des développements et des prises de position au sein du processus coutumier et la perte de vitesse progressive de la doctrine de la *terra nullius*. Dans cette perspective, les comportements contraires, non

---

<sup>256</sup> Voir à cet égard Anthony D'AMATO, *op. cit.*, 1971 (v. note 224 *supra*), chapitre 7 « *Reinforcing factors* ». Evoquant le cas de figure de comportements contraires qui sont maintenus en dehors du processus coutumier par l'absence de réaction des autres Etats, l'auteur justifie ce silence par un « realistic political assessment » de la part des Etats s'abstenant de réagir. L'absence de protestation ne signifie donc pas nécessairement acquiescement. Ce cas de figure doit être distingué de l'acquiescement défini par Iain C. MacGIBBON comme « *silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection* » in « The Scope of Acquiescence in International Law », *B.Y.I.L.*, tome 31, 1954, p. 143, et envisagé par le rapporteur spécial Sir Michael WOOD : « L'inaction de l'Etat peut être un élément essentiel à la formation et à la détermination de règles du droit international coutumier, en particulier lorsqu'elle vaut acquiescement ou est regardée comme tel » (A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), §42 p. 30).

<sup>257</sup> V. à cet égard les études approfondies et d'autorité de Richard H. BARTLETT, *Native Title in Australia*, 2<sup>e</sup> édition, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths Australia, 2004, 773 p. et de Simon YOUNG, *op. cit.*, 2008 (v. note 58 *supra*), 483 p.



illégaux tant que la nouvelle norme coutumière n'est pas complètement formée, sont vus comme des illustrations de l'ordre juridique précédent appelés progressivement à se résorber à la faveur de l'ajustement du processus coutumier. A ce titre, ils sont passés sous silence par les Etats, manifestant le caractère nécessairement sélectif du processus coutumier dès lors qu'il opère une rupture avec l'ordre juridique existant. De manière connexe à ce phénomène, le comportement contraire est suivi de la polarisation des opinions et de la formation d'un consensus inverse qui conduit à faire naître ou à renforcer la pratique.

L'ensemble de ces cinq critères, dont la valeur est citée par la doctrine générale, tendent vers une conception communautaire du processus coutumier en vertu duquel est requis l'accord général – non unanime – des Etats dans leur ensemble afin de valider l'émergence d'une norme coutumière nouvelle. Concernant l'affermissement de la pratique avant l'émergence de l'*opinio juris*, processus à l'œuvre durant la majeure partie de la période initiale considérée, il ne s'agit pas d'accord à proprement parler dans la mesure où la convergence des pratiques ne fait l'objet que d'une conscience partielle des Etats. A la lumière des comportements étatiques examinés *supra* et appréciés à la lumière de l'ensemble des cinq critères utilisés simultanément, il est raisonnable de conclure que vers la fin de la période initiale considérée, le stade de formation de la pratique a réuni la convergence de comportements d'un certain nombre d'Etats<sup>258</sup> constituant le socle de structuration de cette pratique appelé à s'élargir. La quasi-totalité de ces Etats sont des Etats particulièrement intéressés, c'est-à-dire dont une ou plusieurs sections de la population est autochtone. On compte également quelques grandes puissances géopolitiques de l'époque<sup>259</sup>, facteur qui a parfois été évoqué comme influençant qualitativement le processus coutumier et le consensus atteint. Comme il ressort de la suite de l'examen, le nombre d'Etats à rejoindre le processus coutumier ne cessera de croître au cours de la période ultérieure<sup>260</sup>, reflétant le caractère dynamique et fluide du processus coutumier. Stimulé par l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier<sup>261</sup>, le début d'apparition d'une *opinio juris* timide

---

<sup>258</sup> Ce groupe d'Etats compte au moins l'ensemble des Etats parties à la Convention n° 107 de l'O.I.T. (v. note 173 *supra*), le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, la Finlande, la Malaisie, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, la Suède, l'U.R.S.S. Il ne s'agit pas d'un consensus exprimé entre ces Etats mais d'une convergence de comportements parfois assortie d'une influence mutuelle. Cette liste n'est pas limitative.

<sup>259</sup> Notamment les Etats-Unis d'Amérique et l'U.R.S.S.

<sup>260</sup> En comparaison, le consensus général actuel est reflété par la majorité décisive des Etats ayant manifesté leur adhésion à la *D.N.U.D.P.A.* du 13 septembre 2007 : suite aux ralliements postérieurs à son vote d'adoption, la Déclaration, document certes dénué de force juridique obligatoire, bénéficie aujourd'hui de l'adhésion formelle d'au moins 150 Etats sur les 193 membres de l'O.N.U. (77,7%) à laquelle s'ajoute par déduction un soutien informel plus large encore. Ce point fait l'objet d'un examen ultérieur détaillé, v. pp. 504-505 *infra*.

<sup>261</sup> V. examen pp. 272-286 *infra*.

est détectable à la fin de la période initiale. L'affermissement d'une *opinio juris*, ajoutant au processus un caractère conscient, en accélère la vitesse et facilite également l'identification des Etats participants car leur assentiment est verbalisé et devient ainsi un véritable accord. L'examen des comportements contraires identifiés ne permet pas de conclure de manière convaincante que ceux-ci portent véritablement atteinte au processus coutumier. Tout au plus le ralentissent-ils momentanément et peuvent être interprétés, dans le cadre d'une pratique encore en cours de structuration et d'une *opinio juris* seulement à venir, comme la manifestation du phénomène d'ajustement et de transition qui caractérise le processus coutumier. Une telle interprétation est permise rétrospectivement à la lumière des développements ultérieurs.

De même, le ralentissement – voire à certains égards le mouvement rétrograde – des développements intervenus durant la période westphalienne ne semble pas de nature à remettre en question leur caractère constitutif du processus coutumier au moins pour deux raisons. Premièrement, s'il est difficile d'établir avec précision le moment du début du processus coutumier, il semble que cette question ne présente qu'un intérêt réduit dans le cadre de la présente étude puisque celle-ci consiste en l'administration de la preuve du processus coutumier concernant l'existence d'une norme spécifique à l'époque contemporaine. De plus, il est évident qu'à la fin de la période initiale considérée, le processus coutumier existe bel et bien, en témoignent la protopratique devenue pratique et les premiers signes d'émergence – certes encore incertaine – d'une *opinio juris* à partir de la fin des années 1970. Deuxièmement, même à considérer que les débuts du processus coutumier remonteraient aux développements antérieurs à la période westphalienne du XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine a déjà admis la possibilité, certes exceptionnelle, d'une interruption du processus coutumier et de sa reprise ultérieure. L'interruption ne semble pas, *a posteriori*, porter obstacle à la naissance de la nouvelle norme coutumière dès lors que la pratique et l'*opinio juris* se dégagent après l'interruption sont suffisamment affirmées. Les titres suivants montrent que c'est précisément le cas en l'espèce à l'époque contemporaine. Notamment, tous les comportements dont la substance serait de nature à porter une atteinte fondamentale au contenu de la norme en cours de formation semblent être les premiers à être dépassés par le cours du processus coutumier, à l'exception notable de quelques Etats isolés qui ne s'aligneront que tardivement – Afrique du Sud, Australie, Malaisie notamment. Ce retard s'explique généralement par des circonstances internes exceptionnelles, tel le régime d'apartheid en Afrique du Sud ou encore le régime discriminatoire envers les autochtones en

Australie. Ces régimes ont été vigoureusement condamnés par la communauté internationale à l'époque, ce qui confirme leur caractère d'aberration. Dans d'autres cas<sup>262</sup>, la manifestation seulement récente d'une reconnaissance expresse du titre autochtone ne fait pas du silence antérieur des Etats concernés un acte contraire au processus coutumier.

## §2 – La pratique comme construction rétrospective

L'identification des deux éléments du processus coutumier contient une dimension interprétative, révélant la part de subjectivité que recèle la position du juge ou de l'analyste dans la démarche d'administration de la preuve. Cette dimension touche tout aussi bien la pratique (A) que l'*opinio juris* (B) et doit être prise en compte dans l'examen du processus coutumier, qui se révèle ainsi loin d'être une science exacte.

### A – Identification de la pratique et administration de la preuve

Loin d'être un fait objectif, la pratique semble plutôt se présenter dans la plupart des cas comme une construction subjective et rétrospective, se fondant qui plus est sur un ensemble de comportements nécessairement sélectif. La pratique est souvent recherchée et son existence démontrée – ou infirmée – par le juge au gré des litiges en jeu. En d'autres termes, la perception du juge est déterminée par les cas concrets en présence. A cet égard, le rôle du juge international a souvent été caractérisé comme revêtant une part législative<sup>263</sup>, par contraste avec le juge interne dont le rôle se limite à l'application de la loi, en en interprétant certes la portée. Ce caractère rétrospectif et subjectif de l'interprétation du juge international

---

<sup>262</sup> Reconnaissance tardive de principe du titre autochtone dans les juridictions internes suivantes : Botswana : *Roy Sesana Keiwa Setlhobogwa et autres c. Avocat-Général*, Haute Cour, 13 décembre 2006 (faisant référence à certains principes du projet de Déclaration) ; Malaisie : *Adong bin Kuwau et autres c. Kerajaan Negeri Johor et un autre*, Haute Cour de Jahor, injonction initiale n° 24-828-94, 21 novembre 1996, [1997] 1 *M.L.J.* 418, suivi de *Nor Anak Nyawai et autres c. Borneo Pulp Plantation Sdn Bhd et autres*, [2001] 6 *M.L.J.* 241 et *Sagong bin Tasi et autres c. Kerajaan Negeri Selangor et autres*, [2002] 2 *M.L.J.* 591 ; Tanzanie : *R. c. Bukunda Kilanga et autres*, High Court Sessional Case n° 168, 1976, et *Noya Gomusha et autres c. R.*, 1980, T.L.R. 19.

<sup>263</sup> Peter HAGGENMACHER, *op. cit.*, 1986 (v. note 33 *supra*), n° 50 p. 113 : « [I]’établissement d’une norme coutumière ne se réduit pas à vérifier objectivement la réalisation du pseudo-processus de formation suggéré par la doctrine classique et à en constater passivement le résultat : le juge ne se borne pas à cueillir un fruit mûri sur l’arbre de la pratique au soleil de l’*opinio juris*. Son rôle est au contraire créateur, quasi-législatif » ; Hans KELSEN, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, n° 1, 1939, pp. 263-269 ; Charles DE VISSCHER, *Problèmes d’interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, pp. 219-251.

apparaît évident dans le cas d'espèce pour la période initiale dans la mesure où le processus coutumier fait ici l'objet d'une tentative de démonstration<sup>264</sup>. En effet, les comportements atténuants successifs des Etats ainsi que les prises de position de ces Etats suggèrent qu'à l'époque, nombre de sujets du droit international non seulement n'avaient pas l'intention d'établir par leurs actes une nouvelle règle coutumière en matière d'autodétermination autochtone, mais qu'au contraire ils entendaient en réalité établir l'exact opposé de la tendance indiquée par la pratique en question. Y compris au plan international, la signification attribuée par les Nations Unies à l'autodétermination au début du processus de décolonisation au lendemain de la Seconde Guerre mondiale sera appelée à évoluer dans une direction imprévue<sup>265</sup>. Illustration évidente de cette évolution non intentionnelle pour les acteurs initiaux, l'évolution du contenu, de la portée et de l'application de l'autodétermination allant d'un principe politique vers un droit défini juridiquement. Autrement dit, le début de structuration de la pratique n'intervient que de manière incidente. Par leurs actes, nombre d'Etats entendaient initialement s'opposer à l'établissement d'un régime juridique plus protecteur des droits autochtones.

Cette absence manifeste d'*opinio juris* jusqu'aux derniers développements de la période initiale, dans les années 1970, ne suffit pas *per se* à infirmer l'existence d'une pratique. Il faut pour cela examiner sa seule cohérence ou constance. Or, de l'examen précédent ressort un début de structuration d'un comportement régulier mais dont d'autres développements contraires limitent la cohérence. Cette cohérence apparaît insuffisante durant la majeure partie de la période initiale mais semble se cristalliser après 1945, ouvrant la voie à la consolidation d'une pratique. Les signes d'émergence d'une *opinio juris* à la toute fin de la période initiale confère à ce début d'agencement une orientation qui en renforce une cohérence et constance encore faibles. C'est pour une certaine part l'*opinio juris* qui confère à la pratique sa cohérence et sa structuration pour la différencier du simple usage. Cette

---

<sup>264</sup> Les positions du juge et de l'analyste de doctrine, dont le souci est respectivement d'administrer la preuve de l'existence d'une norme coutumière et de vérifier l'existence du processus coutumier, se rapprochent et acquièrent une importance décisive. Voir Peter HAGGENMACHER, *op. cit.*, 1986 (v. note 33 *supra*), pp. 105-106, suggérant que tout, dans leur démarche respective, se ramène à des « présomptions faites sur la base des données objectives du cas ». Le pouvoir d'orientation et de développement du droit que leur confère la tâche d'interprétation des comportements et des intentions des sujets de droit international est décisif, et l'existence même de la norme coutumière postulée dépendra bien souvent du succès de leur entreprise que l'on peut qualifier de « validation créatrice ». V. également le commentaire du même auteur p. 51 : « C'est l'impossibilité de conférer à ces données une signification commune qui interdit d'emblée d'y voir une véritable « pratique ». Le choix n'est donc pas entre une coutume et un usage, mais entre une pratique cohérente et un amas de faits disparates. »

<sup>265</sup> Comme examiné pp. 95-108 *supra*.

perspective fournit une justification à l'examen de la pratique antérieure aux années 1970 : l'*opinio juris* n'est pas seulement la qualification de comportements qui lui sont contemporains ; elle fournit également une orientation et une structuration *a posteriori* à des comportements antérieurs.

### B – Le caractère ordonnateur de l'*opinio juris*

L'absence d'*opinio juris* durant la majeure partie de la période initiale jusqu'aux années 1970 ne conduit pas pour autant à invalider l'existence d'un processus coutumier, et pas seulement parce que la doctrine traditionnelle envisage le plus souvent l'assise de l'*opinio juris* sur une pratique existante. Au contraire, il semble que l'absence de prise de position des Etats durant la période initiale fournisse la condition même ayant permis l'émergence ultérieure d'une *opinio juris*. Tant que l'*opinio juris* était encore inexistante, les Etats, agissant pour une part considérable selon leurs intérêts respectifs et suivant des motivations parfois contraires à la norme en jeu, n'ont cependant pas pris de positions suffisamment fortes, claires et généralisées qui auraient permis de prévenir l'émergence ultérieure d'une *opinio juris* allant dans un sens qu'ils n'avaient pas anticipé. Peu importe que l'intention derrière nombre de comportements étatiques intervenus durant la période initiale ait été carrément contraire au contenu de l'*opinio juris* apparue ultérieurement, en l'absence d'opposition ouverte et clairement formulée<sup>266</sup>, on ne peut conclure qu'à la conformité – ou du moins à l'absence de conflit – de ces comportements antérieurs à l'*opinio juris* ultérieure. Cette remarque est moins simplificatrice qu'elle y paraît au premier abord, notamment lorsque l'observateur garde à l'esprit le rôle créateur du juge et de l'analyste que confère à ceux-ci le caractère rétroactif et subjectif de leur diagnostic. Il ne s'agit pas d'attribuer anachroniquement aux Etats des intentions contraires à leurs intentions réelles, mais plutôt de

---

<sup>266</sup> La présence ou l'absence de prises de positions ou revendications formulées semble seule pertinente afin de déterminer l'intention d'un Etat liée à son comportement. Commentant l'*obiter dictum* de la C.I.J. dans son arrêt du 20 février 1969 sur les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas) concernant le sentiment de droit accompagnant l'*opinio juris*, le Comité sur la formation du droit international coutumier de l'A.D.I. déclare : « *For most of those who follow this approach, it is not so much a question of what a State really believes (which is often undiscoverable, especially since a State is a composite entity involving many persons with possibly different beliefs), but rather a matter of what it says it believes, or what can reasonably be implied from its conduct. In other words, it is a matter of what it claims* » (Conférence de Londres, 69<sup>e</sup> session, juillet 2000, Rapport final du Comité – *Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, p. 33). Il n'y a pas de raison à ce que cette illustration du principe général de bonne foi ne s'applique pas également dans le cadre de la structuration de la pratique antérieurement à l'émergence de l'*opinio juris*.

constater, en recourant notamment au principe de bonne foi présumée des Etats dans les relations internationales, que rien à l'époque de leur survenance ne puisse être assimilé à l'expression d'un consensus contraire à une *opinio juris* qui serait formulée ultérieurement. Non contradictoires et non qualifiés par des prises de position, ces comportements initiaux sont, appréhendés comme des faits, compatibles avec l'*opinio juris* ultérieure. Tout au plus, les rares actes se trouvant en contradiction ouverte avec les principes de la norme en jeu peuvent-ils s'analyser comme des actes isolés. Ces actes contraires sont antérieurs à l'accession de la norme en jeu à la normativité, réalisée seulement au stade où l'existence des deux éléments du processus coutumier est vérifiable.

Cet argument est en outre soutenu par la notion d'acquiescement de l'Etat en droit international. En l'absence de l'expression claire du consentement de l'Etat quant à l'opposabilité d'une norme à son égard, le juge peut recourir à l'acquiescement qui est une forme présumée d'acceptation par l'Etat, souvent déduite des circonstances de son silence ou de certains autres comportements<sup>267</sup>. Le juge ou l'interprète tient alors compte non de l'intention réelle des Etats mais de leur intention dite objective, ou telle qu'elle apparaît aux autres acteurs<sup>268</sup>. L'acquiescement se trouvera au cœur de la dynamique coutumière durant ses phases ultérieures, marginalisant la volonté individuelle de l'Etat lorsque la norme émergente se trouve à un degré avancé de maturation.

Ainsi transparaît le caractère ordonnateur de l'*opinio juris* qui fournit l'orientation des comportements constitutifs de la pratique. Ce rôle de grille de lecture joué par l'*opinio juris*, qui structure ainsi la pratique par un jeu de projection interprétative, est généralement acceptée par la doctrine en particulier dans le domaine des droits de l'homme, où une *opinio juris* affermie peut compenser une pratique faible ou inexistante<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Iain C. MACGIBBON, *op. cit.*, 1954 (v. note 256 *supra*), pp. 22-53 ; "Customary International Law and Acquiescence", *B.Y.I.L.*, tome 33, 1957, pp. 115-145 ; Alain PELLET, "The Normative Dilemma – Will and Consent in International Law", Rapport au colloque de Canberra, 1990, *Australian Yearbook of International Law*, tome 12, 1992, pp. 22-53. Ce point fait l'objet d'un examen plus approfondi pp. 348-405 *infra*.

<sup>268</sup> Hans DAS, « L'estoppel et l'acquiescement: assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *R.B.D.I.*, tome 2, 1997, Bruxelles, Bruylant, p. 628 : « Le juge présume que la volonté qui apparaît du comportement est conforme à la volonté réelle de l'Etat. »

<sup>269</sup> *Rapport de la Commission du droit international*, 66<sup>e</sup> session, Genève, 5 mai – 6 juin et 7 juillet – 8 août 2014, A/69/10, §141 p. 250. Admettant que « ce point de vue n'[est] pas étayé par la pratique des Etats ni la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », le Rapporteur spécial note toutefois qu'« il [peut] y avoir des variations dans l'application de l'approche de l'approche des deux éléments dans différents domaines ou à l'égard de différents types de règles ».

## Section 2 – Structuration partielle de la pratique

La simple répétition de comportements ne suffit pas à l'identification d'une pratique régulière. La structuration partielle de la pratique au cours de la période initiale est soutenue par une logique particulière de reproduction et d'imitation. En d'autres termes, il apparaît essentiel d'identifier le lien conduisant à la répétition de comportements. Sous l'effet de nouveaux facteurs liés à l'évolution de la structure de la société internationale, cette structuration s'accélère à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle pour aboutir à une pratique constituée et aux premiers signes d'émergence d'une *opinio juris*.

### §1 – L'effet entraînant de précédents isolés

La question à ce stade porte non sur la constatation d'une certaine régularité de comportements, mise en évidence précédemment, mais sur le processus dynamique, sur la dimension évolutive de cette régularité. Il s'agit d'examiner les liens de causalité conduisant à l'établissement et à la répétition des précédents. Cet examen permet de mettre en évidence que, malgré l'absence d'*opinio juris* durant la majeure partie de la période initiale, la répétition des comportements avant 1945 n'est pas le fruit du hasard ni des manifestations d'usages ou d'actes de courtoisie et peut être qualifiée de « protopratique », en dépit de son manque de constance générale.

La constitution d'un comportement cohérent est d'abord évidemment visible au sein de chaque Etat qui met en place sa politique et son régime juridique interne correspondant à une approche de plus en plus structurée et cohérente avec le temps. Mais, et c'est là tout l'intérêt pour le processus coutumier, il est possible de mettre en évidence, outre une certaine continuité de comportements au plan international identifiée précédemment, le lien de cause à effet, la reprise, l'inspiration des différents sujets du droit international lorsqu'ils adoptent des comportements en accord avec des comportements antérieurs d'autres sujets du droit international. Bien avant l'apparition de l'*opinio juris*, la continuité de comportements n'est

pas fortuite, ce qui permet de qualifier ces comportements précoces de protopratique<sup>270</sup> en dépit du caractère limité de la constance.

#### A – Le système de Common Law comme stimulant la répétition des précédents

Un exemple des plus évidents est la convergence progressive des jurisprudences et des comportements de différents Etats sous l'effet de la *Common law*. L'intrication la plus forte semble être entre les Etats-Unis et le Canada, dont l'influence politique et jurisprudentielle mutuelle est importante. La trilogie américaine du juge Marshall<sup>271</sup>, considérée souvent comme le corps jurisprudentiel séminal de la doctrine du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*, a inspiré la jurisprudence canadienne dans une large mesure, peut-être de manière encore plus étroite et directe que les autres juridictions de *Common law*. Cependant, cette conclusion doit être nuancée. Si la *Common law* a permis l'uniformisation progressive des droits autochtones au sein de juridictions différentes, cela n'a pas été le cas de toutes les juridictions de *Common law*. L'exception notable est l'Australie dont la jurisprudence interne, bien qu'intégrée au système de *Common law*, connaît des développements centrifuges en matière de titre autochtone jusqu'à une date aussi récente que 1992. A l'inverse, la doctrine du titre autochtone élaborée sous l'empire de la *Common law*, ayant trait à des aspects essentiels de la norme à l'étude, a pu influencer les comportements d'Etats situés hors du système de *Common law*. Notamment, le développement de régimes fonciers applicables aux autochtones dans certaines colonies françaises<sup>272</sup> procède de prémices théoriques similaires à celles de la doctrine du titre autochtone, supposant la rétention par les autochtones d'un fondement juridique à la jouissance de leurs territoires et de leurs ressources, au moins pour partie. Qu'il prenne la forme du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* ou de droits traditionnels dans le droit romain, ce fondement juridique autochtone a survécu à l'établissement de la souveraineté de l'Etat sur les territoires et les populations autochtones. Ainsi, la *Common law* offre un exemple en quelque sorte accentué de la dynamique de répétition et d'imitation qui joue dans le temps entre les différentes juridictions – faisant partie ou non du système de *Common law* – et influence les comportements étatiques.

---

<sup>270</sup> Abordée *supra*, chapitres 1 et 2.

<sup>271</sup> Jurisprudence examinée pp. 40-62 *supra*.

<sup>272</sup> V. le cas de la Nouvelle-Calédonie, p. 73 *supra*.



## B – L'incidence des attentes comportementales

La question centrale ici porte sur la nature du processus de formation de précédents, de leur répétition dans le contexte d'un droit international westphalien, essentiellement de coexistence. Il semble que les incitations des Etats à suivre certains comportements spécifiques de leurs pairs et de traiter lesdits comportements comme des précédents répondent durant cette période à la fois à des impératifs stratégiques<sup>273</sup> et à certains principes moraux ou de droit naturel. Cela a conduit à un processus coutumier lent, marqué par des incertitudes et une cohérence longue à s'affirmer. La logique de reproduction et d'imitation, conduisant à la constatation de l'existence d'un précédent propre à induire l'existence d'une règle coutumière, est complexe et a fait l'objet de nombreuses tentatives d'explications, souvent insatisfaisantes. L'approche proposée par Anthony d'Amato<sup>274</sup> semble néanmoins féconde dans le cas d'espèce. Cette approche reprend les observations de Clive Parry sur la structure de la société internationale<sup>275</sup> et la complète par la notion d'attentes engendrées par les comportements étatiques auprès des autres Etats. La société internationale a très peu de membres en comparaison avec les populations internes des Etats. De plus, l'absence d'autorité régulatrice centrale de la société internationale, par contraste avec les ordres internes des Etats, entraîne l'établissement et le maintien d'un état de paix instable entre les membres de la société internationale. Par conséquent, les comportements des Etats tendent à avoir un poids plus fort en raison même du caractère réduit de l'effectif de la société internationale. Ainsi, un comportement adopté par un Etat pour répondre à une situation particulière, s'il n'est pas jugé illicite par les autres membres de la société internationale, peut être constitué comme une façon acceptable de répondre à un problème donné et a de grandes chances d'être imité par un autre Etat rencontrant la même situation à l'avenir.

Dans ce cadre numérique restreint, les attentes des membres les uns par rapport aux autres sont plus fortes et plus promptes à s'établir que dans une société plus nombreuse, si bien que le comportement d'un membre pour répondre à une situation donnée, lorsqu'il s'avère être exécuté avec succès et efficacité et qu'il n'est pas jugé illicite par les autres

---

<sup>273</sup> Comme examiné *supra*, chapitre 1.

<sup>274</sup> Anthony D'AMATO, *op. cit.*, 1971 (v. note 224 *supra*), chapitre 6, section « *Factors of initiative and imitation* ».

<sup>275</sup> Clive PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, p. 59.

membres, a des chances plus élevées d'être reproduit ou invoqué par d'autres Etats se trouvant dans une situation similaire à l'avenir.

C'est ce que l'on peut constater dans le cas d'espèce concernant la réponse apportée par les Etats à la question autochtone. Tous les Etats confrontés à cette question sur leur territoire – colonial ou non – à un moment ou à un autre ont eu tendance à s'inspirer de réponses apportées par les autres Etats intéressés. Le caractère diachronique des réponses respectives apportées par les Etats constitue le vecteur de la structuration progressive d'une pratique dans la mesure où la diachronie est le siège de la dynamique de reproduction d'une initiative première. Au plan formel, on pourrait classer dans ces comportements reproduits par les Etats particulièrement intéressés la conclusion de traités avec les représentants autochtones comme moyen de régir leurs relations, l'acquisition de territoire et l'intégration des peuples autochtones dans l'Etat. Au plan matériel, il s'agit de constater que les régimes établis incluent presque toujours quelques normes fondamentales similaires, malgré les différences juridiques et culturelles entre les différents colonisateurs ou autorités – Espagne, Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Portugal, Russie notamment. Ainsi, les autochtones se voient presque toujours octroyer une forme d'autonomie limitée au sein des Etats sur lesquels ils vivent<sup>276</sup>. L'établissement de normes par un Etat fait parfois référence à des développements similaires antérieurs au sein d'autres Etats. La difficulté ici est de distinguer entre la répétition consciente ou inspirée – à la différence de l'*opinio juris* qui, à un seuil supérieur, insiste sur le sentiment de s'acquitter d'une obligation juridique – et la répétition fortuite ou logique gouvernée par l'accommodation des Etats ou la poursuite de leurs intérêts. Si toutes les répétitions ne sont pas encore la reproduction revendiquée d'un précédent antérieur, la référence parfois faite des Etats aux comportements antérieurs d'autres Etats dans une situation similaire, sans acquérir encore la forme ni la force d'une *opinio juris*, permet d'écarter l'hypothèse d'une répétition totalement fortuite. D'Amato considère qu'à la source de l'établissement d'une pratique qui constitue le siège d'une norme coutumière, une seule répétition – c'est-à-dire l'identification de deux comportements identiques – peut suffire à établir ladite pratique, à condition que cette répétition soit consciente. Le processus coutumier étant par essence fluide et d'issue indéterminée, les répétitions suivantes seront considérées comme des précisions de la portée de la norme naissante ou des modifications de son contenu. Sans se conformer à une telle vision extrême, on peut en déduire cependant que le nombre de

---

<sup>276</sup> Comme le met en évidence l'examen des comportements internes des Etats *supra*, dans le présent titre.

répétitions identifiées en l'espère – fortement supérieures à un – contribue à renforcer la présomption de l'établissement d'une pratique. En orientant le caractère conscient de la répétition vers la conscience de s'acquitter d'une obligation juridique, l'émergence de l'*opinio juris* parachève l'accession des comportements reproduits au statut de précédent coutumier.

Déjà présentes dans le cadre d'une société internationale peu intégrée et essentiellement interétatique, les attentes comportementales mutuelles entre Etats seront appelées à s'accroître significativement avec la dimension institutionnelle des activités normatives de l'O.N.U. sur les questions autochtones à partir des années 1970.

## *§2 – Convergence progressive des pratiques et premières traces d'opinio juris*

La convergence progressive des pratiques et l'apparition des premières traces d'*opinio juris* sont stimulées par l'institutionnalisation du processus coutumier (A) et par certaines de ses conséquences, notamment l'imposition progressive de doctrines communautaristes du processus coutumier et de la notion d'acquiescement ainsi que la prise en compte de principes éthiques dans la formation et la détermination du droit (B).

### *A – Une institutionnalisation du processus coutumier à plusieurs niveaux*

Le paragraphe qui précède consistait à analyser la chaîne de répétition et de précédents au plan comportemental et jurisprudentiel d'un point de vue qui correspond à un contexte international de coexistence. Celui-ci prévaut approximativement jusqu'en 1945, avec quelques manifestations ultérieures. Or, le changement du contexte des relations internationales intervenu après 1945, entraînant le basculement d'un droit international de la coexistence vers un droit international de la coopération a une incidence profonde sur le cours du processus coutumier. En effet, le degré d'intégration plus élevé de la société internationale – établissement de l'Organisation des Nations Unies, multiplication des organisations internationales – entraîne une modification de sa dynamique et une accélération du processus

coutumier<sup>277</sup>, contribuant vers la fin de la période initiale considérée à l'émergence timide et limitée d'une *opinio juris* encore à venir. Ce bouleversement de contexte forme le terreau d'une formidable impulsion du processus coutumier en offrant à la cause autochtone une tribune mondiale et la visibilité nécessaire à un réel progrès dans le développement de leur droit à l'autodétermination. Pour le moment, ce nouveau contexte induit également un changement de la dynamique du processus coutumier au niveau de la chaîne même d'influence et de répétition des précédents.

L'émergence, encore limitée, de la question autochtone au sein d'organisations internationales à la fin de la période initiale considérée – l'O.I.T. puis l'O.N.U. – ajoute une dimension institutionnelle au processus coutumier. A ses débuts dans les années 1950 et 1960, la dimension institutionnelle ne cessera de s'amplifier ultérieurement pour se retrouver aujourd'hui au cœur du processus coutumier. Certaines caractéristiques propres au milieu institutionnel semblent déjà avoir une certaine incidence sur le processus coutumier dès la conclusion de la Convention n° 107 de l'O.I.T. et des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966. Un premier facteur menant à une accélération et à une meilleure structuration de la pratique, ainsi qu'à une amorce progressive de l'*opinio juris* non encore clarifiée, est la publicité à grande échelle apportée aux comportements des Etats. En effet, les débats, prises de position et négociations qui ont lieu entre Etats membres dans l'enceinte d'organisations internationales exercent une certaine pression sur les Etats vers plus de transparence, et au moins vers une responsabilité accrue – dans le sens du terme anglais d'« *accountability* ». Ces développements vont de pair avec le recul progressif du concept de domaine réservé de l'Etat dans le domaine des droits de l'homme : les Etats ne peuvent plus si facilement conduire des politiques internes qui entreraient en contradiction ouverte avec le droit international en s'abritant derrière leur souveraineté. Ils doivent, au moins dans une certaine mesure, rendre des comptes devant la communauté internationale. Insidieuse, cette pression exercée sur les Etats est difficile à mettre en évidence parce qu'elle n'est pas exercée par un acteur en particulier. Au contraire, elle provient de la publicité et de la dynamique même qu'entraîne le cadre institutionnel. Différente du système de *Common law* examiné précédemment et au sein duquel la répétition de précédents s'étale dans le temps, cette forme d'intégration exerce des effets différents sur les Etats dans la mesure où les incitations à

---

<sup>277</sup> Cette influence de l'environnement institutionnel sur le processus coutumier fait l'objet d'un examen détaillé par Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), 782 p. Certaines des conclusions de cette étude sont appliquées ici.

suivre une certaine ligne de comportement sont simultanées et attachées à leur adhésion aux organisations internationales en question. Il apparaît éclairant de réexaminer le concept d'*authoritativeness* proposé par A. D'Amato à la lumière du cadre institutionnel. L'autorité d'un comportement semble atteindre un degré supérieur dans le cadre institutionnel que hors de celui-ci. En effet, alors que hors de ce cadre, la répétition d'un comportement repose sur la volonté des Etats et se pose la question du seuil de répétition, D'Amato suggère qu'au sein d'une organisation internationale, les comportements – adoption d'un acte non obligatoire par exemple – sont concertés, ce qui crée une attente plus grande des membres de l'organisation en termes de comportement ultérieur des Etats dans un domaine particulier. Cela donne également un indice aux Etats non-membres d'une ligne argumentée de comportement possible, nonobstant leur non-participation à l'adoption de l'acte et à leur opposition éventuelle. Cette remarque est très prometteuse lorsqu'on appréhende le droit coutumier comme de formation communautaire et non consensualiste ou individualiste, suivant ainsi la jurisprudence de la C.I.J. et la doctrine dominante<sup>278</sup>.

La publicité exerçant une pression sur les Etats provient également du mouvement autochtone qui commence à s'internationaliser au cours des années 1960 et au tournant des années 1970. Ce mouvement prend la forme d'associations nationales et transnationales, d'organisations non-gouvernementales de société civile – O.N.G. –, de conseils ou d'organes consultatifs, de prises de positions des représentants de communautés autochtones et de leur médiatisation. Certains de ces mouvements spontanés aboutiront à la mise en place d'institutions étatiques permanentes – assemblées autochtones, conseils consultatifs, quotas de sièges au parlement, agences, etc. – assurant une meilleure participation des communautés autochtones à la définition et à la mise en œuvre des politiques touchant à leurs intérêts. A cet égard, l'émergence et l'internationalisation progressive de mouvements convergents de revendication et de défense des droits autochtones sous l'angle du remède par rapport à leur oppression historique est un phénomène d'une netteté et d'une généralisation remarquables.<sup>279</sup>

Un autre trait de la dimension institutionnelle exerçant une influence sur le processus coutumier est la présence de systèmes de contrôle et de supervision des engagements,

---

<sup>278</sup> V. notamment C.I.J., *Affaire du Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, §186 p. 98 ; Peter HAGGENMACHER, *op. cit.*, 1986 (v. note 33 *supra*), p. 13, reconnaissant néanmoins la collusion fréquente entre la conception communautaire d'une part et les conceptions consensualistes et individualistes d'autre part ; Alexander ORAKHELASHVILI, « Natural Law and Customary Law », *Z.A.ö.R.V.*, tome 68, 2008, pp. 69-110. Ce point sera examiné sous divers aspects tout au long de l'étude, *infra*.

<sup>279</sup> Ce développement fait l'objet d'une analyse dans le titre suivant.

notamment contractuels, pris par les Etats dans l'enceinte des organisations internationales. Ces mécanismes de surveillance des traités – en anglais « *treaty bodies* » – contribuent à structurer et à unifier l'application des engagements conventionnels, à en interpréter et en préciser la portée de manière consensuelle et légitime. L'action de ces organes de supervision – qui ne sont pas à proprement parler des organes de sanction – exercent une autorité plus qu'une contrainte, au sens développé par D'Amato. Cette influence, formée de recommandations ou d'exigences, mènent à la définition de bonnes pratiques qui, par un processus lent de percolation, entrent dans le champ du droit international comme interprétation légitime des instruments contractuels auxquels elles se rattachent. Il est à présent communément accepté que les opinions juridiquement non obligatoires d'un organe de supervision – tel le Comité des droits de l'homme en charge de superviser l'application des deux Pactes internationaux de 1966 – peuvent avec le temps se muer en une pratique générale acceptée par les Etats<sup>280</sup>. C'est ce qui semble se passer dans le cas d'espèce où les opinions du Comité des droits de l'homme ont contribué à préciser la portée de l'application de l'article 27 et la pertinence de la lecture combinée des articles 1 et 27 dans le cas des peuples autochtones. Non seulement ce mécanisme de surveillance a eu pour effet de compenser les déficiences du cadre juridique du Pacte pour les autochtones, mais il a également encouragé le ralliement des Etats parties autour de ce cadre juridique ainsi précisé, en raison de l'adhésion de ces Etats au Pacte. L'adhésion des Etats au Pacte international les contraint davantage à se rallier aux vues des mécanismes de surveillance ou au moins les oblige à manifester leur désaccord éventuel de manière expresse et claire. L'absence de telles objections permet de présumer l'autorité généralement acceptée des vues exprimées. Par cette dynamique institutionnelle, l'application des normes conventionnelles, précisées et éventuellement modifiées de cette façon, apporte sa contribution au processus coutumier.

### *B – Dépassement de l'unanimisme et rôle des principes éthiques*

La dimension institutionnelle accentue la constatation maintenant bien assimilée dans la doctrine générale d'une dynamique communautariste et non consensualiste du processus coutumier. Cette marginalisation de l'unanimité comme condition de formation des deux

---

<sup>280</sup> Voir Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), p. 390 ; Theodor MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 100 : « *cumulatively, the practice of judicial, quasi-judicial, and supervisory organs has a significant role in generating customary rules* ».

éléments coutumiers se développe parallèlement à un regain d'importance des principes éthiques, comme un lointain écho au droit naturel<sup>281</sup>. Appelée à se généraliser après les années 1970 au sein du forum des Nations Unies, l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier montre déjà ses effets à la fin de la période initiale considérée, approximativement à partir de 1945. Déjà mise en évidence *supra* dans le contexte international hors de l'enceinte des organisations internationales, la conception communautaire de la formation d'une norme coutumière devient, dans le cadre des organisations internationales, la seule approche qui permette de rendre compte du processus coutumier. En effet, les écueils bien connus de la conception consensualiste du processus coutumier ne permettent pas à celle-ci de résister à l'analyse institutionnelle.

La conception consensualiste du processus coutumier, insistant sur la nécessité d'un accord unanime de volontés étatiques pour valider l'existence ou l'émergence d'une norme de droit international coutumier<sup>282</sup>, aboutit à assimiler de fait le processus coutumier à la formation des normes conventionnelles en insistant de manière excessive sur le principe du consentement. A travers cette perception, le processus coutumier perd ainsi sa spécificité : la formation spontanée, non concertée, de la norme coutumière et, par voie de conséquence, son opposabilité y compris à des Etats ne l'ayant pas explicitement acceptée. Le cadre institutionnel rend cette position intenable en raison de l'adhésion des Etats membres à une organisation internationale commune. Au contraire, par sa dynamique intrinsèque, la dimension institutionnelle semble encourager une formation communautaire des normes coutumières selon laquelle pour exister la norme doit faire l'objet d'une acceptation générale et non unanime des Etats<sup>283</sup>. L'adhésion des Etats à une organisation internationale est une manifestation de la volonté de l'Etat. Comme telle, elle possède un caractère éminemment discrétionnaire. Bien que l'adhésion d'un Etat à une organisation internationale ne signifie pas *ipso facto* son consentement à être lié par tous les actes adoptés par cette organisation internationale, elle modifie la position de cet Etat par rapport au contexte international à l'extérieur de l'organisation internationale et induit certaines attentes légitimes de la part des

---

<sup>281</sup> Pour une réflexion sur cette dynamique, v. Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, « The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, tome 1, n° 3, 2012, pp. 8-59.

<sup>282</sup> Voir notamment l'un des chefs de file de cette doctrine, Grigory I. TUNKIN, « Is General International Law Customary Law Only ? », *J.E.D.I.*, tome 4, n° 1, 1993, pp. 534-541.

<sup>283</sup> Cette conception semble avoir été entérinée par la C.I.J. : *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §186 p. 98 (précité) : « Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale ».

autres Etats membres à son égard concernant les activités de l'organisation. Ainsi, il est possible de présumer que pour être effective, l'opposition éventuelle d'un Etat membre à un acte, juridiquement obligatoire ou non, de l'organisation internationale, doit être exprimée sous une forme plus claire et explicite que dans un contexte purement interétatique. Du moins, le silence ou l'absence de réaction d'un Etat à un acte de l'organisation internationale sera plus facilement assimilable à une présomption d'acceptation en raison de la communauté d'intérêts des Etats membres et du caractère volontaire de leur adhésion à l'organisation. C'est sous cet angle qu'il convient d'appréhender les travaux des Nations Unies, la Convention n° 107 de l'O.I.T. et les deux Pactes internationaux. Leur existence témoigne de la prise en compte des droits autochtones par les Nations Unies et leur développement progressif à la faveur de l'internationalisation de la question autochtone. L'absence d'opposition expresse d'un Etat quel qu'il soit vis-à-vis des dispositions de ces instruments concernant les autochtones permet de confirmer le développement de la pratique, consolidée par la dimension institutionnelle du système des Nations Unies.

Le recours aux principes éthiques universellement partagés par les membres de la société internationale fournit une approche complémentaire à l'appréciation du processus coutumier. Ayant leur place au sein du processus coutumier chez certains courants de la doctrine<sup>284</sup>, les principes éthiques sont aussi partiellement liés à la dimension institutionnelle car celle-ci joue un rôle de caisse de résonance, stimulant la formation et la publicité des principes éthiques ainsi que le renforcement du consensus universel à leur égard. La dimension institutionnelle facilite en outre la mise en évidence de ces principes et du consensus universel dont ils font l'objet car elle favorise une meilleure traçabilité des développements. Ces principes éthiques sont non juridiques et sous-tendent l'émergence de nouvelles normes et le développement du droit selon une direction commune, particulièrement en matière de droits de l'homme. La jurisprudence – y compris de l'époque – se réfère aux principes éthiques afin de déterminer l'existence de normes coutumières<sup>285</sup>. Comme le propose B. Lepard de manière argumentée<sup>286</sup>, ces principes éthiques s'articulent

---

<sup>284</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 140 et suivantes.

<sup>285</sup> Pour la jurisprudence interne : arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis du 8 janvier 1900 en l'affaire *Paquete Habana c. Etats-Unis*, 175 U.S. 677, 686 (1900). Pour la jurisprudence internationale : C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »* (France c. Turquie), arrêt, 7 septembre 1927, p. 30, et l'opinion dissidente du juge Rafael ALTAMIRA qui recourt à la même logique.

<sup>286</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010, pp. 140 et suivantes. Nous souscrivons ici à cette argumentation. Ce principe premier fournit une clé de voûte philosophique au droit international mais se reflète également dans ses dynamiques structurelles, v. notamment le titre évocateur de Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE, Jorge E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international / Unity and Diversity of*



autour du principe éthique fondamental d'unité dans la diversité. Ce principe fondamental est reflété à la fois dans le discours et les prises de positions des Etats, la jurisprudence internationale et les grands instruments internationaux mais aussi, ce qui en renforce la valeur persuasive, chez les grands penseurs et les grandes religions du monde.

Il paraît indispensable à ce stade de rappeler ce que Leparde souligne lui-même : loin de céder au danger d'amalgamer morale et droit<sup>287</sup>, cette perspective respecte strictement la limite de principe entre ces deux champs : « [*opinio juris*] requires generally that states themselves believe that recognition of an authoritative legal norm, rather than a moral one is immediately desirable – even if the legal norm is inspired by ethical principles. »<sup>288</sup> Dans le contexte du processus coutumier, dans le cas où une norme nouvelle ferait l'objet d'un processus d'émergence ambigu ou peu clair, par exemple dans le cas où la pratique manque de cohérence ou lorsque l'*opinio juris* ne peut être clairement identifiée, plus ladite norme a un effet direct sur ces principes éthiques universellement acceptés – au premier chef celui d'unité dans la diversité – et plus la présomption en faveur de son existence sera renforcée. C'est le cas des normes en matière de droits de l'homme et donc de la norme postulée dans la présente étude. Autrement dit, la norme postulée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne, qui est un cas particulier – parce que d'essence collective – au sein du corpus des droits de l'homme, bénéficie d'une présomption plus grande d'existence ou d'accession à la normativité en présence d'un processus coutumier dont les deux éléments manqueraient de clarté ou de détermination, parce que cette norme est plus intimement liée au principe fondamental d'unité dans la diversité que des normes par exemple économiques ou du droit de la mer. Considéré par certains comme un droit *erga omnes*, que tous les Etats ont ainsi un intérêt à voir respecté afin de préserver la paix et la stabilité internationales<sup>289</sup>, le droit à l'autodétermination trouve dans son exercice interne – l'autonomie et la démocratie – précisément les moyens d'assurer ce but et de prévenir les effets chaotiques sur la paix et la

---

*International Law – Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 1036 p.

<sup>287</sup> Cet écueil a été dénoncé par Hugh W. A. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 », Partie II, *B.Y.I.L.* n° 61, 1990, 43 n. 161, et par la jurisprudence internationale dans l'arrêt de la C.I.J. du 18 juillet 1966 dans les *Affaires du Sud-Ouest Africain* (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud), *C.I.J. Recueil 1966*, §§49-50 p. 34 et §52 pp. 34-35.

<sup>288</sup> Brian D. LEPARDE, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), p. 142. Italique dans le texte original.

<sup>289</sup> C.I.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), arrêt, 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, §33 p. 32 : « Par leur nature même, [les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble] concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. »

stabilité d'un exercice radical externe de ce droit<sup>290</sup>. Il apparaît sous ce jour comme une nécessité sociale dont la prise de conscience progressive par les Etats se matérialise dans le processus coutumier. De plus, les manifestations et éléments de l'exercice interne du droit à l'autodétermination – notamment autonomie, participation, autogouvernement au sein de l'Etat constitué – reflètent ce principe d'unité dans la diversité. Elles apparaissent également comme raisonnables, et comme telles susceptibles de dégager un terrain d'accord commun à la diversité des volontés étatiques. Vers la fin des années 1970, la publicité accrue des comportements étatiques par la voie du mouvement international autochtone – O.N.G., réseaux transnationaux – et par l'institutionnalisation des relations internationales au sein des organisations internationales contribue à placer l'influence des principes éthiques et raisonnables au cœur du processus coutumier, tout en généralisant la conscience de la nécessité sociale de la nouvelle norme.

Dans le cas d'espèce, pour lequel il a été précisément mis en évidence qu'à la fin des années 1970, la pratique a un degré de cohérence encore relativement faible et que l'*opinio juris* montre seulement ses premiers signes d'émergence, l'examen de la pratique et des prises de position des Etats à l'aune du principe éthique d'unité dans la diversité présente tout son intérêt. Il s'agit ici de confronter les intentions déclarées des Etats accompagnant les comportements qui leur sont imputables au principe éthique d'unité dans la diversité et d'en apprécier la convergence éventuelle. Trois périodes semblent se profiler qui suivent pour l'essentiel les trois périodes de développement du droit international examinées pour la période initiale considérée. Ce reflet apparaît logique lorsque l'on considère que les principes éthiques fondamentaux sous-tendent la conception et l'orientation doctrinale du droit international à un moment donné. La première période correspond à l'époque du droit naturel durant laquelle le principe fondamental d'unité dans la diversité, de connotation plus religieuse, semble dans l'ensemble respecté malgré les préjugés raciaux de l'époque à l'encontre des autochtones. A cet égard, il convient de rappeler les considérations de Vitoria et de Las Casas<sup>291</sup> qui laissent la place à une reconnaissance, au moins de principe, de

---

<sup>290</sup> *Observation générale n° 12 (21)* du Comité des droits de l'homme, 21<sup>e</sup> session, 13 mars 1984 : Article 1: Droit des peuples à l'autodétermination, A/39/40 (1984), §8 p. 153 : "De l'avis du Comité, l'histoire a montré que la réalisation et le respect du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes contribuent à l'établissement de relations et d'une coopération amicales entre les Etats et à la consolidation de la paix et de la compréhension internationales." En replaçant ce paragraphe dans le contexte général de l'*Observation* et du rôle du Comité des droits de l'homme – la défense de droits avant tout individuels, en témoigne sa réticence à admettre des recours fondés sur l'article 1 – ainsi que dans son époque – le processus de décolonisation est quasiment achevé en 1984 – il est raisonnable de déduire que c'est essentiellement du droit à l'autodétermination interne qu'il s'agit ici.

<sup>291</sup> V. notes 42 et 44 *supra*.

l'intégrité autochtone fondée sur la reconnaissance de leur appartenance à la famille humaine, elle-même créature divine. La deuxième période correspond à l'époque westphalienne lors de laquelle l'accent est mis sur l'unité au détriment de la diversité, à travers les politiques d'assimilation, d'extermination et de dépossession. Les justifications et prises de positions accompagnant les comportements contraires des Etats suggèrent cela. La troisième période, enfin, qui s'amorce après la Seconde Guerre mondiale et surtout au tournant des années 1970 avec l'institutionnalisation de la question autochtone, voit un rétablissement relatif de l'équilibre entre unité et diversité. Cependant, ce mouvement ne permet de constater qu'un ralliement imparfait au principe d'unité dans la diversité durant la période initiale considérée, et l'application du même test à la période ultérieure contemporaine mettra en lumière l'évolution radicale en la matière, autre manifestation de la progression du processus coutumier.

Durant la période initiale, le principe d'unité dans la diversité, qui se manifeste pourtant déjà, fait l'objet d'une compréhension générale différente de l'interprétation contemporaine. L'impérialisme, le colonialisme, l'étatisme et la conception westphalienne eurocentrée du droit international à cette époque met davantage l'accent sur l'unité – comprise comme l'unification selon le modèle européen – que sur la diversité, qui commanderait logiquement une plus grande tolérance culturelle. Même lorsque les Etats invoquent une intention de protéger les peuples autochtones afin de justifier leurs comportements, l'ambiguïté du langage employé suggère que protection et optimisation du bien-être des autochtones équivaut alors à leur assimilation. Cette ambiguïté est présente dans la jurisprudence et les législations internes examinées. Elle est peut-être la plus évidente dans les traités conclus avec les autochtones<sup>292</sup>. Elle se déduit également de l'intention dissimulée des Etats, qui considèrent les peuples autochtones souvent comme des populations en déclin et voyant leurs mécanismes institutionnels régulant leurs relations avec eux comme un moyen d'accompagner leur disparition.

Ainsi, le test de confrontation des comportements étatiques et de leur justification au principe éthique fondamental d'unité dans la diversité donne un résultat mitigé durant la

---

<sup>292</sup> V. par exemple le traité de Fort Laramie du 29 avril 1868 entre les Etats-Unis et la Nation Sioux, article 7 : « *in order to insure the civilization of the Indians entering into this treaty, the necessity of education is admitted* », précisant plus loin que les autochtones seront soumis à une éducation anglaise. V. également la formulation paternaliste du préambule du traité de Waitangi du 6 février 1840 (Nouvelle-Zélande). De manière générale, les dispositions des traités attestent d'une absence factuelle d'égalité des parties, l'Etat se comportant à l'égard des autochtones comme un tuteur en dépit de la rhétorique égalitaire employée.

période initiale considérée. Ce résultat permet de rehausser la signification de la convergence de comportements mis en évidence, mais ne va pas jusqu'à autoriser la présomption de l'existence de la norme sur la seule base de son incidence immédiate sur le principe fondamental d'unité dans la diversité. Tout au plus ce résultat autorise-t-il à conclure à l'établissement d'un processus coutumier à un moment donné et à s'assurer que celui-ci est à l'œuvre à la fin de la période initiale considérée. Il permet également de confirmer la présomption d'une orientation des comportements étatiques dans le sens du processus coutumier, de manière similaire à la présomption découlant du principe de bonne foi.

### Conclusion

En conclusion de ce premier titre, l'examen des comportements pertinents des sujets de droit international au cours de la période initiale considérée permet de formuler deux conclusions concernant l'état du processus coutumier à l'étude au tournant des années 1970. Premièrement, on constate l'existence d'une pratique établie, bien que son degré de cohérence et de constance demeure faible et perfectible, laissant une marge certaine de consolidation. Deuxièmement, il est possible de déceler à la fin de la période initiale les premières traces d'émergence d'une *opinio juris*. Manquant de clarté, d'articulation et de généralisation, la convergence naissante des sentiments de droit ne peut encore être qualifiée d'*opinio juris* à ce stade. Cependant, dans la mesure où le processus coutumier marque une rupture par rapport à l'environnement juridique existant qu'il vient modifier, les comportements favorables au processus coutumier semblent avoir une signification accrue par rapport aux comportements atténuants ou problématiques, et cela d'autant plus que l'on remonte dans le temps. La tendance générale va dans le sens du processus coutumier postulé, c'est-à-dire que les développements, y compris l'émergence progressive des deux éléments du processus coutumier, évoluent dans le sens d'une articulation et d'une structuration progressives de certains droits qui sont aujourd'hui généralement reconnus comme des formes internes d'exercice du droit à l'autodétermination. Les peuples autochtones apparaissent comme les titulaires exclusifs de l'ensemble de ces droits spécifiques en raison de leur caractère autochtone, se distinguant ainsi des minorités. L'éventail des droits des minorités apparaît restreint en raison de l'absence de la spécificité liée au caractère autochtone. Au contraire, le processus coutumier met en évidence la spécificité du régime juridique émergent lié aux peuples autochtones.

L'examen de la période initiale présente l'intérêt d'ancrer le processus coutumier dans le temps, renforçant ainsi la présomption en faveur de son existence ainsi que sa légitimité. Certes, avant l'apparition récente de l'expression d' « autodétermination interne », le lien d'identification entre les droits examinés et les différentes manifestations attribuées à l'exercice de l'autodétermination interne ne peut être que présumé. L'examen des pratiques passées des Etats s'avère être néanmoins une tâche incontournable et relevant du bon sens en vue d'apprécier leurs comportements, déclarations et prises de position contemporaines qui feront l'objet d'un examen détaillé dans le titre suivant, notamment dans le cadre du long processus d'élaboration de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. En révélant les origines du processus coutumier dans l'espace et dans le temps, l'examen de la période initiale permet également d'apprécier et de pondérer plus justement les incohérences et les obstacles affectant le processus coutumier à l'époque contemporaine. A cet égard, l'analyse à venir porte particulièrement sur la résorption ultérieure des incohérences constatées affectant le processus coutumier au tournant des années 1970 comme manifestation de la maturation dudit processus et du passage de la norme émergente dans la *lex lata*. Cette maturation se reflétera dans la consolidation et systématisation de la pratique existante et dans l'achèvement de la formation de l'*opinio juris*. L'examen doit à présent s'attacher précisément à appréhender le parachèvement de l'internationalisation du mouvement autochtone et de l'institutionnalisation du traitement de la question autochtone en examinant la phase initiale du processus d'élaboration de la *D.N.U.D.P.A.* au sein de l'O.N.U., qui représente le point de convergence des développements du droit international en matière autochtone.

## **Titre 2 – De la pratique à la systématisation conceptuelle : le processus d’élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

### Introduction

Le basculement de la période initiale examinée dans le titre précédent vers la période couverte par le présent titre s’opère à la faveur de développements marquant une modification du rapport de forces politique entre les peuples autochtones et les Etats. Initiée à partir des années 1950 en parallèle du processus de décolonisation, la montée du mouvement de société civile porteur des revendications autochtones cristallise les frustrations ainsi que le désir de justice et de réhabilitation des peuples autochtones. A cette cause structurelle puisant ses racines dans la longue période de subjugation coloniale s’ajoutent des causes conjoncturelles, notamment l’exemple de libération des peuples fourni par la décolonisation et le manque de reconnaissance des Etats de la contribution autochtone à l’effort national lors de la Seconde Guerre mondiale. Hétéroclite et non coordonné, le mouvement transnational autochtone consiste en une myriade d’organisations et d’entités de taille et de statut variés ayant en commun la défense et la promotion des droits autochtones ainsi que la revendication d’une certaine forme de réparation<sup>293</sup>. Certaines entités sont des associations de droit interne ou organisations non-gouvernementales, d’autres sont des organismes délibératifs consultatifs parfois rattachés au gouvernement de l’Etat ou parfois regroupant à l’échelle régionale les autochtones ressortissants de plusieurs Etats<sup>294</sup>.

Le mouvement autochtone atteint vers 1970 une ampleur telle qu’il n’est plus possible pour la société internationale de faire la sourde oreille. Ce mouvement autochtone exerce sur les Etats une pression grandissante à mesure qu’il s’unifie et s’internationalise autour de revendications communes. La contribution de ce mouvement politique et social autochtone au

---

<sup>293</sup> V. James ANAYA, *op. cit.*, 2004 (v. note 40 *supra*), pp. 56-58. L’anglais recourt volontiers aux termes de “*remedy*” et “*redress*” pour caractériser cet aspect.

<sup>294</sup> Il est difficile de dresser une liste exhaustive des diverses entités formées à cette époque et porteuses du mouvement transnational de revendication autochtone. Il est cependant possible de noter quelques entités particulièrement proéminentes reflétant la diversité des causes et des organisations : Groupe de travail international pour les affaires autochtones ou I.W.G.I.A. (1968) et Conseil mondial des peuples autochtones (1975) au plan global ; Conseil des Samis nordiques (1956), Conférence Inuit (1973), Organisation des peuples autochtones centraméricains (1977), Conseil indien d’Amérique du Sud (1982) au plan régional. D’autres O.N.G. influentes suivront plus tard : Association russe des peuples autochtones du nord ou R.A.I.P.O.N. (1990), Groupe de travail sur les minorités autochtones d’Afrique du Sud (1996).

processus coutumier à l'étude est capitale puisque ses conséquences ont conduit à des changements jurisprudentiels et comportementaux radicaux chez les sujets de droit international. On note en effet des revirements de jurisprudence interne en réaction aux revendications autochtones, une évolution encore certes limitée des opinions publiques et surtout une internationalisation de la question autochtone à la faveur d'une implication accrue de l'Organisation des Nations Unies<sup>295</sup>. Ces changements affecteront profondément le cours du processus coutumier et conduiront à son accélération, à sa clarification, à sa formalisation et à sa structuration. L'activité de cette coalition, d'abord lâche puis de plus en plus coordonnée, a eu pour effet de conduire à plusieurs événements consacrant un tournant au sein des Nations Unies.

D'abord, en 1971, le Conseil économique et social adopte une résolution en vue de combattre la discrimination à l'encontre des peuples autochtones.<sup>296</sup> L'examen de cette Résolution témoigne de l'impulsion donnée par le mouvement autochtone à l'approche des questions autochtones par la société internationale et du début de changement de cette approche vers une plus grande inclusion et un plus grand respect du principe éthique d'unité dans la diversité. Se distançant de l'approche de la Convention n° 107 de l'O.I.T. de 1957, le texte de la Résolution dénonce les méfaits des deux approches excessives que sont d'une part la ségrégation ou le traitement spécial, et d'autre part l'assimilation, et définit les contours d'une approche médiane équilibrée plus à même de respecter l'intégrité et l'identité autochtones<sup>297</sup>. En invitant les Etats à adopter une législation et à revoir leur législation existante en matière autochtone<sup>298</sup>, la Résolution fédère les revendications du mouvement autochtone et présente un premier exemple du rôle de forum mondial joué par les Nations Unies, ayant l'effet d'une caisse de résonance pour la voix du mouvement autochtone en matière de droits et de réparation. L'implication des Nations Unies dans les questions autochtones prend la forme d'un réel mandat donné aux organes compétents de l'organisation en vue de prendre en compte les droits autochtones et les problématiques de développement y

---

<sup>295</sup> V. Victoria Lucia TAULI-CORPUZ, « Thirty Years of Lobbying and Advocacy by Indigenous Peoples in the International Arena », *Indigenous Affairs*, n°1, I.W.G.I.A., 1999, Copenhague, pp. 1-4.

<sup>296</sup> Résolution 1589 (L) du 21 mai 1971 sur *le problème des populations autochtones*, 1771<sup>e</sup> séance plénière du Conseil économique et social des Nations Unies, cinquantième session, New-York, Nations Unies, doc E/5044, supplément n° 1, pp. 17-18.

<sup>297</sup> V. alinéa 3 du préambule : « Le Conseil économique et social [...] Convaincu que la politique consistant à intégrer les populations autochtones dans la communauté nationale, et non à pratiquer la ségrégation ou l'assimilation, est celle qui convient le mieux si l'on veut éliminer toute discrimination à l'égard de ces populations ».

<sup>298</sup> Art. 1 et 4 de la Résolution.

relatives<sup>299</sup>. Consacrant la pleine entrée de l'O.N.U. dans le processus coutumier après les timides développements antérieurs au sein de l'O.I.T., l'article 7 de la Résolution conclut en « autoris[ant] la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à faire une étude générale et complète du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones et à suggérer les mesures qui sont nécessaires sur le plan national et international pour éliminer cette discrimination, en collaboration avec les autres organes et organismes des Nations Unies et avec les organisations internationales compétentes. » La portée conférée à ladite étude, réalisée par le rapporteur spécial José R. Martínez Cobo (Equateur) et publiée en 1987<sup>300</sup>, donne la mesure du rôle central que les Nations Unies sont appelées à jouer dans le développement des droits des peuples autochtones et, par conséquent, dans le processus coutumier.

Un examen plus méticuleux de la formulation et de l'esprit de la Résolution – formulant des recommandations à l'adresse de l'O.N.U. et de ses Etats membres – suggère que l'approche du mouvement autochtone centrée autour du principe de réparation ou remède commence à pénétrer dans le droit *de lege ferenda* secrété par les Nations Unies. En effet, le préambule de la Résolution dénonce d'abord les préjudices causés par les mesures discriminatoires sous leurs différentes formes, puis considère que « la communauté internationale doit donc accorder une attention toute particulière au problème » en vue d' « éliminer toutes les formes de discrimination » à l'égard des autochtones. Les articles 4 et 7 impliquent une évaluation des préjudices et de la discrimination causés par les comportements passés des Etats. Comme le montrent ces formulations, la réparation ne concerne pas seulement les préjudices et discriminations résultants d'un passé lointain de colonisation ; il s'agit également de corriger les mesures contemporaines censées avoir été mises en place en vue de protéger les autochtones. Egalement, il s'agit de prévenir la discrimination à l'avenir, en d'autres termes de considérer les droits autochtones *per se*. La Résolution pose ainsi le cadre conceptuel au droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones qui sera repris par la doctrine, à savoir la distinction entre l'aspect substantiel et

---

<sup>299</sup> V. notamment l'art. 6 de la Résolution.

<sup>300</sup> *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, José R. Martínez COBO (Equateur), Rapporteur spécial, Sous-Commission, 5 tomes, 1<sup>er</sup> mars 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4 (v. note 210 *supra*). Cette publication finale a été précédée d'une première publication chapitre par chapitre de 1981 à 1984, sous des cotes individuelles distinctes. L'autorisation de la conduite de l'étude par le Conseil économique et social en 1971 fait suite à une recommandation en ce sens formulée par la Sous-Commission dans sa résolution 4 B (XXIII) du 26 août 1970.



l'aspect remède de ce droit<sup>301</sup>. Comme il ressortira du processus d'élaboration du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ce substrat influera à son tour sur les comportements des Etats en créant des attentes. A cet égard, les Nations Unies jouent véritablement un rôle de relais transformant les revendications du mouvement autochtone en *opinio juris* appelée à compléter la pratique existante limitée et à déterminer la pratique ultérieure ainsi que la maturation de la norme coutumière.

Un deuxième événement marquant le tournant institutionnel dans le processus coutumier est la tenue, à partir de 1977, de plusieurs conférences et séminaires internationaux sur les droits des peuples autochtones réunissant des acteurs de la société civile. Abordant de manière thématique divers droits des peuples autochtones appelés à être reconnus comme liés à l'autodétermination, ces initiatives constituent des formes spontanées d'organisation des peuples autochtones en vue d'affirmer leurs droits. A cet égard, il faut citer la première Conférence circumpolaire inuit tenue à Barrow (Alaska) du 13 au 17 juin 1977 et portant principalement sur les questions environnementales, la réunion dite de « Barbados II » du 18 au 28 juillet 1977, le premier Congrès des mouvements indiens d'Amérique du Sud tenu à Ollantaytambo (Pérou) du 27 février au 3 mars 1980<sup>302</sup>, la Conférence des O.N.G. sur les peuples autochtones et la terre tenue à Genève du 15 au 18 septembre 1981 ou encore la Conférence de Managua (Nicaragua) de décembre 1981. Lors de certaines conférences, une référence expresse a été faite à l'autodétermination. La déclaration adoptée par le Conseil mondial des peuples autochtones lors de sa deuxième assemblée générale tenue à Kiruna (Suède) du 24 au 27 août 1977 qualifie le droit des peuples autochtones à l'autodétermination d' « irrévocable et inhérent »<sup>303</sup> et envisage un exercice de ce droit couvrant divers aspects de la vie tels que l'éducation, l'emploi, la santé, le logement et la culture<sup>304</sup>. Lors de la première Conférence internationale d'O.N.G. sur la discrimination à l'encontre des populations autochtones dans les Amériques, tenue à Genève du 20 au 23 septembre 1977, il a été proposé

---

<sup>301</sup> V. notamment James ANAYA, *op. cit.*, 2004 (v. note 40 *supra*), pp. 103-110 ; María Augusta León MORETA, "The right to Self-Determination", in *IUCN Rights-Based Approach to Conservation*, Gland, Union internationale pour la conservation de la nature (I.U.C.N.).

<sup>302</sup> Parmi les documents adoptés lors de ce Congrès, une déclaration de la Commission sur l'idéologie et la philosophie indianiste, véritable tentative d'autodéfinition des peuples autochtones, revendique l'autodétermination des peuples autochtones, entendue essentiellement comme autonomie politique (§3 de la déclaration).

<sup>303</sup> *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, José R. Martínez COBO, Rapporteur spécial, Sous-Commission de la prévention des mesures discriminatoires et de la protection des minorités, rapport final (première partie), 17 juin 1981, E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, annexe III, p. 2, article II.1 (en anglais).

<sup>304</sup> *Ibid.*, annexe III, p. 7 (point E – Autodétermination).

un projet de Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère occidental, qui fait usage de la formulation de « nations autochtones » en semblant leur attribuer un statut similaire à celui des Etats indépendants en droit international<sup>305</sup>. Adoptée au cours de la Conférence internationale de l'U.N.E.S.C.O. sur l'ethnocide et l'ethno développement en Amérique Latine, tenue à San José (Costa Rica) du 6 au 13 décembre 1981, la Déclaration de San José du 11 décembre 1981 formule une conception plus détaillée de l'autodétermination dans le contexte autochtone, en particulier sous l'angle de la préservation de l'intégrité culturelle<sup>306</sup>. Cette formulation remarquablement détaillée pour l'époque préfigure la direction des développements à venir en matière d'autodétermination autochtone. Bien que ces positions autochtones ne reflètent pas la *lex ferenda* de l'époque, elles posent le cadre du débat appelé à stimuler le processus de maturation de la norme au sein des Nations Unies. Le mouvement autochtone de société civile joue ainsi le rôle de courroie de transmission de la cause des droits autochtones vers l'O.N.U. avant d'être un plein acteur du processus d'élaboration du projet de Déclaration dans son enceinte (schéma institutionnel en Annexe 4).

La période du processus coutumier examinée dans le présent titre couvre les développements du tournant des années 1970 et le processus d'élaboration du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, depuis l'établissement en 1982 du Groupe de travail sur les populations autochtones, puis en 1995 du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, jusqu'à la veille de son adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007. Répondant à ce qui a parfois été qualifié de « préconstitution négative » de la norme

---

<sup>305</sup> *Ibid.*, annexe IV, p.1, A.1 et A.2. Cependant, la formule ambiguë de « degré d'indépendance » au point A.4 suggère que l'exercice de l'autodétermination sous sa forme interne n'est pas exclu. V. commentaires sur le texte de la Déclaration p. 44.

<sup>306</sup> José R. Martínez COBO, *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, étude précitée, partie I, chapitre 2, doc. E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1, 16 mai 1982, annexe VI, p. 90. Le paragraphe 8 de la Déclaration est ainsi rédigé : « Par ethno développement, nous entendons le renforcement et la consolidation de la culture propre d'une société culturellement distincte, en augmentant sa capacité de prise indépendante de décision en vue de présider à son propre développement et à l'exercice de l'autodétermination, à tout niveau, envisageant et impliquant une structure équitable et juste du pouvoir. Cela signifie que le groupe ethnique forme une entité politique et administrative investie d'une autorité sur son propre territoire et de pouvoirs en matière de prise de décision dans les domaines touchant à son propre développement dans le cadre de processus d'expansion de l'autonomie et de l'auto-administration. » (anglais original : "By *ethnodevelopment* we mean *strengthening and consolidating a culturally distinct society's own culture, by increasing its independent decision-making capacity to govern its own development and the exercise of self-determination, at any level, considered and implying an equitable and just power structure. This means that the ethnic group forms a political and administrative entity, with authority over its own territory and decision-making powers in areas constituting its own development from within processes of expanding autonomy and self-management.*")

coutumière<sup>307</sup>, la méthode d'identification de la norme coutumière émergente à l'étude ainsi que sa situation au sein du processus coutumier durant cette période prend pour point de référence les dispositions du texte final de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 dont l'identité avec la norme coutumière naissante n'est cependant pas présumée, dans la mesure où la Déclaration constitue non une codification du droit international coutumier existant mais plutôt une étape du processus coutumier.

### Chapitre 1 – Le processus de négociation : affermissement de l'*opinio juris*

La montée continue du mouvement autochtone, la Conférence de Genève de 1977 puis les conclusions du Rapporteur spécial José R. Martínez Cobo formulées dans son rapport sur la question de la discrimination à l'égard des populations autochtones publié en plusieurs parties à partir de 1981, exercent une influence cumulée sur l'institution des Nations Unies, conduisant le Conseil économique et social à autoriser, par sa Résolution 1982/34, « la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à constituer un groupe de travail sur les populations autochtones, qui se réunira pour une période pouvant aller jusqu'à cinq jours ouvrables avant les sessions annuelles de la Sous-Commission afin de passer en revue les faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones »<sup>308</sup> en tenant compte des documents soumis au Secrétaire général sur le sujet ainsi que de l'étude du Rapporteur spécial. Deuxièmement, « le Groupe de travail accordera une attention spéciale à l'évolution des normes concernant les droits des populations autochtones, en tenant compte à la fois des similitudes et des différences dans les situations et les aspirations des populations autochtones à travers le monde ».<sup>309</sup> Organe subsidiaire de la Sous-Commission<sup>310</sup>, le Groupe de travail est marqué dès sa première session par la flexibilité

---

<sup>307</sup> Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), pp. 283-293.

<sup>308</sup> Résolution 1982/34 'Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones', Conseil économique et social, première session ordinaire de 1982, 28<sup>e</sup> séance plénière, 7 mai 1982, New-York, Nations Unies, doc. E/1982/82, supplément n° 1, p. 29, art. 1.

<sup>309</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>310</sup> Le Groupe de travail sur les populations autochtones a tenu vingt-quatre sessions annuelles de 1982 à 2006 sauf en 1986 en raison d'un budget insuffisant aux Nations Unies, où la réunion a été remplacée par un séminaire sponsorisé par l'Association anti-esclavage pour la protection des droits de l'homme et par le Conseil mondial des peuples autochtones. Organe subsidiaire de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (renommée en 1999 Sous-Commission sur la protection et la promotion des droits de l'homme et elle-même organe subsidiaire du Conseil économique et social), le Groupe de travail a été notamment présidé par Erica-Irene A. Daes (Grèce) de 1984 à 2001. Le Mécanisme d'experts sur

et l'ouverture<sup>311</sup>, suivant notamment une représentativité large et une approche inclusive de la société civile. Plaçant l'accent sur la seconde partie de son mandat formel – accompagner le développement du droit international en matière de droits des peuples autochtones –<sup>312</sup>, le Groupe de travail semble dépasser à certains égards le cadre formel de son mandat fixé par la Résolution 1982/34. A noter que les documents officiels examinés précédemment font emploi du terme « populations autochtones », témoignant ainsi de la marge d'évolution conceptuelle encore présente à l'époque. Le basculement vers l'emploi de la formule « peuples autochtones » ne se fera qu'ultérieurement, rapprochant ainsi les autochtones du droit à l'autodétermination à mesure que les notions et principes mobilisés se précisent.

D'autre part, à l'époque de la mise en place du Groupe de travail, l'ambiguïté semble encore présente quant à la spécificité des peuples autochtones par rapport aux minorités nationales. En effet, le Groupe de travail est créé comme organe subsidiaire de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, semblant inclure les peuples autochtones dans la catégorie générale des minorités nationales et limiter l'approche de la question autochtone à la lutte plus générale contre la discrimination. Cette ambiguïté ne sera appelée à se résorber que plus tard, à mesure que les travaux du Groupe de travail aboutissent à la cristallisation de normes et de principes consensuels. L'approche négative de lutte contre la discrimination cèdera alors progressivement le pas à une approche positive d'affirmation de droits attachés aux peuples autochtones en tant que tels. L'influence des organisations non-gouvernementales de société civile sur le processus est reconnu dès le début du processus de développement du droit par le

---

les droits des peuples autochtones lui a succédé en 2008. Le Groupe de travail est le seul mécanisme au sein des Nations Unies ayant pour mandat le développement des droits des peuples autochtones (l'Instance permanente sur les questions autochtones créée en 2000 et le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones créé en 2001 n'ont pas ce mandat). En 1985 est également créé un Fonds volontaire pour financer une large participation autochtone aux travaux du Groupe de travail.

<sup>311</sup> V. le *Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa première session*, Genève, Nations Unies, 25 août 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/33, §§111-112 p. 22. V. aussi les rapports annuels des années suivantes (notamment le *Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa troisième session*, Genève, Nations Unies, 8 août 1984, E/CN.4/Sub.2/1984/20, §13 p. 5) ; *Principles for Guiding the Deliberations of the Working Group on Indigenous Populations* ; et Erica-Irene A. DAES, « An overview of the history of indigenous peoples: self-determination and the United Nations », *Cambridge Review of International Affairs*, tome 21, n° 1, mars 2008, pp. 7-26.

<sup>312</sup> E/CN.4/Sub.2/1984/20, *rapport précité* (v. note 311 *supra*), §28 p. 7 qui envisage également pour les membres du Groupe de travail de proposer des modifications au mandat du Groupe de travail afin de lui conférer une orientation plus tournée vers l'action, et les §§121-126 sur l'évolution des standards. Avec l'initiative de préparer le texte d'une Déclaration sur les droits des peuples autochtones (§126 p. 24), cet élément témoigne d'une ambition du Groupe de travail de se poser en acteur du développement du droit. V. également la *Fiche d'information n° 9 (Rev. 1) "Les droits des peuples autochtones"*, Programme d'activités de la Décennie internationale des populations autochtones (1995-2004)(résolution 50/157 de l'Assemblée générale, annexe), p. 3.

Groupe de travail puisque la Résolution 1982/34 prévoit expressément la participation des O.N.G. autochtones ayant acquis un statut consultatif aux travaux du Groupe de travail, ce que ce dernier fera de manière inclusive, autorisant parfois également des O.N.G. ne jouissant pas du statut consultatif à présenter des déclarations et informations<sup>313</sup>. Cet élargissement des acteurs du développement du droit international en matière de droits autochtones et influant ainsi sur le cours du processus coutumier apparaît entièrement novateur en comparaison avec les développements examinés dans le titre précédent. Il témoigne d'un dépassement, encore certes limité, du cadre westphalien traditionnel du droit international qui accordait à l'Etat le monopole quasi exclusif en matière de formation du droit international.

### Section 1 – L'émergence de principes articulés comme expression d'une *opinio juris*

Le processus d'élaboration du projet de Déclaration voit une maturation, clarification, précision et unification des principes constitutifs de la norme à l'étude autour de positions communes indicatives du développement de l'*opinio juris*.

#### *§1 – Evolution de la notion d'autodétermination au cours des négociations : la recherche d'un compromis novateur*

Sous l'influence du processus d'élaboration du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones sur lequel le Groupe de travail se penche à partir de 1985, le principe d'autodétermination consacré comme droit par la Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1960 voit son contenu et sa portée s'étendre progressivement aux peuples autochtones<sup>314</sup>. A mesure que la spécificité des peuples autochtones s'affermirait en droit international, le processus coutumier débouche sur la cristallisation progressive d'une

---

<sup>313</sup> V. notamment *Rapport sur les travaux de la onzième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 23 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/29, §9 p. 6.

<sup>314</sup> Comme il a été établi dans le premier titre de la présente étude, rien dans la doctrine antérieure du droit des peuples à l'autodétermination ne fait obstacle à son développement dans cette direction. Au contraire, certains instruments semblent en poser les fondements (v. *inter alia* les Résolutions 637 (VII) du 16 décembre 1952, 1188 (XII) du 11 décembre 1957, 1514 (XV) du 14 décembre 1960, 1541 (XV) du 15 décembre 1960, 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 et 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'Assemblée générale). V. aussi Christian TOMUSCHAT, « Self-Determination in a Post-colonial World », in Christian TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 2: "According to the applicable texts, self-determination could never be considered an exclusive right of colonial peoples."

forme d'exercice spécifique nouvelle du droit à l'autodétermination dont les peuples autochtones sont titulaires<sup>315</sup>. Comme le réitéreront à plusieurs reprises les institutions créées dans le cadre des Nations Unies en matière de droits des peuples autochtones, il ne s'agit pas de la création d'un droit nouveau mais de la précision ou de la clarification de l'exercice d'un droit général dans le contexte spécifique aux peuples autochtones<sup>316</sup>. A cet égard, les peuples autochtones ont insisté dès le début du processus d'élaboration sur le fait que leur exercice du droit à l'autodétermination devait faire l'objet non d'un octroi mais d'une reconnaissance<sup>317</sup>.

#### A – Tentatives de définition de la notion de « peuple autochtone »

Il n'est pas possible d'examiner le lien entre les peuples autochtones et le droit à l'autodétermination sans déterminer la portée exacte du terme « peuple » dans ce contexte. Tout comme le concept d'autodétermination, celui de peuple est entaché d'imprécision en droit international quant à sa définition et sa portée. Il faut rappeler ici que l'absence d'une

---

<sup>315</sup> Reflétant l'état du droit international de l'époque, la littérature doctrinale sur le sujet contemporaine au processus d'élaboration établit que les peuples autochtones ne sont pas, au moment de l'établissement du Groupe de travail sur les populations autochtones, titulaires du droit à l'autodétermination. V. notamment Andrea MUEHLEBACH « « Making Place » at the United Nations : Indigenous Cultural Politics at the U.N. Working Group on Indigenous Populations », *Cultural Anthropology*, tome 16, n° 3, août 2001, p. 422 : «According to a number of international legal instruments, all peoples are entitled to the right of self-determination, a right indigenous peoples have been denied so far.» Aveu plus explicite encore, le rapport précité (note 311 *supra*) du Groupe de travail de 1982 sur les travaux de sa première session dresse une liste des normes dont le Groupe de travail doit accompagner le développement (§124 p. 23) incluant expressément l'autodétermination. La formulation est cependant ambiguë car elle semble traiter l'autodétermination dans un sens étroit comme synonyme d'autonomie politique (« *self-government or self-determination* »).

<sup>316</sup> V. notamment A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §86 p. 24 : « la Déclaration [des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones] ne vise pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux ; elle développe plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones. » Cette approche implique néanmoins une dimension de développement du droit, comme le confirme le §89 p. 24 qui se réfère, parmi les dispositions de la Déclaration, aux « articles qui développent les éléments constitutifs du droit des peuples autochtones de disposer d'eux-mêmes et d'être autonomes ».

<sup>317</sup> V. notamment certaines déclarations devant le Groupe de travail sur les populations autochtones impliquant une existence continue du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, indépendamment de leur respect ou reconnaissance éventuels par les États : *Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa dixième session*, Genève, Nations Unies, 20 août 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/33, §68 p. 18 ; prof. Maivân Clech Lâm, discours du 21 juillet 1993 en réponse aux déclarations des délégations de la Suède et des États-Unis d'Amérique sur la définition du terme « autodétermination » dans la Déclaration universelle, 11<sup>e</sup> session du Groupe de travail, rappelant que les titulaires du droit à l'autodétermination sont les peuples, pas les États (se fondant sur l'opinion consultative de la C.I.J. de 1975 en l'affaire du *Sahara occidental*) ; discours du Congrès mondial des Sindhi durant la 12<sup>e</sup> session du Groupe de travail (25-29 juillet 1994) qualifiant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination de droit « inaliénable » ; discours de la réunion préparatoire des peuples autochtones (4<sup>e</sup> projet), 12<sup>e</sup> session du Groupe de travail, 24 juillet 1994 : « *As each of you know, the right of self-determination is of paramount importance to indigenous peoples. We are compelled to remind state governments and others that you cannot create a peoples [sic.]. State governments did not create indigenous peoples and you did not create the sovereignty that we, as peoples, exercise as a birth right. Rather, through the development of modern international law, you have fabricated states and the notion of sovereignty that you now assert.* »

définition précise du « peuple » en droit international<sup>318</sup> est aussi ancienne que l'existence de cette catégorie juridique, pourtant reconnue titulaire du droit à l'autodétermination. Concept imprécis mais pourtant bien opérant, la catégorie de « peuple » ne peut logiquement être refusée aux autochtones au nom même de son imprécision, ce qu'on pourtant tenté certaines délégations étatiques. Comme pour le « peuple » de manière générale, le « peuple autochtone » semble, en l'absence d'une définition précise, pouvoir être mis en évidence de manière négative, c'est-à-dire autant par rapport à ce qu'il n'est pas que par rapport à ce qu'il est. Malgré l'absence d'une définition de la notion de peuple autochtone, soulignée à maintes reprises lors des travaux du Groupe de travail<sup>319</sup>, certaines tentatives de définition se sont fait jour en vue de combler ce vide inconfortable qui met en scène une série de droits dont les titulaires ne sont pas définis. Bien qu'il n'existe à ce jour aucune définition juridique arrêtée permettant de couvrir la diversité des situations particulières des peuples autochtones du monde, deux tentatives émanant d'acteurs reconnus en matière d'expertise et de doctrine des droits des peuples autochtones – et ayant joué un rôle prépondérant dans le processus normatif devant les Nations Unies – ont recueilli le consensus général de la majorité des acteurs étatiques et autochtones.

La première tentative est la définition de travail des peuples autochtones formulée par José R. Martínez Cobo dans sa célèbre étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones. Résultant d'un examen approfondi des peuples autochtones du monde<sup>320</sup>, Cobo propose la définition suivante :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et

---

<sup>318</sup> V. *Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, Etude établie par Aureliu CRISTESCU (Roumanie), Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, New-York, 1981, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, §269 p. 37 ; réaffirmé plus récemment par E.-I. DAES in E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 (19 juillet 1993, v. note 327 *infra*), §§2-3 p. 2 et E/CN.4/Sub.2/1993/SR.33 (1<sup>er</sup> septembre 1994), §15 p. 7.

<sup>319</sup> *Document de travail du Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene A. Daes, sur la notion de « peuple autochtone »*, Activités normatives : évolution des normes concernant les peuples autochtones, Groupe de travail sur les populations autochtones, Genève, 10 juin 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, §73 p. 19.

<sup>320</sup> José R. Martínez COBO, *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6, chapitre 5 « Définition des populations autochtones ».

transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. »<sup>321</sup>

L'ampleur et la complexité de la tâche ressortent de la formulation de la définition en vue d'être la plus inclusive possible. Malgré l'effort du Rapporteur spécial en vue de formuler une définition la plus large possible, il est généralement admis que cette définition, pour être convaincante et largement utilisée, ne reflète pas toute la diversité des situations concrètes. Comme l'analyse le Rapporteur spécial E.-I. Daes<sup>322</sup>, cette définition, faisant écho à l'approche de la Convention n° 107 de l'O.I.T., insiste sur deux traits des peuples autochtones que sont le caractère distinctif et le colonialisme. Le caractère distinctif suggère une identification par opposition, par exclusion plutôt que par une identification étroite avec des traits prédéterminés. Cette flexibilité a pour souci de répondre à la diversité des situations et à permettre une libre évolution du droit. L'élément du colonialisme semble exclure les minorités nationales. Les trois autres éléments de définition se présentent comme des éléments non-nécessaires et non-suffisants. Il s'agit du caractère non-dominant, la conservation de liens avec les territoires ancestraux et la dimension volontaire du caractère distinctif du groupe. Ici encore, le lien particulier avec les territoires ancestraux semble exclure les minorités nationales de la définition de « peuple autochtone ». La distinction entre ces deux catégories apparaît dès lors asymétrique : alors que les peuples autochtones répondent généralement aux critères de définition des minorités nationales, la réciproque n'est pas vraie, ce qui a pu justifier parfois la qualification des peuples autochtones comme « catégorie particulière de minorités »<sup>323</sup>. Dans la mesure où la distinction repose sur la présence chez les peuples autochtones d'attributs distinctifs propres dont les minorités nationales sont dénuées, et n'aurait aucun sens sans cette notion de spécificité, il faut conclure à l'existence des minorités nationales et des peuples autochtones comme deux catégories distinctes. Comme le montre la présente étude, cette distinction de définition entre ces deux

---

<sup>321</sup> *Ibid.*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, §379 p. 31. V. aussi §§380-382 pp. 31-32. Le terme de « nations autochtones » est annonciateur de l'expression de « peuples autochtones » qui s'imposera progressivement par la suite et consacrera l'abandon du terme de « populations autochtones », notamment dans les tentatives de définitions ultérieures (v. documents cités note 327 *infra*).

<sup>322</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, *doc. cit.*, 10 juin 1996 (v. note 319 *supra*), §25 p. 8.

<sup>323</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 427 p. 740. Pour sa part, Will KYMLICKA semble traiter dans son modèle théorique les peuples autochtones et les minorités nationales comme un groupe unifié par opposition aux groupes multiethniques immigrants : « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », in Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 183-208.



catégories entraîne des conséquences divergentes quant à leurs droits. En définitive, il apparaît, tant sur le champ de la définition que du régime juridique qui en découle, que les peuples autochtones couvrent tout le champ des minorités nationales qu'ils excèdent par leurs caractéristiques propres et par leurs droits – au premier chef le droit à l'autodétermination.

Sous l'insistance sur le fait que le caractère distinctif du groupe doive être volontaire affleure le droit d'auto-identification des peuples autochtones, repris et systématisé au cours des travaux du Groupe de travail sur les populations autochtones. En vertu du droit d'auto-identification, corollaire du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, les peuples autochtones ne peuvent être qualifiés comme tels qu'avec leur libre consentement, et ne peuvent donc se voir imposer une définition par les Etats. Ce droit possède en outre un aspect volontariste, c'est-à-dire que les peuples autochtones doivent se revendiquer comme tels. Autrement dit, l'identité autochtone ne correspond pas à une situation purement objective mais à un mélange de critères à l'objectivité relative et d'un volontarisme reposant sur un sentiment collectif. Cela se retrouve dès les phases initiales du processus d'élaboration où la nécessité a été affirmée d'élaborer une définition du peuple autochtone à laquelle participeraient principalement les peuples autochtones eux-mêmes<sup>324</sup>. Permise par l'approche inclusive du Groupe de travail, cette participation autochtone dans le développement des définitions et normes les concernant ainsi que le droit à l'auto-identification leur fourniront un levier sans précédent leur permettant d'exercer une grande influence sur la définition du contenu et de la portée des normes en jeu. Ce faisant, les délégations autochtones parviendront à contourner partiellement la prépondérance traditionnelle des Etats dans l'élaboration des normes au sein de l'O.N.U.

La deuxième étape d'importance dans la tentative de définir la notion de peuple autochtone a eu lieu au sein même du Groupe de travail sur les populations autochtones. Tenant compte de la définition de travail de J. R. Martínez Cobo<sup>325</sup>, de la définition formulée à l'article 1 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. de 1989<sup>326</sup> et de la directive opérationnelle 4.20 de la Banque mondiale de 1991, la Présidente-Rapporteur du Groupe de travail a tenté à

---

<sup>324</sup> E/CN.4/Sub.2/1982/33, *doc. cit.*, 25 août 1982 (v. note 311 *supra*), §37 p. 8.

<sup>325</sup> V. notamment E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3, *doc. cit.*, 21 juin 1995 (v. note 327 *infra*).

<sup>326</sup> *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, O.I.T., 27 juin 1989 (v. note 566 *infra*), article 1.1 : « La présente convention s'applique : (a) aux peuples tribaux [...] ; (b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. »

son tour de d'esquisser les contours d'une définition la plus inclusive et souple possible, tenant pleinement compte des aspirations des observateurs autochtones<sup>327</sup>. L'approche inclusive retenue par la Présidente-Rapporteur fait droit aux revendications autochtones au détriment de celles des Etats. En effet, rejetant l'approche restrictive de la définition formulée par la Convention n° 169 de l'O.I.T. à son article 1.3 suggérée par certains Etats, la Présidente-Rapporteur justifie son choix par le fait qu'une telle définition aurait pour conséquence de vider la Déclaration de sa substance en déniaut aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination<sup>328</sup>. Il est important de noter que les documents de travail et notes explicatives de la Présidente-Rapporteur sont destinés à éclairer l'interprétation du texte du projet de Déclaration. A cet égard, il apparaît indispensable d'en tenir compte aux fins de déterminer la portée du texte. La flexibilité de l'approche du Groupe de travail, formulée en la personne de sa Présidente, consiste non tant à élaborer une définition théorique précise de la notion de « peuple autochtone » qu'à poser les jalons d'une identification empirique. Il s'agit notamment de déterminer des critères d'identification objectifs et subjectifs<sup>329</sup> élaborés par les peuples autochtones eux-mêmes. L'opportunité d'une définition tranchée est elle-même contestée, au nom du principe d'auto-identification, de la flexibilité devant refléter la diversité des contextes particuliers et de la nécessité d'inclure les peuples autochtones dans le processus comme remède aux régimes imposés de l'extérieur par le passé. Rendant compte de la tension entre précision théorique d'une part et inclusion et opérativité d'autre part<sup>330</sup>, la réflexion de la Présidente-Rapporteur tente de situer la notion de peuple autochtone à la lumière des tentatives passées de définition de la notion de minorité nationale, de peuple et de peuple autochtone. Cette réflexion aboutit à l'établissement de quatre critères de définition indicatifs et non exhaustifs de la notion d' « autochtone » :

---

<sup>327</sup> Erica-Irene DAES : *Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Sous-Commission, 45<sup>e</sup> session, Genève, Nations Unies, 19 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 ; *Note concernant les critères pouvant être appliqués pour l'examen de la notion de peuples autochtones*, 21 juin 1995, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 ; *Document de travail sur la notion de « peuple autochtone »*, 10 juin 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

<sup>328</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§4-8 p. 2. Notamment, le §6 insiste sur le critère subjectif de l'auto-identification du groupe.

<sup>329</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3, *doc. cit.*, 21 juin 1995 (v. note 327 *supra*), §11 p. 6. Si le recours à des critères subjectifs se justifie en vue d'assurer une protection effective des peuples autochtones contre l'arbitraire de l'Etat, l'utilisation de critères objectifs a pour objectif de protéger les peuples autochtones cette fois contre la section majoritaire de la population et contre une dilution de la notion. Cette nécessité est illustrée par le cas du Kazakhstan dans les années 1920 lorsqu'en réaction à l'idéologie communiste naissante s'était faite jour une entreprise de révisionnisme historique. A l'image des travaux de Mukhamedzhan Tynyshpaevich TYNYSHPAEV (1879-1938), ces tentatives controversées de manipulation de l'Histoire cherchaient à établir, au mépris des faits historiques, le caractère autochtone du peuple kazakh (v. son ouvrage *Материалы к истории киргиз-казахского народа* (« documents historiques du peuple kirghizo-kazakh »), Tachkent, 1925).

<sup>330</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, *doc. cit.*, 10 juin 1996 (v. note 327 *supra*), §71 p. 19.

En résumé, les facteurs considérés aujourd'hui comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept d'"autochtone" sont :

- a) L'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné;
- b) Le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions;
- c) Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte; et
- d) Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas.<sup>331</sup>

A noter l'absence du lien particulier des peuples autochtones à leurs territoires ancestraux, pourtant souvent revendiqué par les observateurs autochtones comme un élément crucial de leur identité. Cette omission semble pouvoir s'expliquer par le fait que dans certains cas les peuples autochtones ont été privés de leurs territoires ancestraux, notamment en migrant vers les villes, tout en conservant néanmoins leur identité autochtone. Cette omission illustre la nécessité d'élaborer une définition la plus large possible en vue de couvrir la diversité des situations autochtones particulières. Loin de nuire à l'opérativité de la définition, une telle approche large – et parfois vague – la renforce au contraire car elle en permet l'affinement progressif et l'application fluide au cas par cas. Pour cette raison, l'inutilité et la contre productivité de rechercher à définir trop précisément le « peuple autochtone » ont souvent été soulignées par les membres du Groupe de travail. A cet égard, il faut souligner que l'absence de définition de la notion de peuple en droit international n'a pas présenté jusqu'à présent un obstacle à l'application du droit des peuples à l'autodétermination<sup>332</sup>. C'est au contraire la recherche d'une définition trop étroite au nom

---

<sup>331</sup> *Ibid.*, §69 p. 18.

<sup>332</sup> *Ibid.*, §6 p. 4: « Le Président-Rapporteur soulevait en outre la question de l'opportunité d'une définition de la notion de « peuple autochtone ». Elle a, comme d'autres personnes, fait observer que le Groupe de travail était en soi un succès, même s'il n'avait pas adopté une définition officielle des « peuples autochtones » ». Cette opinion se confirmera et se généralisera par la suite au sein de diverses instances des Nations Unies en matière autochtone, v. *inter alia* la note sur le *Concept de peuple autochtone*, Séminaire sur la collecte et le tri

d'une meilleure opérativité juridique qui risque de conduire à un découplage entre un régime juridique et la réalité sociale à laquelle celui-ci s'applique. Est donc retenue une approche contextualisée, locale et empirique en matière de définition.

Ces aspects couverts par la notion d'« autochtone » caractérisent certaines communautés humaines. De manière intéressante, et en prolongement de la remarque sur l'absence de définition claire du peuple en droit international, il apparaît du raisonnement suivi que le caractère autochtone d'un peuple ne se conçoit pas comme un attribut qui viendrait s'ajouter à une communauté éligible par ailleurs au statut de peuple en droit international. Au contraire, la simple validation du caractère autochtone d'une communauté appelle la conclusion qu'il s'agit d'un peuple au sens du droit international. En d'autres termes, l'appellation « peuple autochtone » semble offrir un reflet inversé de la réalité juridique qu'elle désigne, car c'est la communauté autochtone le cas échéant qui est qualifiée de peuple, et non l'inverse.

On retrouve ici l'approche qui semblait avoir guidé la pratique de l'Organisation des Nations Unies relative à l'exercice du droit à l'autodétermination dans le cadre du processus de décolonisation : en l'absence d'une définition du « peuple », les peuples non-autonomes appelés à exercer leur droit à l'autodétermination étaient identifiés précisément et exclusivement par leur caractère « non-autonome ». Mais là où la définition de travail du peuple autochtone comporte une part subjective d'auto-identification, cette dimension subjective est absente de la définition du peuple non-autonome éligible à la décolonisation<sup>333</sup>. Cette différence marquant les tentatives de définition des peuples autochtones et des peuples coloniaux en appelle une autre, peut-être plus fondamentale : alors que l'accession des peuples coloniaux à l'indépendance n'est pas considérée comme équivalant à une sécession<sup>334</sup>, cela n'est pas le cas pour les peuples autochtones dont l'exercice de

---

d'informations pour les peuples autochtones, Instance permanente sur les questions autochtones, New-York, 19-21 janvier 2004, PFII/2004/WS.1/3, §§7-8 pp. 3-4.

<sup>333</sup> Tant le principe VI de la Résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960 que la doctrine dite du « test de l'eau salée » prétendent appliquer aux territoires et peuples non-autonomes des critères qui se veulent objectifs dans leur détermination. C'est ce qui a permis de traiter le peuple, dans le seul cadre de la décolonisation, comme un statut transitoire parce que fonctionnel.

<sup>334</sup> *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, qui encourage la décolonisation tout en rappelant l'inviolabilité de l'intégrité territoriale des Etats ; Jean CHARPENTIER, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international positif », *R.Q.D.I.*, tome 2, 1985, p. 204 : « [l']obligation de décoloniser diffère, en son contenu, sensiblement d'un droit des peuples à l'indépendance ».

l'autodétermination est constamment lié au respect du principe d'intégrité territoriale des Etats<sup>335</sup>. Si la présence de peuples autochtones au sein des Etats résulte bien dans de nombreux cas d'un processus de colonisation, le territoire concerné fait partie du territoire national au sens étroit, distinguant ainsi le cas des peuples autochtones de celui des peuples coloniaux. Dans le cas des peuples autochtones, la décolonisation est exclue, non-seulement parce que la colonisation a été généralement rendue irréversible mais également parce qu'elle se heurte directement au principe d'intégrité territoriale de l'Etat. La question d'un éventuel droit de sécession au bénéfice des peuples autochtones se confond alors avec le débat général sur la question de la sécession.

Des définitions de travail d'autorité de J. R. Martínez Cobo et d'E.-I. Daes précitées, l'antériorité de la présence sur le territoire de l'Etat actuel apparaît comme l'élément distinctif essentiel entre les peuples autochtones et les minorités nationales. La persistance d'un lien particulier aux territoires ancestraux peut constituer une confirmation de cette antériorité mais ne saurait compter parmi les éléments nécessaires de définition en raison de sa vulnérabilité aux comportements de l'Etat.

Les documents de travail d'E.-I. Daes reflètent la position majoritaire qui se dégage au cours des travaux du Groupe de travail et selon laquelle les peuples autochtones sont des peuples au plein sens du droit international<sup>336</sup> et sont par conséquent titulaires du droit à l'autodétermination<sup>337</sup>. Ce droit, dont les moyens d'exercice sont fluides et en constante évolution, acquiert une expression essentiellement interne en dehors des situations de décolonisation<sup>338</sup>. Cette position, qui se cristallise peu à peu et viendra à triompher dans la version finale du texte de la Déclaration adoptée en 2007, écarte nécessairement l'emploi du terme « populations autochtones » – en anglais « *indigenous people* » au singulier – au profit de « peuples autochtones » – « *indigenous peoples* » au pluriel. Les implications de ce

---

<sup>335</sup> V. examen du processus coutumier relativement à la portée de la norme émergente, dans le présent titre et partie II, *infra*. La *D.N.U.D.P.A.* reflète bien ce cadre d'exercice dans ses articles 3, 4 et 46.1.

<sup>336</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 juin 1996, §§47-59 pp. 14-16.

<sup>337</sup> *Ibid.*, §72 p. 19.

<sup>338</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§17-23 pp. 4-5, et *Compte-rendu analytique de la 28<sup>e</sup> séance*, tenue le 22 août 1994, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Genève, 46<sup>e</sup> session, E/CN.4/Sub.2/1994/SR.28, §5 p. 4. Cette position est déjà décelable au début des années 1980, à un stade moins avancé du processus d'élaboration de la Déclaration, en témoigne la distinction entre autodétermination externe et autodétermination interne articulée par José R. Martínez COBO dans son étude précitée (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, (v. note 210 *supra*), §§271-273 p. 22), envisageant déjà un exercice de ce droit à portée variable. Pour un examen systématique du droit à l'autodétermination interne en droit international, v. Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), 680p.

basculement progressif sont essentielles pour le processus coutumier puisque les autochtones font désormais expressément partie de la catégorie de peuple en droit international, ce que ne cessera de répéter les Groupes de travail successifs<sup>339</sup>. Malgré l'hostilité de certains observateurs étatiques à ce point de vue, les documents de travail rédigés par la Présidente-Rapporteur et examinés ici sont élaborés sur la base des informations fournies et déclarations faites par les membres du Groupe de travail ainsi que les observateurs autochtones et étatiques. Ces documents formulent donc une position de compromis reflétant déjà plus de dix ans de débats, dont la présomption d'autorité est renforcée par le statut de leur auteur. Ils sont par conséquent représentatifs de l'évolution du consensus quant à l'absence de restriction posée aux peuples « autochtones » par rapport aux autres peuples et aux conséquences que cela emporte en droit international. A noter que les Etats eux-mêmes semblent être les seuls à être divisés sur la question, avec un cercle restreint d'entre eux fermement opposés ou revendiquant une conception restrictive au moyen de qualifications apportées aux termes de peuples autochtones<sup>340</sup>. Cette opposition est appelée à se réduire, certains Etats hostiles décidant d'interrompre leur participation aux travaux du Groupe de travail.

*B – Evolution du droit à l'autodétermination des peuples autochtones au cours des sessions du Groupe de travail jusqu'à l'adoption du projet de Déclaration de 1993*

Ce point de l'étude tient une place centrale dans la démarche d'administration de la preuve du processus coutumier. Il s'agit en effet du moment au cours duquel la norme émergente voit son développement s'orienter dans une direction propre et fait l'objet d'une structuration de la pratique et d'une émergence puis d'un affermissement de l'*opinio juris*. C'est à cette époque que les deux éléments du processus coutumier acquièrent leur autonomie et structure propres. Ces dimensions justifient que l'administration de la preuve s'attarde plus longuement sur cette étape du processus coutumier qui doit de toute évidence faire l'objet d'un examen approfondi<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§7-8 p. 2 ; *D.N.U.D.P.A.*, 13 septembre 2007, alinéa 2 du préambule et article 2 du dispositif. La reconnaissance du droit à l'autodétermination au bénéfice des peuples autochtones est la conséquence logique de ce développement.

<sup>340</sup> V. B, *infra*.

<sup>341</sup> Pour plus de clarté dans l'examen qui suit concernant l'évolution des dispositions relatives à l'autodétermination au cours des versions successives du projet de Déclaration, v. le tableau récapitulatif en Annexe 2, *infra*.

Une première constatation s'impose lors de l'examen des débats et déclarations au sein du Groupe de travail sur les populations autochtones dans le cadre de l'exécution de son mandat et des travaux préparatoires à la rédaction du projet de Déclaration. Les délégations et organisations de société civile autochtones ont formulé leur conception du droit à l'autodétermination qu'elles revendiquent pour les peuples autochtones comme extensive et sans restriction. Nombreuses et partielles, les déclarations en ce sens<sup>342</sup> semblent être le mieux synthétisées au sein d'une déclaration des participants autochtones de 1987 en dix paragraphes sur l'autodétermination<sup>343</sup>. Cette déclaration expose la portée que les délégations autochtones entendent attribuer au droit à l'autodétermination tel que mentionné dans le projet de Déclaration de principes soumis par un groupe d'O.N.G. autochtones en 1985 et qui sera finalement adopté par le Groupe de travail lors de sa session de 1987 comme document de base pour l'élaboration du projet final de Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Deux traits de l'autodétermination ressortent de la déclaration, résumant tous les problèmes conceptuels liés au processus. Premièrement, les représentants autochtones affirment une conception large et ouverte de l'autodétermination entendue comme droit et non comme simple principe. Dépourvu de définition précise, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination apparaît fluide et semble revêtir la forme inclusive d'un droit-cadre ou d'un droit premier qui comprend et duquel dépendent plusieurs autres droits<sup>344</sup>. Ces multiples droits sont énoncés aux paragraphes 1 à 5<sup>345</sup>. La nature et la portée de ces droits, rattachés au

---

<sup>342</sup> V. notamment le projet de principes (formulation préliminaire) et la Déclaration de principes adoptée lors de la quatrième Assemblée générale du Conseil mondial des peuples autochtones à Panama en septembre 1984, contenus in *Rapport sur les travaux de la quatrième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 27 août 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/22, annexe 2 pp. 23-24 et annexe 3 pp. 25-26, respectivement.

<sup>343</sup> *Statement on self-determination by the participants at the indigenous peoples preparatory meeting*, précédant la 5<sup>e</sup> session de 1987 du Groupe de travail sur les populations autochtones.

<sup>344</sup> §1 de la déclaration sur l'autodétermination précitée : « *The right to self-determination is fundamental to the enjoyment of all human rights. From the right to self-determination flow the right to...* ». V. aussi *Rapport sur les travaux de la cinquième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 24 août 1987, E/CN.4/Sub.2/1987/22, §53 p. 14.

<sup>345</sup> Le §1 énonce « le droit à la souveraineté permanente sur les terres – y compris les terres aborigènes, ancestrales et historiques – et sur les autres ressources naturelles, le droit de développer et de maintenir des institutions politiques, le droit à la vie, à la santé et à l'intégrité physique, et le droit à la culture, au style de vie et à la religion » comme découlant du droit à l'autodétermination (anglais original : « *[t]he right to self-determination is fundamental to the enjoyment of all human rights. From the right to self-determination flow the right to permanent sovereignty over land – including aboriginal, ancestral and historical lands – and other natural resources, the right to develop and maintain governing institutions, the right to life, health and physical integrity, and the rights to culture, way of life and religion* »). Noter la place particulière et expresse de la terre parmi les ressources naturelles. Le §2 prévoit que « le droit à l'autodétermination inclut le droit absolu des peuples autochtones d'exister en tant que communautés, tribus, nations ou autres entités suivant leurs souhaits propres et de définir leur propre appartenance » (anglais original : « *[t]he right to self-determination includes the absolute right of indigenous peoples to exist as communities, tribes, nations or other entities according to their*

droit international des droits de l'homme, révèlent une proximité telle avec l'autodétermination, voire parfois un recoupement partiel, qu'ils s'interpréteront généralement dans la suite du processus comme des formes partielles d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne. Ainsi, l'accession de ce droit à la normativité est liée à la cristallisation des droits y relatifs<sup>346</sup>. Si les droits constituant ou découlant du droit à l'autodétermination ne semblent pas affectés par une quelconque hiérarchie, on note que le droit à l'autonomie esquissé aux paragraphes 1, 4 et 5 apparaît conditionné par la liberté de choix du paragraphe 3. En effet, le §8 précise que « l'imposition par l'Etat de formes et de systèmes gouvernementaux ou organisationnels sans le consentement du peuple autochtone concerné est une violation du droit à l'autodétermination, même lorsque l'objectif évident est de fournir un degré d'auto-administration ou d'autonomie. »<sup>347</sup>

Ce document, qui est encore un programme de revendication autochtone au moment de sa formulation, fait état d'une conception extensive du droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones, et apparaîtra extrême et inacceptable à de nombreuses délégations étatiques<sup>348</sup>. Son effet sur l'émergence au sein du Groupe de travail d'une conception commune du droit à l'autodétermination est visible dans les travaux du Groupe de travail dès la session de cette même année<sup>349</sup>. L'un des faits les plus remarquables du processus d'élaboration de la Déclaration est que cette position autochtone jugée parfois

---

*own wishes and to define their own membership* »). Le §3 qualifie la liberté de choix des peuples autochtones d'élément le plus fondamental du droit à l'autodétermination. Il affirme que « les relations entre les peuples autochtones et les Etats doivent reposer sur le consentement libre et éclairé des peuples autochtones. » (anglais original : « *[t]he relationships between indigenous peoples and states must be based on the free and informed consent of indigenous peoples* » ; v. aussi E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §52 p. 14). Le §4 prévoit que « l'autodétermination comprend la liberté des peuples autochtones de déterminer l'étendue et les institutions de leur autonomie politique, leur statut politique et associations avec l'Etat(s) où ils se situent, et l'étendue et la nature de leur participation au sein du processus politique de ce(s) Etat(s) » (anglais original : « *[s]elf-determination encompasses the freedom of indigenous peoples to determine the extent of and the institutions of their self-governance, their political status and associations with the state(s) in which they are located, and the extent and nature of their participation within the political process of such state(s)* »).

<sup>346</sup> Ce lien de dépendance apparaît explicitement au §6 du document : « L'autodétermination dépend du droit de chaque peuple autochtone au minimum nécessaire en termes fonciers et de ressources en vue d'assurer une économie appropriée et suffisante ainsi que du droit d'exercer son autorité et sa juridiction sur le territoire correspondant » (anglais original : « *[s]elf-determination is dependent upon the right of each indigenous people to a land and resource base necessary to sustain an appropriate and sufficient economy as well as the right to exercise its authority and jurisdiction over the corresponding territory* »).

<sup>347</sup> Anglais original : « *[s]tate imposition of governmental or organizational systems and forms without consent by the indigenous people concerned violates the right to self-determination, even where the ostensible purpose is to provide a measure of self-rule or autonomy.* »

<sup>348</sup> Le point d'achoppement le plus évident est résumé par le §5 de la déclaration sur l'autodétermination qui admet l'exercice du droit à l'autodétermination sous sa forme externe : « *[t]he right to self-determination may be realized in many ways ranging from the choice of full independence to various forms of autonomy, self-government and participation in the political process of the state* ».

<sup>349</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §§52-54 pp. 14-15 et déclaration de principes adoptée par les peuples autochtones reproduite en annexe 5 p. 30.



extrême aura une influence prépondérante sur la conception de l'autodétermination dans la version finale du texte adopté par l'Assemblée générale vingt ans plus tard. Cela donne la mesure de l'importance du rôle joué par les délégations autochtones et O.N.G. à statut consultatif au sein des travaux préparatoires des deux Groupes de travail successifs et, partant, dans le processus coutumier à l'étude. Le deuxième élément notable du document est le refus par les délégations autochtones de toute limitation théorique à leur droit à l'autodétermination qui conduirait à l'établissement d'un droit à deux mesures. Au contraire, et cela est constaté de manière constante tout au long du processus d'élaboration de la Déclaration, les représentants autochtones revendiquent dans leur droit à l'autodétermination la dimension externe, ou l'accession à l'indépendance souveraine par voie de sécession<sup>350</sup>. Ce choix de principe constant<sup>351</sup>, qui sera à l'origine d'une réticence de nombreuses délégations d'Etats à accepter le terme d'autodétermination dans le contexte autochtone<sup>352</sup>, est intéressant lorsqu'il est rapproché du désintéret maintes fois réaffirmé de la grande majorité des délégations autochtones pour la solution radicale de sécession<sup>353</sup>. Ainsi, là où elle signifie pour les autochtones une mesure symbolique de reconnaissance et de réhabilitation au regard des discriminations historiques dont ils ont fait l'objet, cette absence revendiquée de limitation théorique à l'exercice du droit à l'autodétermination au nom de la non-discrimination est perçue par de nombreux Etats comme une menace inacceptable à leur intégrité territoriale<sup>354</sup>. Pourtant, d'après la position des observateurs autochtones, c'est non la reconnaissance de l'autodétermination interne mais au contraire le déni des droits autochtones par l'Etat et les politiques d'assimilation forcée qui posent une menace à la stabilité. La solution de compromis finalement retenue semble être le mieux formulée par la Présidente-Rapporteur

---

<sup>350</sup> *Ibid.*, §52 p. 14 : « Le droit à l'autodétermination peut être exercé de différentes manières allant du choix de la pleine indépendance à diverses formes d'autonomie, d'auto-administration [en anglais *self-government*] et de participation dans les processus politiques de l'Etat. »

<sup>351</sup> *Ibid.*, §52 p. 14. A l'occasion de la 12<sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones, en juillet 1994, un projet de résolution « concernant la situation à Hawaï : le droit à l'autodétermination et à l'indépendance » a été soumis par l'organisation autochtone de l'« Etat nation indépendant d'Hawaï » en la personne de Kekula P. Bray-Crawford pour adoption par la Commission des droits de l'homme. Par cette initiative, les autochtones concernés recherchaient la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination externe comme remède aux abus de l'administration coloniale, en l'occurrence les Etats-Unis (article 1 du projet de résolution). Illustrant les recours abusifs occasionnels par les délégations autochtones devant le Groupe de travail, ce projet a été rejeté car excédant le mandat du Groupe de travail, qui n'est pas un organe de règlement des litiges ou revendications.

<sup>352</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §56 pp. 15-16. V. aussi les positions du Brésil et du Canada résumant celles d'autres Etats in E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §§50 et 55, pp. 17-19 et *Rapport sur les travaux de la neuvième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 3 octobre 1991, E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, §49 p. 10.

<sup>353</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/29, §59 p. 20. Les observateurs autochtones ont déclaré que la sécession n'est pas dans leur intérêt, notamment économique. V. aussi James SUMMERS, *Peoples and International Law*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Leiden, Brill, 2014, pp. 265-266.

<sup>354</sup> V. pp. 214-219 *infra*.

dans une note explicative sur le sujet accompagnant la proposition de Déclaration lors de son examen en première lecture à la session du Groupe de travail de 1993<sup>355</sup>. Lue à la lumière de cette note explicative, le projet de Déclaration de 1993 semble limiter le droit des peuples autochtones à l'autodétermination à sa forme interne. En effet, outre la lecture combinée des paragraphes 3 et 42 du projet de Déclaration, la note explicative rend cette portée interne explicite. Il y est reconnu que la sécession peut être une solution légitime dans des cas extrêmes de non-représentation et d'oppression au sein de l'Etat existant<sup>356</sup>, mais cette légitimité morale ne va pas jusqu'à consacrer un droit. Dans tous les cas, il n'est pas possible de parler de discrimination à l'égard des peuples autochtones dans la mesure où, loin d'être l'apanage des peuples autochtones, la question de l'existence d'un droit à l'autodétermination externe dans certaines circonstances particulières concerne plus généralement l'ensemble des peuples titulaires de ce droit.

Les débats portant sur l'autodétermination autochtone au sein du Groupe de travail sont orientés, outre par les tâches consistant en un examen des faits nouveaux et de l'évolution des normes, par l'élaboration d'un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, que le Groupe de travail a eu l'initiative de s'assigner dès sa quatrième session de 1985<sup>357</sup>. Représentant la position des observateurs autochtones, une première Déclaration de principes a été proposée à la réunion préparatoire des peuples autochtones de la quatrième session du Groupe de travail de 1985, fournissant le socle des débats du Groupe de travail en vue de l'élaboration d'une Déclaration finale<sup>358</sup>. Elaborée au premier chef par les délégations autochtones, cette déclaration a été légèrement amendée lors de la réunion préparatoire des peuples autochtones tenue à Genève du 27 au 31 juillet 1987 en vue de la cinquième session du Groupe de travail<sup>359</sup>. Les légers amendements et additions apportés à la version initiale ne portent pas directement sur le droit à l'autodétermination, d'où la nécessité de seulement examiner ici la version amendée de 1987. Si le terme « autodétermination » n'y figure expressément que trois fois (principes 2, 18 et 22), il apparaît que chacun des principes s'y rapporte indirectement ou en représente une forme d'exercice. Cet emboîtement des principes reflète l'approche adoptée par le Groupe de travail depuis sa première session et visible dans

---

<sup>355</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§10-34, pp. 3-7.

<sup>356</sup> *Ibid.*, §21 p. 4. V. la formulation intéressante et quelque peu ambiguë : les peuples autochtones « auraient sans doute raison de créer un nouvel Etat pour assurer leur sécurité ».

<sup>357</sup> E/CN.4/Sub.2/1985/22, *doc. cit.*, 27 août 1985 (v. note 342 *supra*), annexe II pp. 23-24 (projet initial, sans référence à l'autodétermination).

<sup>358</sup> *Ibid.*, annexe IV pp. 27-28.

<sup>359</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 342 *supra*), §51 p. 14. Le texte de la Déclaration de principes (en anglais) est en annexe V, p. 30 de ce document.

ses rapports annuels répondant à une conception large et inclusive du droit à l'autodétermination telle que revendiquée par les peuples autochtones. L'autodétermination se reflète ainsi dans la plupart des principes qui de ce point de vue apparaissent difficilement isolables car ils forment un système de différentes formes d'application du droit à l'autodétermination<sup>360</sup>.

Le principe 2 prévoit que « Tous les peuples et nations autochtones ont le droit à l'autodétermination, en vertu duquel ils ont le droit au degré d'autonomie ou d'auto-administration de leur choix. Cela inclut le droit de déterminer librement leur statut politique, de poursuivre librement leur développement économique, social, religieux et culturel propre et de déterminer leur propre appartenance et/ou citoyenneté sans interférence extérieure. »<sup>361</sup> La formulation semble placer le droit à l'autonomie comme le premier principe découlant le plus directement du droit à l'autodétermination pour les peuples autochtones. Les débats et opinions exprimées au sein du Groupe de travail sur ce point manquent de clarté, plaçant parfois l'autonomie comme conséquence ou forme d'exercice de l'autodétermination, et formulant dans d'autres cas un lien de stricte équivalence entre autonomie politique et autodétermination<sup>362</sup>. Le §5 de la déclaration sur l'autodétermination de 1987 envisageant expressément l'exercice de l'autodétermination sous sa forme externe a été abandonné, mais certaines dispositions suggèrent que cette possibilité n'a pas été totalement éliminée. Si la première phrase ne semble pas faire allusion à la possibilité de l'indépendance – une interprétation à la lettre de l'expression anglaise « *whatever degree of autonomy* » n'inclurait pas *a priori* l'accession à l'indépendance –, cette possibilité semble en revanche impliquée par la seconde phrase du principe : « le droit de [...] déterminer leur propre [...] citoyenneté, sans interférence extérieure. » C'est cette ouverture théorique à l'exercice externe du droit à l'autodétermination qui suscite en partie les réserves des délégations étatiques et ainsi l'un des nœuds centraux du débat. Cette ouverture théorique est confirmée par le principe 3 qui lève

---

<sup>360</sup> Les délégations autochtones ont régulièrement réaffirmé leur attachement à cette conception du droit à l'autodétermination. Il ressort des travaux du Groupe de travail que les Etats eux-mêmes, tout en exprimant parfois une réticence par rapport au terme « autodétermination », se déclarent généralement favorables aux droits que celui-ci inclut pour les peuples autochtones.

<sup>361</sup> Anglais original : “*All indigenous nations and peoples have the right to self-determination, by virtue of which they have the right to whatever degree of autonomy or self-government they choose. This includes the right to freely determine their political status, freely pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own membership and/or citizenship, without external interference.*” La formulation demeure inchangée par rapport à celle de 1985.

<sup>362</sup> V. notamment E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*) où l'emploi de l'un ou de l'autre terme semble indifférent, §54 p. 15 : « *Self-determination of self-government, whatever terminology may be used* » ; E/CN.4/Sub.2/1984/20, *doc. cit.*, 8 août 1984 (v. note 311 *supra*), §23 p. 6.

toute ambiguïté : « Aucun Etat ne peut exercer sa juridiction sur une nation ou un peuple autochtone ni sur son territoire sauf en vertu des souhaits librement exprimés de la nation ou du peuple concerné(e). »<sup>363</sup> De même, le principe 6 rejette certains actes et doctrines d'Etat comme fondements pour « revendiquer ou retenir » les territoires autochtones<sup>364</sup>. Il est aisé de voir ici la raison d'une hostilité des Etats, et il semble que cette revendication autochtone, qui ne sera pas retenue comme telle dans la Déclaration de 2007, réponde davantage à un acte symbolique de reconnaissance de leur subjugation passée qu'à une réelle intention de faire un exercice externe du droit à l'autodétermination.

A cet égard, les délégations autochtones ont régulièrement rappelé que la sécession n'est pas dans leur intérêt ni dans leurs intentions. Hormis quelques rares cas spécifiques, les délégations autochtones ont généralement exprimé le désir de vivre dans leur Etat en cohabitation avec la population non-autochtone, au moyen d'une relation de partenariat négocié avec l'Etat. Le principe 4 affirme les droits fonciers autochtones en particulier en raison de leur lien ancestral avec les territoires colonisés, tandis que le principe 5 réaffirme l'existence du titre autochtone. La nature des droits reconnus ici – droits fonciers et titre autochtone – est susceptible de fournir l'assise territoriale à l'exercice du droit à l'autodétermination comme droit pour une communauté de maîtriser son propre destin<sup>365</sup>. Il est intéressant d'apprécier au passage la radicalité des revendications autochtones contenues dans la Déclaration de principes par rapport au droit existant en matière de titre autochtone. En effet, il ressort de la lecture combinée des principes 6 et 7 que le droit d'extinction du titre autochtone par acte unilatéral de l'Etat, qui fait généralement partie de la doctrine traditionnelle du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*<sup>366</sup>, est remis en question. Le principe 10 prévoit la participation des peuples autochtones à la vie politique de l'Etat selon le degré qu'ils désirent. Le principe du consentement libre et éclairé se pose comme la condition de réalisation de plusieurs droits autochtones comme par exemple au principe 13.

---

<sup>363</sup> Anglais original : “[n]o State shall assert any jurisdiction over an indigenous nation and people, or its territory, except in accordance with the freely expressed wishes of the nation and people concerned.”

<sup>364</sup> Une interprétation de ce principe comme autorisant l'exercice externe du droit à l'autodétermination comme remède semble cependant se heurter aux dispositions du principe n° 7 suivant.

<sup>365</sup> Ce lien ne fera que se confirmer dans les travaux normatifs ultérieurs. V. *inter alia* le *Rapport du Séminaire d'experts des Nations Unies sur les expériences concernant les droits et titres fonciers autochtones*, tenu à Whitehorse (Canada) du 24 au 28 mars 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/6, §7.4.d p. 4 et §17 p. 7 ; *Les peuples autochtones et leur relation à la terre* – Deuxième rapport sur l'état d'avancement du document de travail établi par Mme Erica-Irene A. Daes, Rapporteur spécial, 3 juin 1999, E/CN.4/Sub.2/1999/18, §9, titre J et §80 de la version anglaise originale (la version française traduit incorrectement « *self-determination* » par « autonomie »).

<sup>366</sup> V. titre 1, *supra*.

Le principe 15 prévoit que « les nations et peuples autochtones sont des sujets du droit international »<sup>367</sup>. L'emploi des termes « peuples » et « nations » au lieu de « populations », qui est l'une des revendications autochtones au nom du principe d'auto-identification, n'est pas une simple coquetterie sémantique. Cette nuance rapproche effectivement les peuples autochtones d'Etats ou suggère qu'ils font partie des titulaires du droit à l'autodétermination. Seul le terme de « peuple » sera confirmé dans la pratique ultérieure. Bien que la disposition du principe 15 ne sera pas expressément retenue dans la Déclaration de 2007 en raison de l'opposition des Etats, c'est bien la direction du processus en cours, en témoignent implicitement les autres dispositions de la Déclaration de 2007. Conséquence du principe 15, le principe 16 traite les traités autochtones comme équivalant à des traités internationaux classiques. Le principe 18 mentionne explicitement le droit à l'autodétermination et tire une conséquence possible de sa violation : « Les nations et peuples autochtones peuvent se livrer à des actes d'auto-défense contre des actions de l'Etat qui menaceraient leur droit à l'autodétermination. »<sup>368</sup> Cette formulation vague laisse un champ d'application large, allant de la résistance et de la revendication d'une autonomie accrue au scénario de sécession remède. Le principe 22 invoque l'autodétermination en vue d'exempter les autochtones de service militaire ou de participer dans les conflits armés. Ce principe, qui pourrait sembler banal en apparence, matérialise la dimension réparatrice du droit à l'autodétermination à l'égard des peuples autochtones. En effet, si l'autonomie peut être octroyée à certains groupes comme exercice d'un droit à l'autodétermination interne, la totalité des nationaux d'un Etat doivent en principe effectuer leur service militaire par devoir de loyauté envers l'Etat dont ils sont ressortissants. Pour les mêmes raisons, la participation dans les conflits internationaux s'effectuant dans le cadre d'une mobilisation militaire doit concerner en principe l'ensemble des citoyens. L'exemption apparaît ici comme une mesure corrective justifiée par la souveraineté antérieure puis résiduelle des peuples autochtones et par le fait qu'ils ont le plus souvent subi l'établissement de la souveraineté de l'Etat sur leurs territoires.

La position initiale des observateurs autochtones en matière d'autodétermination analysée, un examen approfondi des travaux du Groupe de travail sur les populations autochtones entre ses sessions de 1982 et 1994 doit révéler la trajectoire et la maturation du

---

<sup>367</sup> Anglais original : “[i]ndigenous nations and peoples are subjects of international law.”

<sup>368</sup> Anglais original : “[i]ndigenous nations and peoples may engage in self-defence against State actions in conflict with their right to self-determination.”

droit à l'autodétermination tel qu'il résulte des débats. Cet examen permet de retracer l'évolution suivie par les notions de peuple autochtone et de droit à l'autodétermination au sein des débats, notamment au regard de leur articulation avec les notions de peuple et de minorité nationale. La cristallisation de l'articulation entre ces deux premières notions débouche sur une formulation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne. Il faut remarquer d'emblée que l'un des traits remarquables du Groupe de travail est sa composition et sa répartition des rôles inhabituelles. Composé de cinq membres, le Groupe de travail comprend en outre des observateurs des Etats ainsi que des O.N.G. représentatives des peuples autochtones, à statut observateur au sein du Conseil économique et social et des observateurs issus d'autres organisations internationales du système de l'O.N.U., telle l'O.I.T.

La participation des O.N.G. autochtones et la mesure dans laquelle les membres du Groupe de travail ont tenu compte de leurs revendications ont consacré un modèle sans précédent d'inclusion et de représentativité des bénéficiaires du processus normatif en question. Ce phénomène, accentué par le nombre sans cesse croissant d'O.N.G. autochtones participant à chaque session ainsi que l'élargissement subséquent de la participation aux O.N.G. sans statut d'observateur mais néanmoins représentatives des peuples autochtones, a conduit à une diminution relative du rôle des observateurs étatiques dans les travaux du Groupe de travail alors que leur nombre a augmenté continuellement. Ce rôle est encore restreint par le retrait progressif de plusieurs Etats ayant des réserves vis-à-vis de certains aspects du projet de Déclaration, et notamment du droit à l'autodétermination<sup>369</sup>. Cette dynamique a conduit à limiter les Etats actifs à un cercle restreint. Le retrait subséquent des Etats dont le motif de participation initiale aux travaux du Groupe de travail avait pu être de s'opposer au développement du droit à l'autodétermination dans une direction non-désirée, contribue logiquement à limiter la portée de la voix des Etats hostiles restants et renonçant à exprimer leur refus dans la continuité.

Cela apparaît pour le moins atypique lorsqu'on garde à l'esprit le rôle normatif du Groupe de travail en la matière, illustré par ses propres qualifications et par le caractère solennel de la Déclaration de 2007. Assurément, les Etats qui entendaient éventuellement s'opposer à l'adoption du texte dans sa formulation finale ont par leur retrait perdu une occasion de faire entendre leur voix. En droit international coutumier, la qualification d'un

---

<sup>369</sup> Comme le cas précité de la Chine à partir de 1990 et jusqu'après l'adoption du projet de Déclaration en 1994. Le Maroc n'a assisté qu'à la première session de 1982 jusqu'à l'adoption du projet de Déclaration en 1994.

sujet de droit international au statut d'objecteur persistant est subordonnée à son opposition à l'émergence d'une norme formulée clairement, de manière répétée et continue depuis la phase initiale du processus coutumier au gré des émergences de situations l'exigeant. Corollairement, lorsque la norme coutumière émergente a atteint une phase avancée de maturation, les Etats sont moins susceptibles d'en empêcher l'émergence. Le fait que les Etats avaient conscience de participer aux travaux d'une simple structure créée par l'O.N.U. en son sein ne saurait constituer un obstacle à ce que ces travaux participent du processus coutumier, particulièrement eu égard au mandat du Groupe de travail clairement énoncé dès sa création et rappelé dans chacun de ses rapports annuels, auquel est associé le terme d' « activités normatives »<sup>370</sup>. Bien entendu, il ne s'agit pas de prétendre que les activités du Groupe de travail génèrent en soi du droit positif, mais d'admettre leur rôle au sein du processus coutumier, de manière cumulée avec d'autres développements tels les comportements internes des Etats.

Dès la première session du Groupe de travail, en 1982, il est souligné que l'autodétermination, dont le contenu doit être déterminé par les peuples autochtones, « n'équivalait pas nécessairement au séparatisme ».<sup>371</sup> Cette précision semble indiquer que l'inverse est le point de vue dominant à l'époque. Parmi d'autres, cette formulation témoigne des débuts hésitants d'ouverture du droit à l'autodétermination dans un contexte où la décolonisation touche à sa fin. On y décèle la prise de conscience encore mal articulée d'une application possible du droit à l'autodétermination en dehors des cas de décolonisation, sans que les commentateurs parviennent à en articuler clairement la portée et les modalités. Autre reflet de l'état de tâtonnement de la doctrine générale de l'époque, les conclusions du Rapporteur spécial Aureliu Cristescu dans son étude sur le droit à l'autodétermination de 1981 sont éloquentes. Admettant que « le colonialisme dans son sens traditionnel touche à sa fin »<sup>372</sup>, le Rapporteur spécial conserve cependant la grille coloniale d'analyse consistant

---

<sup>370</sup> Le rapport de la première session fait état de l'évolution des normes notamment en matière d'autodétermination apparemment entendu comme auto-administration (E/CN.4/Sub.2/1982/33, *doc. cit.*, 25 août 1982 (v. note 311 *supra*), §124 p. 23). A partir de la troisième session en 1984, la structure des rapports sur les sessions annuelles du Groupe de travail reprend les deux aspects du mandat du Groupe : 1) évolution des normes concernant les droits des peuples autochtones, et 2) Examen des faits nouveaux concernant la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones. Le droit à l'autodétermination compte parmi les priorités dans les travaux du Groupe de travail (E/CN.4/Sub.2/1984/20, *doc. cit.*, 8 août 1984 (v. note 311 *supra*), annexe I p. 24). Le premier point est désigné ultérieurement sous l'expression générique d' « activités normatives » du Groupe de travail.

<sup>371</sup> E/CN.4/Sub.2/1982/33, *doc. cit.*, 25 août 1982 (v. note 311 *supra*), §72 p. 15 ; E/CN.4/Sub.2/1985/22, *doc. cit.*, 27 août 1985 (v. note 342 *supra*), §64 p. 15.

<sup>372</sup> E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*), §687 p. 114.

essentiellement à faire équivaloir autodétermination et indépendance souveraine en la projetant sur les nouveaux rapports de force d'impérialisme, d'influence économique et de néo-colonialisme<sup>373</sup>. A cet égard, la distinction que le Rapporteur spécial opère entre les deux aspects, interne et externe, du droit à l'autodétermination, semble se situer dans le prolongement du cadre juridique de la décolonisation<sup>374</sup> : ici, l'aspect interne ou autonomie fait référence non à la conception actuelle du droit à l'autodétermination interne mais à l'autonomie dans le sens de critère d'appréciation de la décolonisation des territoires non-autonomes dans le cadre juridique fixé par l'Assemblée générale<sup>375</sup>.

Dans ce contexte, le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa première session esquisse un droit à l'autodétermination revendiqué par les peuples autochtones comme un droit « kaléidoscope »<sup>376</sup>, mêlant toute une série de droits individuels et collectifs qui sont cruciaux pour sa mise en œuvre. L'exercice de ce droit est essentiellement interne et doit résulter d'une consultation entre les peuples autochtones et l'Etat. On ne parle pas encore de négociation. La formulation suggère que l'autodétermination équivaldrait à une autonomie politique dont le degré varierait avec les besoins spécifiques de chaque peuple autochtone<sup>377</sup>. Détail notable, le droit à l'autodétermination est traité au sein du rapport dans une section dont le titre inclut également « le droit de développer leur propre culture, traditions, langue et mode de vie »<sup>378</sup>. Lors de sessions ultérieures quelques années plus tard, ce classement laissera la place à un regroupement du droit à l'autodétermination avec celui d'autonomie politique, qui semble mieux englober les autres droits constitutifs. Cet examen appelle la conclusion qu'au début des travaux du Groupe de travail nouvellement créé, le droit à l'autodétermination est déjà esquissé dans ses grandes lignes tel qu'il sera conceptualisé lors des phases ultérieures. Ce cadre initial est établi par les membres du Groupe de travail qui se fondent essentiellement sur les revendications des observateurs autochtones. Fait représentatif de la période de transition qu'est le début des travaux du Groupe de travail, une déclaration

---

<sup>373</sup> *Ibid.* §686-688 p. 114.

<sup>374</sup> *Ibid.*, §32 p. 5, §303 p. 43, §319 pp. 47-48.

<sup>375</sup> V. Résolution 742 (VIII) de l'Assemblée générale du 27 novembre 1953 « Facteurs dont il convient de tenir compte pour décider si un territoire est, ou n'est pas, un territoire dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes » qui fait mention des différentes formes de l'autonomie interne dont il est question dans ce contexte (annexe, liste de facteurs) : « 1. Forme de gouvernement – Pleine liberté pour la population de se donner la forme de gouvernement qu'elle juge bonne ; 2. Gouvernement du territoire – Absence de contrôle ou d'intervention de la part d'un gouvernement étranger [...] ; 3. Compétence en matière économique, sociale et culturelle. » Bien que la formulation du premier point ne semble pas viser à proprement parler l'exercice interne de l'autodétermination, on peut cependant soutenir que la porte reste ouverte.

<sup>376</sup> E/CN.4/Sub.2/1982/33, *doc. cit.*, 25 août 1982 (v. note 311 *supra*), §82 p. 17.

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> *Ibid.*, section b.



écrite présentée par la Ligue internationale des droits de l'homme et l'*Indian Law Resource Centre* à la Sous-Commission en 1983 revendique la notion de droits collectifs et d'autonomie pour les peuples autochtones identifiés comme entités distinctes, mais l'autodétermination y brille par son absence<sup>379</sup>.

Le Groupe de travail ayant entrepris dès ses premières sessions de placer l'accent sur la partie de développement des normes de son mandat<sup>380</sup> en entreprenant la rédaction d'un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones, la formulation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans les versions successives du texte fournit des indices précieux sur les étapes d'évolution de la conception de ce droit. Lors de la réunion préparatoire<sup>381</sup> tenue en vue de la quatrième session du Groupe de travail de 1985, les observateurs autochtones ont adopté un projet préliminaire de déclaration en vingt principes qu'ils ont soumis au Groupe de travail pour discussion<sup>382</sup>. Le texte, déjà abordé plus haut, présente la position autochtone en matière de droits revendiqués, notamment en matière

---

<sup>379</sup> *Déclaration écrite présentée par la Ligue internationale des droits de l'homme [organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II)] et par l'Indian Law Resource Centre (organisation non-gouvernementale inscrite sur la liste)*, 30 août 1983, E/CN.4/Sub.2/1983NGO/13, 3 p.

<sup>380</sup> Approuvé par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (Résolution 1986/27) et par la Commission des droits de l'homme (Résolutions 1986/27 et 1987/34). Dans sa Résolution 1986/27 du 11 mars 1986, la Commission des droits de l'homme apprécie les efforts du Groupe de travail en matière d'activités normatives (en anglais « *standard setting* », v. article 1) et va même plus loin puisqu'à l'article 3 elle presse le Groupe de travail d'intensifier ses efforts dans ce sens (Commission des droits de l'homme, *Rapport sur la quarante-deuxième session (3 février – 14 mars 1986)*, E/1986/22 – E/CN.4/1986/65, p. 76 ; v. aussi résolution 1987/34 du 10 mars 1987, article 2 qui prie le Groupe de travail d'intensifier ses efforts en vue de poursuivre « l'élaboration de normes internationales fondées sur un examen continu et général des faits nouveaux [...] ainsi que des situation et des aspirations des populations autochtones »). Réaffirmé par le Groupe de travail lui-même à plusieurs reprises comme partie intégrante de son mandat, par exemple in E/CN.4/Sub.2/1987/22, §43 p. 12 et §47 p. 13. Le Groupe de travail a approuvé la Résolution 41/120 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1986 qu'il a jugé pertinente dans le cadre de ses activités. Cela confirme, s'il en était besoin, le rôle de développement des normes qui caractérise l'activité du Groupe de travail dans l'adoption des versions successives du projet de Déclaration. La participation large et en augmentation permanente aux travaux du Groupe de travail contribue à renforcer le poids et la légitimité des principes élaborés en illustrant plus clairement le principe d'auto-identification dans la définition des normes. L'application de ce principe aux activités normatives a permis aux peuples autochtones d'influer sur l'élaboration des normes les concernant.

<sup>381</sup> Les peuples autochtones tiennent une réunion préparatoire à la veille de chaque session annuelle du Groupe de travail en vue de coordonner leurs positions et d'adopter des propositions communes. A l'occasion de la 6<sup>e</sup> session du Groupe de travail de 1988, la Présidente-Rapporteur a reconnu que ces réunions préparatoires autochtones facilitent les activités du Groupe de travail en clarifiant les problèmes et en consolidant les positions (*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa sixième session*, Genève, Nations Unies, 24 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/24, §19 p. 6). Leur rôle apparaît donc comparable à celui des sessions du Groupe de travail au sein du processus d'élaboration du projet de Déclaration dans la mesure où les positions arrêtées par le Groupe de travail sont élaborées à partir des positions élaborées par les observateurs autochtones lors des réunions préparatoires.

<sup>382</sup> V. *Draft declaration of principles proposed by the Indian Law Resource Centre, Four Directions Council, National Aboriginal and Islander Legal Service, National Indian Youth Council, Inuit Circumpolar Conference, and the International Indian Treaty Council*, 29 juillet 1985, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1985/WP.4/Add.4, reproduit in E/CN.4/Sub.2/1985/22, *doc. cit.*, 27 août 1985 (v. note 342 *supra*), annexe 4 p. 27.

d'autodétermination. Il convient cependant d'en refaire ici mention afin de l'inscrire dans la trajectoire générale du droit à l'autodétermination. Pour la première fois, le droit à l'autodétermination fait l'objet d'un article consacré au principe 2 ainsi libellé :

“Tous les nations et peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination, en vertu duquel ils ont le droit au degré d'autonomie ou d'auto-administration de leur choix. Cela comprend le droit de déterminer librement leur statut politique, de poursuivre librement leur développement économique, social, religieux et culturel propre et de déterminer leur propre appartenance et/ou citoyenneté sans interférence extérieure.”<sup>383</sup>

*A priori*, l'autodétermination externe semble omise, mais la formule “sans interférence extérieure” lue en conjonction notamment avec les principes 3, prévoyant le consentement autochtone nécessaire à la juridiction des Etats sur leurs territoires, et 15, prévoyant que « les peuples et nations autochtones sont des sujets du droit international », semble laisser la porte ouverte à une telle interprétation. Il est possible d'en déduire que l'interprétation du principe 3 doit privilégier l'autodétermination interne dans la mesure du possible et dont la manifestation la plus directe et la plus évidente est l'autonomie. Le principe laisse la détermination du degré d'autonomie à la discrétion des peuples autochtones, ce qui permet de conclure que l'exercice interne de l'autodétermination entendue comme autonomie a pour condition la pleine réalisation de la liberté de choix des peuples autochtones concernés. La détermination du degré et de la forme d'autonomie autochtone au sein de l'Etat constitué s'effectue au moyen de consultations et négociations menées de bonne foi entre l'Etat et les peuples autochtones, faisant droit à leur consentement préalable, libre et éclairé.

La conditionnalité ainsi placée sur la souveraineté de l'Etat est confirmée par le principe 6 qui invalide les anciennes doctrines de la découverte et de la *terra nullius*. Un tel mouvement a pour conséquence logique de reconnaître la survivance d'une souveraineté autochtone antérieure après l'établissement de souveraineté par l'Etat, justifiant ainsi l'invocation par les peuples autochtones du droit à l'autodétermination. On entrevoit ici un élément essentiel de distinction entre les peuples autochtones et les minorités nationales, tenant précisément au fondement du droit à l'autodétermination. Invoqué pour les peuples

---

<sup>383</sup> Anglais original : “[a]ll indigenous nations and peoples have the right to self-determination, by virtue of which they have the right to whatever degree of autonomy or self-government they choose. This includes the right to freely determine their political status, freely pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own membership and/or citizenship, without external interference.”

autochtones, il se fonde sur l'antériorité de présence sur le territoire de l'Etat et reflète la continuité de leur souveraineté en dépit des efforts de l'Etat de l'éteindre à la faveur du processus de consolidation de sa souveraineté. Cette antériorité fondant la jouissance du droit à l'autodétermination fait précisément défaut aux minorités nationales. Dans la mesure où les peuples autochtones ne sont pas, aux termes du droit international, des peuples non-autonomes au sens de la décolonisation, on se trouve en présence de la juxtaposition de deux exercices concurrents du droit à l'autodétermination sur le territoire de l'Etat : celui du peuple sur lequel se fonde l'existence de l'Etat et celui des peuples autochtones. Dans la mesure où les champs de ces deux exercices se recoupent partiellement, elles doivent logiquement s'accommoder du contexte existant, étant entendu que cette cohabitation n'est ni absurde ni contradictoire<sup>384</sup>. L'idée d'une survivance d'une souveraineté autochtone est également soutenue par le principe 15 précité, le principe 16 prévoyant la reconnaissance des traités conclus entre Etats et peuples autochtones comme des traités internationaux, et le principe 18 prévoyant le droit des peuples autochtones à l'auto-défense contre l'Etat en cas d'atteinte à leur droit à l'autodétermination. Le principe 16 fait écho à la position adoptée par la C.I.J. en l'affaire du *Sahara occidental* et selon laquelle les traités conclus entre l'Etat et les peuples autochtones peuvent être envisagés comme l'expression du consentement libre et éclairé des peuples autochtones à la pénétration de la puissance administrante sur leurs territoires<sup>385</sup>. Ces traités attestent ainsi tout du moins d'une souveraineté des peuples autochtones qui existait antérieurement à leur conclusion.

En termes de contenu du droit à l'autodétermination, celui-ci reste implicite dans le texte. La plupart des droits articulés habituellement comme constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination n'y sont pas expressément liés. Notamment, les droits fonciers et aux ressources naturelles (principes 4 et 5), le droit aux coutumes et systèmes juridiques autochtones (principe 9), le droit à la participation (principe 10), le droit à l'intégrité culturelle, au savoir-faire et traditions autochtones (principe 11), le droit à l'éducation en langue maternelle (principe 12) et le droit à la religion (principe 14) ne sont pas encore formulés comme des constituants ni même corollaires du droit à l'autodétermination. La dimension collective de certains droits est implicite, sauf au principe 10 sur l'action

---

<sup>384</sup> Cette cohabitation, qui détermine la structuration progressive du droit des peuples autochtones à l'autodétermination en plaçant l'accent sur sa dimension interne, reflète plus essentiellement la cohabitation entre liberté et égalité à laquelle John B. RAWLS (1921-2002) a tenté de fournir un cadre philosophique théorique (v. notamment *Théorie de la Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, et plus particulièrement les principes dégagés dans *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999).

<sup>385</sup> C.I.J., *Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil 1975*, §81 p. 39.

collective et concernant le droit à l'autodétermination, par essence collectif dont le titulaire ne peut traditionnellement être qu'un peuple. Sur ce point, l'évolution ultérieure montrera que les contours du droit à l'autodétermination seront appelés à changer à la faveur de l'étendue de ce droit aux peuples autochtones.

A la réunion préparatoire de 1987, le projet de Déclaration de principes est enrichi de deux principes, atteignant un total de vingt-deux<sup>386</sup>. Le principe 2 relatif à l'autodétermination est inchangé mais le principe 22 introduit l'idée que l'exemption des peuples autochtones du service militaire et leur non-participation aux conflits constituent une forme d'exercice de leur droit à l'autodétermination, ce qui constituera une source de discordes avec les Etats. Lors de la discussion au sujet du projet de Déclaration de principes à l'occasion de la cinquième session du Groupe de travail, un observateur autochtone qualifie les droits collectifs de propres aux peuples autochtones et les distinguant ainsi des minorités nationales. En particulier, il énumère six droits collectifs<sup>387</sup> qui, liés principalement au droit à l'intégrité et à l'identité, recourent largement les droits énoncés dans les versions précédentes de la déclaration de principe : il est possible d'en déduire que ces droits sont collectifs, ce qui n'était pas expressément précisé dans le projet de Déclaration de principe. Ces droits apparaissent de plus en plus comme autant de formes d'exercice interne du droit à l'autodétermination par les peuples autochtones.

Sur la base d'une version préliminaire en sept principes adoptée par le Groupe de travail lors de sa quatrième session en 1985<sup>388</sup>, enrichie de trois principes supplémentaires lors de l'atelier de septembre 1986 remplaçant la session du Groupe de travail cette année-là<sup>389</sup> et accueillie favorablement par le Groupe de travail à sa cinquième session de 1987, celui-ci élabore un projet de déclaration en 14 principes tenant compte des observations des autochtones et des gouvernements<sup>390</sup>. Ce texte ne fait aucune référence au droit à l'autodétermination. Cette absence dans la première mouture n'est guère surprenante, étant donné la position réservée de certains Etats sur ce point et le stade encore peu avancé des débats au sein du Groupe de travail. Il fait mention de droits implicitement acceptés comme constitutifs du droit à l'autodétermination par le projet des observateurs autochtones. Il fait

---

<sup>386</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.* 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), annexe V p. 30.

<sup>387</sup> *Ibid.*, §49 p. 13.

<sup>388</sup> E/CN.4/Sub.2/1985/22, *doc. cit.*, 27 août 1985 (v. note 342 *supra*), annexe II pp. 23-24.

<sup>389</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1987/WP.4/Add.1, annexe I.

<sup>390</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, annexe II p. 23. Ce texte reprend et enrichit celui de 1985.

état de la dimension collective de certains droits, notamment au principe 3. L'approche du document semble confirmer la distinction entre les minorités nationales et les peuples autochtones en accordant aux peuples autochtones l'ensemble du régime applicable aux minorités nationales<sup>391</sup> mais enrichi d'une série de droits propres. En effet, le principe 1 garantit aux peuples autochtones l'ensemble des droits fondamentaux individuels de la même manière qu'ils sont autrement accordés aux minorités, puis suivent des droits propres étroitement liés à la condition autochtone.

Lors de la cinquième session du Groupe de travail en 1987, le droit à l'autodétermination a été débattu et commenté de manière approfondie par les organisations autochtones observatrices<sup>392</sup>. Il ressort des diverses déclarations la conception suivante du droit à l'autodétermination aux fins du projet de Déclaration. Dans le contexte des peuples autochtones, le droit à l'autodétermination s'exerce essentiellement sous sa forme interne – sens du « mais » dans le texte – mais ne saurait exclure la possibilité théorique d'accession à l'indépendance souveraine. Sous sa forme interne, l'autodétermination consiste notamment en une autonomie politique matérialisée par des formes et degrés divers d'auto-administration librement négociée entre les peuples autochtones et l'Etat, en vertu du principe de liberté de choix et de consentement libre et éclairé des peuples autochtones<sup>393</sup>. Sous cette forme, cette conception du droit à l'autodétermination est inadmissible pour certains Etats qui réitèrent régulièrement leurs craintes pour leur intégrité territoriale et leur unité politique. Le point de contentieux est l'inclusion dans le droit des peuples autochtones à l'autodétermination d'une dimension externe au moins théorique. Il semble que sur ce point, la solution ait consisté moins en faisant droit aux inquiétudes des Etats qu'en adoptant une formulation vague susceptible de diverses interprétations, et de laisser chaque Etat prendre position pour lui-même.

---

<sup>391</sup> Cette égalité des minorités nationales et des peuples autochtones dans la jouissance des droits de l'homme et libertés fondamentales, d'essence principalement individuelle, prévus dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes internationaux est également l'opinion exprimée par un membre du Groupe de travail in E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §55 p. 15. V. aussi les commentaires de la *Révision technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* – Note du secrétariat, 6 avril 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/2, §32 pp. 8-9.

<sup>392</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, §52 p. 14.

<sup>393</sup> Approche réitérée notamment lors du Séminaire des Nations Unies sur les effets du racisme et de la discrimination raciale sur les relations sociales et économiques entre populations autochtones et Etats, tenu à Genève du 16 au 20 janvier 1989. Les conclusions du Séminaire affirment notamment que le droit à l'autodétermination est pour les peuples autochtones un droit premier conditionnant la jouissance des autres droits. La réalisation de ce droit implique la négociation d'égal à égal entre les Etats et les peuples autochtones (v. rapport du Séminaire, 8 février 1989, E/CN.4/1989/22, §40-e p. 11).

Le fait que le rapport du Groupe de travail de 1987 fasse état de cette conception qui réaffirme celle formulée en 1985 sans marquer d'évolution majeure, l'inscrit dans la durée et lui confère un poids accru dans le processus d'élaboration, opérant ainsi un glissement de point de vue. En effet, en dépit des réserves exprimées par plusieurs Etats sur certains points, il ne s'agit là non plus seulement de la position des observateurs autochtones, mais du projet de Déclaration, partie centrale du mandat du Groupe de travail, auquel les Etats ont déjà eu l'occasion de réagir. Il s'agit par conséquent d'une position tacitement endossée par le Groupe de travail. Notamment, un membre du Groupe de travail exprime son opinion confirmant ainsi l'interprétation des observateurs autochtones concernant l'autonomie : elle apparaît comme le principe central du droit à l'autodétermination car elle permet d'englober l'ensemble de ses droits constitutifs – autonomie notamment culturelle et administrative – tout en sauvegardant l'intégrité territoriale de l'Etat<sup>394</sup>. Les sessions ultérieures confirment cette tendance selon laquelle le Groupe de travail prend dans un premier temps note des positions des autochtones et des Etats, puis réaffirme la position autochtone quasiment inchangée au cours des sessions ultérieures, la faisant progressivement glisser du débat vers les éléments établis. Echappant partiellement à l'emprise des Etats, cette dynamique de construction d'un consensus reflète l'une des manières dont les activités du Groupe de travail contribuent à la sédimentation progressive de la norme émergente.

Selon cette position avancée par les organisations autochtones observatrices et endossées progressivement par le Groupe de travail sans opposition marquée des Etats, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est lié à une série d'autres droits<sup>395</sup> : droit à exister en tant que communauté, nation ou peuple, droit à l'autodéfinition, droit au maintien d'une continuité historique et nationale et d'une identité culturelle, droit inaliénable aux terres ancestrales et aux ressources naturelles y compris la protection environnementale, droit aux modes de vie et religions traditionnels, droit au développement et au contrôle de leurs affaires économiques intérieures, droit à la santé et à l'intégrité physique, plein respect des traités conclus entre les peuples autochtones et les Etats précoloniaux ou postcoloniaux. Ce qui peut apparaître à ce stade comme un simple lien thématique ou logique se précisera au cours des

---

<sup>394</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §54 p. 15. Le lien entre autodétermination et autonomie politique apparaît tellement étroit que le membre du Groupe de travail semble employer dans ce paragraphe indifféremment les termes d'autodétermination et d'auto-administration (en anglais « *self-government* »). A noter cependant que selon l'opinion de certains observateurs autochtones (v. §57 p. 16), l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ne peut être effectif que combiné aux droits fonciers. Ce trait certes important de l'identité autochtone n'est cependant pas partagé par tous les peuples autochtones en raison des migrations et spoliations foncières intervenues au cours de l'histoire.

<sup>395</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, §53 p. 14.

sessions du Groupe de travail comme un lien d'essence, présentant ainsi le droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme formé d'une série de droits constitutifs qui apparaissent comme autant de formes particulières de son exercice. Cette conception du droit à l'autodétermination comme droit-cadre fait écho à l'approche adoptée par le Rapporteur spécial Aureliu Cristescu quelques années auparavant<sup>396</sup>. Autre remarque, certains des droits énoncés sont d'exercice collectif, entretenant par conséquent un lien particulièrement étroit avec l'autodétermination et distançant les peuples autochtones des minorités nationales. Egalement, l'emploi du terme *people* ou *nation*, vocabulaire qualifiant habituellement les titulaires du droit à l'autodétermination, situe les droits cités dans le giron du droit à l'autodétermination et contribue à la distinction entre peuples autochtones et minorités nationales. Suggérant qu'il s'agit là d'une liste non exhaustive des droits pertinents, les observateurs autochtones poursuivent en précisant que « Tous ces droits ainsi que d'autres étaient réputés former des parties essentielles des concepts fondamentaux eux-mêmes inhérents au droit à l'autodétermination, et il était demandé aux Groupe de travail de les prendre en compte dans ses activités normatives. »<sup>397</sup>

La réalisation de certains droits dans ce cadre, par exemple du droit au développement ou du droit à l'intégrité culturelle, implique que l'autonomie n'est pas nécessairement territoriale et peut prendre la forme comparable à un régime spécial. C'est ce qui semble affleurer dans les remarques du membre du Groupe de travail comparant l'approche des minorités nationales et celle des peuples autochtones<sup>398</sup>. Ce découplage entre autonomie et territorialité va dans la même direction que le rapprochement de l'autonomie et du droit au développement, c'est-à-dire vers un désamorçage de la tension entre droit des peuples à l'autodétermination et intégrité territoriale des Etats. Le droit au développement joue ici un rôle stratégique car il contribue à ouvrir la voie vers une nouvelle interprétation du droit à l'autodétermination susceptible de faire considérablement diminuer le scepticisme des Etats<sup>399</sup>. En outre, comme le souligne un membre du Groupe de travail, une telle conception de l'autodétermination comme autonomie est conforme au droit international de l'époque, ce

---

<sup>396</sup> E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*). La structure même de son rapport final suggère très clairement cette approche.

<sup>397</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, §53 p. 14.

<sup>398</sup> *Ibid.*, §54 p. 15.

<sup>399</sup> Ce scepticisme est synthétisé in E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §56 pp. 15-16. Les déclarations des Etats résumées dans ce paragraphe témoignent de la difficulté des Etats de projeter l'exercice du droit à l'autodétermination en dehors du cadre de la décolonisation, en raison du quasi-*vide juridique* sur cette question en 1987.

qui est propre à rassurer les Etats tout en confirmant la direction suivie par le Groupe de travail dans l'exécution de son mandat relatif à l'élaboration de normes.

En annexe IV de son rapport sur la session de 1987, le Groupe de travail fait état sans commentaire de certaines recommandations d'un rapport présenté par la Commission indépendante sur les questions humanitaires internationales, ce qui revient dans ce contexte à les approuver. Selon ces recommandations, les Etats sont pressés de « reconnaître et promouvoir le respect pour les populations, territoires et institutions des peuples autochtones. Ils devraient leur garantir le droit de gérer leurs propres affaires et leur futur tout en jouissant de droits égaux dans les affaires de l'Etat ». Le droit à l'autodétermination est encore absent d'une approche qui semble plutôt caractériser le régime des minorités nationales et se concentrer autour du principe d'égalité en fait et en droit<sup>400</sup>. C'est le couronnement de cet ensemble de droits par le droit à l'autodétermination, encore mal affirmé en 1987, qui conduit à distinguer les peuples autochtones des minorités nationales. Du reste, les recommandations de la Commission couvrent les mêmes droits abordés par le Groupe de travail dans son esquisse d'articulation avec le droit à l'autodétermination.

La sixième session du Groupe de travail en 1988 marque une étape importante dans la systématisation des travaux d'élaboration des normes. Sur recommandation du Groupe de travail acceptée par la Sous-Commission, la Présidente-Rapporteur présente un projet de Déclaration universelle sur les droits autochtones<sup>401</sup>. La Présidente-Rapporteur précise que le texte, qui contient un préambule en douze alinéas et un dispositif en 28 articles, tient compte de la pratique des Nations Unies en matière d'élaboration de normes, et notamment des lignes directrices de la Résolution 41/120 de l'Assemblée générale relative aux activités normatives<sup>402</sup>, de la pratique d'organisations du système des Nations Unies en matière autochtone, telle l'O.I.T., des recommandations de l'étude de J. R. Martínez Cobo. Surtout, le texte tient compte des commentaires formulés par les observateurs étatiques et autochtones en

---

<sup>400</sup> Cette approche, cherchant à concilier d'une part les principes d'égalité et de non-discrimination et d'autre part la perpétuation par le groupe minoritaire de son identité distincte, est établie avec autorité par la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif du 6 avril 1935 sur la question des *Ecoles minoritaires en Albanie*, Série A/B, n° 64. V. Henry J. STEINER, Philip ALSTON, *op. cit.*, 1996 (v. note 187 *supra*), pp. 89-97.

<sup>401</sup> Présenté à la session en document de travail séparé E/CN.4/Sub.2/1988/25 (21 juin 1988) pour discussion puis inclus in E/CN.4/Sub.2/1988/24, *doc. cit.*, 24 août 1988 (v. note 381 *supra*), annexe II p. 32.

<sup>402</sup> Résolution 41/120 du 4 décembre 1986 « Etablissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme », Assemblée générale, 41<sup>e</sup> session, 97<sup>e</sup> séance plénière, adoptée par 146 voix contre 1 (Etats-Unis) et 6 abstentions.



la matière, ce qui suggère que les projets de déclarations adoptés par les observateurs autochtones lors des réunions préparatoires de 1985 et 1987 ont été également intégrés. Enfin, le projet de Déclaration de principes en quatorze points a été entièrement inclus moyennant quelques modifications minimales. Il s'agit là de la fusion des efforts d'élaboration de normes conduits jusqu'à présent en parallèle par le Groupe de travail et les observateurs autochtones, débouchant sur le premier projet de texte synthétisant l'ensemble des positions et opinions formulés jusqu'alors en matière de droits des peuples autochtones.

Un examen détaillé du texte indique que le compromis formulé a cédé aux préoccupations des Etats<sup>403</sup>. Certes, la désignation retenue est celle de « peuples autochtones », et non populations autochtones, en dépit des préférences inverses exprimées par un certain nombre d'Etats. Néanmoins, le texte ne fait aucune mention du terme autodétermination, en dépit des demandes autochtones explicites en ce sens<sup>404</sup>. Le préambule mentionne, à l'alinéa 9, la désirabilité de l'autonomie politique mais sans se référer explicitement au droit à l'autodétermination<sup>405</sup>. L'article 23 prévoit “[l]e droit collectif à l'autonomie dans les domaines relevant de leurs propres affaires internes et locales, y compris l'éducation, l'information, la culture, la religion, la santé, le logement, les services sociaux, les activités traditionnelles ou autrement économiques, l'administration foncière et des ressources, et l'environnement, ainsi que l'imposition fiscale interne en vue de financer ces

---

<sup>403</sup> Comme le résume un observateur étatique, l'enjeu de la Déclaration de principes pour les Etats est d'élaborer des principes avant tout réalistes, c'est-à-dire qui soient applicables à tous les Etats peuplés par des peuples autochtones et qui soient acceptables pour les gouvernements (E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §45 p. 12). Derrière cette préoccupation on devine assez bien l'inquiétude des Etats pour leur intégrité territoriale motivant leurs réserves à l'égard d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Cette inquiétude apparaît explicitement à l'occasion des maintes propositions, déclarations et prises de positions d'Etats envers le projet de Déclaration, v. *inter alia* les déclarations conjointes de l'Australie, des Etats-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande : déclaration de S. E. l'ambassadeur Clive W. Pearson, représentant permanent de la Nouvelle-Zélande auprès des Nations Unies, devant l'Instance permanente sur les questions autochtones, 17 mai 2006, et déclaration de S. E. l'ambassadeur Rosemary Banks, représentante permanente de la Nouvelle-Zélande auprès des Nations Unies, devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale (61<sup>e</sup> session) dans le cadre du point 64(a) de l'ordre du jour sur le projet de Déclaration, 16 octobre 2006. Ces deux déclarations soutiennent que l'article 3 tel que formulé dans le projet de Déclaration constitue une porte ouverte à la sécession.

<sup>404</sup> *Informations reçues d'organisations non-gouvernementales*, 26 mai 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/5. Selon ces O.N.G., l'autodétermination est comprise comme conditionnant l'exercice de l'autonomie politique au service du développement (jusqu'à la p. 10). Expriment la nécessité pour le Groupe de travail d'aller au-delà des droits de l'homme existants pour les peuples autochtones et de créer de nouveaux droits, elles demandent enfin l'inscription du droit à l'autodétermination dans le projet de Déclaration (p. 11 et suivantes).

<sup>405</sup> “Convaincue que les peuples autochtones doivent être libres de gérer leurs affaires propres dans la plus grande mesure du possible, tout en jouissant de droits égaux à ceux des autres citoyens dans la vie politique, économique et sociale des Etats” (original anglais : « *Believing that indigenous peoples should be free to manage their own affairs to the greatest possible extent, while enjoying equal rights with other citizens in the political, economic and social life of States* »).

fonctions autonomes.”<sup>406</sup> Cet article couvre les droits débattus lors des sessions précédentes comme intimement liés au droit à l’autodétermination. L’article 24 prévoit l’auto-identification des peuples autochtones.

Commentant le texte du projet préliminaire qu’elle a rédigé à la demande du Groupe de travail et de la Sous-Commission, la Présidente-Rapporteur suggère que le texte est à la fois un reflet du droit existant et une entreprise de son développement<sup>407</sup>. L’entremêlement typique de ces deux aspects peut être de nature à favoriser une accession à la normativité des normes issues du développement alors même que le projet de Déclaration appartient à la *lex ferenda*. En effet, ces normes en cours d’élaboration et appartenant à la *lex ferenda* sont insérées dans un cadre juridique existant à valeur de *lex lata* et tendent en définitive à se confondre avec lui. Il est alors peu aisé d’isoler les normes issues du développement des normes du droit positif qui, elles, existent indépendamment du texte. Bien que des déclarations contradictoires contribuent à entretenir l’incertitude quant à la question de savoir si le processus d’élaboration implique la création de nouvelles normes ou la simple précision des droits de l’homme existants dans le contexte spécifique des peuples autochtones, l’enjeu et le résultat effectif du processus est bien de faire naître un consensus nouveau sur les droits des peuples autochtones, et notamment sur leur jouissance d’un droit à l’autodétermination.

Les discussions sur le projet de texte présenté par la Présidente-Rapporteur à la session de 1988 font état de plusieurs points contentieux. Principalement, l’absence de référence explicite au droit à l’autodétermination est déplorée par les observateurs autochtones. Certains observateurs autochtones réitérèrent la conception d’un régime pour les peuples autochtones englobant le régime applicable aux minorités – droits essentiellement individuels – et s’en distinguant par des droits collectifs propres dont l’expression suprême est le droit à l’autodétermination. Expression de l’autodétermination, l’autonomie offre un cadre permettant de réguler et de concilier les droits individuels et collectifs<sup>408</sup>. Ce régime doit résulter de la création de nouvelles normes par le Groupe de travail conformément à son

---

<sup>406</sup> Anglais original : “[t]he collective right to autonomy in matters relating to their own internal and local affairs, including education, information, culture, religion, health, housing, social welfare, traditional and other economic activities, land and resources administration and the environment, as well as internal taxation for financing these autonomous functions.”

<sup>407</sup> E/CN.4/Sub.2/1988/24, *doc. cit.*, 24 août 1988 (v. note 381 *supra*), §67 pp. 17-18.

<sup>408</sup> Certains observateurs autochtones vont même jusqu’à revendiquer que sauf disposition contraire, chaque droit énoncé par le projet de Déclaration possède un aspect individuel et un aspect collectif, v. E/CN.4/Sub.2/1990/NGO/14 (7 août 1990), §4 p. 2.

mandat<sup>409</sup>. A cet égard, le projet de Déclaration ne doit pas constituer une interprétation particulière de l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques. En réponse aux inquiétudes des Etats, un membre du Groupe de travail propose d'opérer une distinction entre autonomie et indépendance comme formes d'exercice du droit à l'autodétermination et de souligner que l'autonomie est la forme appropriée dans le cas autochtone<sup>410</sup>. Fait notable, l'emploi du terme « peuples autochtones » au lieu de « populations autochtones » recueille l'assentiment à la fois des membres du Groupe de travail, des observateurs autochtones et d'un certain nombre d'observateurs étatiques<sup>411</sup>. Les réserves répétées de certains Etats apparaîtront de plus en plus marginales à l'avenir, particulièrement après l'adoption du projet final de Déclaration du Groupe de travail en 1993.

Se fondant sur les commentaires des participants, la Présidente-Rapporteur présente une version amendée du projet de Déclaration pour discussion lors de la septième session du Groupe de travail en 1989<sup>412</sup>. Pour la première fois, le terme d'autodétermination fait son apparition, cependant cantonné au dixième alinéa du préambule, où l'autodétermination est abordée de manière incidente : « Ayant à l'esprit que rien dans la présente déclaration ne peut être utilisé comme justification pour dénier à un peuple quel qu'il soit, qui satisfait par ailleurs aux critères généralement établis par les instruments en matière de droit de l'homme et le droit international, son droit à l'autodétermination »<sup>413</sup>. Si l'apparition expresse du terme dans le texte témoigne d'un net progrès, l'influence des observateurs autochtones apparaît encore limitée car la formulation même semble ôter au droit à l'autodétermination toute portée en l'espèce. D'abord, la référence à ce droit dans le préambule et non dans le dispositif du projet de déclaration réduit celui-ci à un principe censé guider l'interprétation et l'application des articles, non un droit expressément consacré par le texte, comme le confirme l'expression « ayant à l'esprit ». Ensuite, la formulation elle-même semble poser de sérieuses limites à la jouissance par les peuples autochtones au droit à l'autodétermination. En effet, l'alinéa ne vise pas expressément les peuples autochtones, mais se contente de réaffirmer l'existence du droit

---

<sup>409</sup> E/CN.4/Sub.2/1988/24, *doc. cit.*, 24 août 1988 (v. note 381 *supra*), §§68-72 pp. 18-19. C'est également la conclusion implicite de la *Communication écrite présentée par le Grand conseil des Cris (Québec)*, 19 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/NGO/20.

<sup>410</sup> E/CN.4/Sub.2/1988/24, *doc. cit.*, 24 août 1988 (v. note 381 *supra*), §74 pp. 19-20.

<sup>411</sup> *Ibid.*, §78 p. 21.

<sup>412</sup> E/CN.4/Sub.2/1989/33 (15 juin 1989). Le projet ainsi amendé présente un préambule et 30 articles.

<sup>413</sup> Anglais original : « [b]earing in mind that nothing in this declaration may be used as a justification for denying to any people, which otherwise satisfies the criteria generally established by human rights instruments and international law, its right to self-determination ». Cet alinéa est écrit en lettres capitales, ce qui renforce son importance par rapport aux autres parties du préambule.

des peuples à disposer d'eux-mêmes dans une formulation générale, et en particulier sans définir la notion de peuple. La phrase ne donne aucune indication quant à savoir si les peuples autochtones sont un peuple pour le propos de l'exercice du droit à l'autodétermination. L'article 3 semble pouvoir apporter indirectement une réponse positive sur ce point, prévoyant « le droit [collectif] à l'existence en tant que peuples distincts »<sup>414</sup>. Cependant, l'imprécision des termes laisse la place à une interprétation large. Cette solution proposée par le Rapporteur cherche à établir un compromis entre les demandes des observateurs autochtones d'inclure le droit à l'autodétermination dans le texte et l'hostilité de certains Etats à cette inclusion. Pour le reste, le droit à l'autodétermination, à ce stade encore implicite et de formulation incertaine, conserve dans l'ensemble la même portée que durant les sessions précédentes, à en juger la présence des droits y relatifs dans le dispositif.

Lors des discussions article par article sur le texte durant la septième session du Groupe de travail, les observateurs autochtones regrettent la faiblesse du compromis proposé et proposent l'inclusion du droit à l'autodétermination dans l'article 1<sup>415</sup>.

A partir de la huitième session du Groupe de travail en 1990, le rythme des travaux s'accélère en raison de la tenue de débats y compris durant la période intersessions et par la formation de trois groupes informels de rédaction, d'approche thématique. Dirigés chacun par un membre du Groupe de travail, ces trois groupes ont pour rôle de formuler des propositions et amendements au projet de Déclaration retenu à la session de 1989<sup>416</sup>. Dirigé par M. Miguel Alfonso Martínez (Cuba) avec pour mission notamment d'examiner les aspects fonciers et liés aux ressources, le premier groupe informel de rédaction propose l'inclusion du droit à l'autodétermination dans deux nouveaux alinéas du préambule. L'alinéa 9 reprend l'idée d'autodétermination comme droit-cadre : « Accueillant avec approbation les appels en vue de la revitalisation, consolidation et renforcement des sociétés autochtones et de leurs institutions, cultures et structures sociales traditionnelles, au moyen du respect de leur droit

---

<sup>414</sup> Souligné dans le texte. Anglais original : « [t]he [collective] right to exist as distinct peoples ».

<sup>415</sup> *Rapport sur les travaux de la septième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 25 août 1989, E/CN.4/Sub.2/1989/36, §67 p. 21. Les « principes » sont désormais dénommés « articles », soulignant la tâche d'élaboration des normes par un formalisme juridique renforcé. De même, certains participants ont proposé de renommer le Groupe de travail en remplaçant le terme « populations autochtones » par « peuples autochtones ».

<sup>416</sup> Contenu dans les documents précités E/CN.4/Sub.2/1989/33 et E/CN.4/Sub.2/1989/36, annexe II p. 31. Est aussi pris en compte le *Commentaire analytique sur les projets de principes contenus dans le premier texte révisé du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones* élaboré par la Présidente-Rapporteur Erica-Irene A. Daes (11 juillet 1990, E/CN.4/Sub.2/1990/39).

inaliénable à l'autodétermination, qui comprend le droit au développement »<sup>417</sup>. La proposition d'un participant de faire mention du droit à participer dans le processus de prise de décision n'a pas été retenue. L'alinéa 11 proposé est formulé comme suit : «Convaincue que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination inclut leur droit à déterminer librement leurs relations présentes et futures avec la vie politique, économique et sociale des Etats et que la réaffirmation dudit droit et de tous les autres contenus dans la présente Déclaration ne peut être interprétée, à l'époque actuelle, comme limitant en aucune manière leur jouissance de droits égaux à ceux des citoyens de l'Etat dans lequel ils résident actuellement»<sup>418</sup> Deux participants ont déclaré que cette formulation ne saurait signifier un droit à la sécession. La formulation rappelant celle de l'article 1 commun des deux Pactes internationaux de 1966 suggère que les peuples autochtones sont envisagés comme des peuples au sens du droit international. L'alinéa 12 reprend exactement la formule de l'alinéa unique faisant mention du droit à l'autodétermination dans le texte de 1989. Un participant a exprimé ses réserves quant à l'inclusion du droit à l'autodétermination. Lu en conjonction avec l'alinéa 9 proposé, cet alinéa traite cette fois les peuples autochtones comme des peuples au sens du droit international, c'est-à-dire titulaires du droit à l'autodétermination. En effet, ne faisant aucune mention expresse des peuples autochtones, cet alinéa tire sa raison d'être du contexte, en particulier en conjonction avec les alinéas 9 et 11. Enfin, le premier groupe informel de rédaction propose l'inclusion du droit à l'autodétermination dans le dispositif lui-même, au paragraphe 20 : « Le droit de déterminer, de planifier et de mettre en œuvre, dans le contexte de leur droit à l'autodétermination, toutes les mesures les affectant en matière de santé, de logement, sociales, culturelles et économiques, et d'exécuter ces mesures via leurs institutions propres. »<sup>419</sup> C'est ici bien évidemment de l'autodétermination interne qu'il s'agit. Aucune réserve n'a été exprimée parmi les membres du groupe informel vis-à-vis de cette proposition.

---

<sup>417</sup> *Rapport sur les travaux de la huitième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 27 août 1990, E/CN.4/Sub.2/1990/42, p. 41. Anglais original : “[e]ndorsing calls for the revitalization, consolidation and strengthening of indigenous societies and their traditions institutions, cultures and social structures, through respect for their inalienable right to self-determination, which includes their right to development oriented to the fulfillment of their own spiritual and material needs”.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 41. Anglais original : « [c]onvinced that the right of indigenous peoples to self-determination includes their right freely to determine their present and future relationship with the political, economic and social life of States and that the reaffirmation of said right and of all other enshrined in this Declaration is not to be construed, at present, as in any way limiting their enjoyment of equal rights with citizens of the States in which they currently reside ».

<sup>419</sup> *Ibid.*, p. 44. Anglais original : “[t]he right to determine, plan and implement, in the context of their right to self-determination, all health, housing, and other social, cultural and economic measures affecting them, and execute such measures through their own institutions”.

Le deuxième groupe informel de rédaction, sous la direction de M. Danilo Türk (Slovénie), membre du Groupe de travail, a formulé des propositions dans le domaine des droits politiques. Trois de ses propositions ont trait au droit à l'autodétermination. Premièrement, le groupe propose l'inclusion dans le préambule de l'alinéa suivant : « Notant que les Pactes internationaux sur les droits économiques, sociaux et culturels et sur les droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit à l'autodétermination ».<sup>420</sup> De même que pour les propositions du premier groupe, une telle formulation générale du droit à l'autodétermination sans référence expresse aux peuples autochtones doit s'interpréter dans le contexte comme mettant les peuples autochtones sur le même plan que les peuples au sens classique en droit international. La deuxième proposition est cruciale car elle propose de consacrer un paragraphe du dispositif au droit à l'autodétermination. Le paragraphe 1 est ainsi formulé : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination, en vertu duquel ils peuvent déterminer librement leur statut politique, poursuivre leur propre développement économique, social, religieux et culturel et déterminer leurs propres institutions »<sup>421</sup>. La formulation est plus directe encore que celle proposée par le premier groupe informel de rédaction dans le dispositif. Ce choix de principe sera retenu dans les versions ultérieures du projet de Déclaration, mais le fait qu'il faille attendre la session de 1990 pour que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination soit abordé de front témoigne de son caractère controversé et de la persistance des ambiguïtés. Troisième proposition à l'approche cette fois indirecte, le paragraphe 21 prévoit un droit à l'autonomie et à la participation. Lus en conjonction avec le paragraphe 1, ces droits peuvent s'interpréter comme des formes d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Le troisième groupe informel de rédaction n'a pas formulé de propositions touchant au droit à l'autodétermination.

Le changement d'attitude vers une approche plus directe et explicite amorcée par les groupes informels de rédaction à la huitième session de 1990 provoque une confrontation plus ouverte entre les positions des observateurs autochtones et celles des observateurs des Etats. A l'occasion de la neuvième session du Groupe de travail en 1991, lors du débat sur la question du droit à l'autodétermination à la lumière des propositions des groupes informels de rédaction, les observateurs autochtones réclament que le droit à l'autodétermination soit

---

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. 48. Anglais original : « [n]oting that the International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and Civil and Political Rights affirm the fundamental importance of the right to self-determination ».

<sup>421</sup> *Ibid.*, p. 49. Anglais original : "Indigenous peoples have the right to self-determination, by virtue of which they may freely determine their political status, pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own institutions."

mentionné de manière expresse et inconditionnelle dans le projet de Déclaration, se heurtant ainsi aux observateurs des Etats favorables à la qualification dudit droit aux fins d'éviter les dérives sécessionnistes<sup>422</sup>. Certains Etats demeurent opposés à toute référence à ce droit. Sur la base des propositions soumises par les groupes informels de rédaction, la Présidente-Rapporteur a amendé le projet de Déclaration qu'elle présente au Groupe de travail en première lecture pour discussion<sup>423</sup>. L'alinéa 13 du préambule reprend la proposition du deuxième groupe informel de rédaction de manière quasiment inchangée : « Notant que les Pactes internationaux sur les droits de l'homme affirment l'importance fondamentale du droit à l'autodétermination » suivi par une série de droits de l'homme individuels. L'alinéa 14 du préambule est repris du texte de 1989 inchangé : « Ayant à l'esprit que rien dans la présente Déclaration ne peut être utilisé comme excuse pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination ». Le paragraphe 1 marque pour la première fois l'apparition du droit à l'autodétermination dans le dispositif du projet de Déclaration. L'importance de ce développement est accrue par le fait que ledit droit est prévu expressément par un paragraphe qui y est spécifiquement consacré :

« Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination, conformément au droit international. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur relation avec les Etats dans lesquels ils vivent, dans un esprit de coexistence avec les autres citoyens, et poursuivent librement leur développement économique, social, culturel et spirituel dans des conditions de liberté et de dignité. »<sup>424</sup>

Faisant droit à la proposition du deuxième groupe informel de rédaction, cette disposition semble clarifier un peu plus encore le fait que les peuples autochtones sont des peuples au sens du droit international. En effet, l'expression « conformément au droit international » semble reprendre la substance de l'expression « qui satisfait par ailleurs aux critères généralement établis par les instruments en matière de droit de l'homme et le droit international » dans le préambule du texte de 1989 qui a disparu à présent de l'alinéa 14. Le transfert de cette proposition du préambule vers le dispositif au sein d'un article consacré a

---

<sup>422</sup> E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, *doc. cit.*, 3 octobre 1991 (v. note 352 *supra*), §49 p. 10, et E/CN.4/Sub.2/1990/NGO/14, §7 p. 2. Pour les propositions des groupes informels de rédaction dès la session précédente, v. E/CN.4/Sub.2/1990/42, *doc. cit.*, 27 août 1990 (v. note 417 *supra*), §51 p. 14 et suivants.

<sup>423</sup> Version contenue in E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, annexe II p. 30.

<sup>424</sup> Original anglais : “*Indigenous peoples have the right to self-determination, in accordance with international law. By virtue of this right, they freely determine their relationship with the States in which they live, in a spirit of coexistence with other citizens, and freely pursue their economic, social, cultural and spiritual development in conditions of freedom and dignity.*”

pour effet de clarifier l'interprétation et d'augmenter la sécurité juridique du droit des peuples autochtones à l'autodétermination en réduisant l'ambiguïté. Le choix de placer cet article en tête du dispositif en souligne la primauté sur les autres droits consacrés. Ceux-ci sont prévus sans articulation explicite avec l'autodétermination. Il est possible que dans l'esprit de compromis de la Présidente-Rapporteur, le lien entre le droit à l'autodétermination et ses droits constitutifs soit devenu évident et nécessaire avec la référence expresse du paragraphe 1 à l'autodétermination, rendant ainsi superflue toute explicitation. Sur ce point, une trop grande explicitation au-delà de la formulation du paragraphe 1 est susceptible de ne pas recevoir l'assentiment des Etats.

En dépit de ces précautions, certains observateurs ont dénoncé le texte incorporant les amendements proposés par les groupes informels de rédaction en le qualifiant de régression par rapport au texte de 1989. Ils suggèrent notamment que le droit à l'autodétermination devrait être formulé dans des termes similaires à ceux de l'article 1 commun des deux Conventions internationales de 1966<sup>425</sup>.

Si l'articulation entre le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et d'autres droits qui apparaissent constitutifs de celui-ci reste à ce stade implicite au sein du projet de Déclaration – les amendements proposés par le premier groupe informel de rédaction allant vers une explicitation de cette articulation n'ayant pas été retenus –, cette articulation se précise lors des débats du Groupe de travail et de certaines conférences et séminaires organisés entre les sessions annuelles. L'approbation par le Groupe de travail des conclusions de ces conférences et séminaires confèrent à ces développements une place non moins importante que les travaux du Groupe de travail lui-même dans le processus d'élaboration et dans l'interprétation de la portée du projet de Déclaration. Trois développements de ce type interviennent entre les sessions de 1991 et de 1992 du Groupe de travail.

Premièrement, en septembre 1991 a lieu une réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones, à Nuuk au Groenland. L'autonomie et l'auto-administration – en anglais « *self-government* » – y sont expressément articulées comme des formes d'exercice du

---

<sup>425</sup> E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, *doc. cit.*, 3 octobre 1991 (v. note 352 *supra*), §54 p. 11.



droit à l'autodétermination<sup>426</sup>. Thème de la réunion, l'autonomie y est définie de manière large et souple. N'impliquant pas nécessairement la séparation physique, ce qui permet *a priori* d'opter pour une autodétermination interne<sup>427</sup> mais aussi d'envisager la mise en place de régimes non-territoriaux<sup>428</sup>, l'autonomie et l'auto-administration englobent la maîtrise des ressources naturelles, les droits fonciers et autres droits, notamment collectifs, dont jouissent les peuples autochtones<sup>429</sup>. Le droit des peuples autochtones à l'autonomie et à l'auto-administration, comme constitutif du droit à l'autodétermination, est qualifié d'inhérent, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas de la bonne volonté des Etats ni n'est octroyé par eux, mais existe indépendamment de sa reconnaissance éventuelle par l'Etat<sup>430</sup>. Les conclusions de la réunion d'experts de Nuuk recommandent également la mise en place d'un examen périodique des obstacles à l'exercice de l'autonomie par les peuples autochtones ainsi que l'élaboration d'un manuel compilant les expériences des Etats en matière d'autonomie et d'auto-administration autochtones.

Deuxièmement, la Conférence technique de Santiago (Chili) tenue en mai 1992 contribue également à préciser le cadre d'interprétation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination maintenant inclus dans le texte du projet de déclaration. Un représentant autochtone « a insisté sur les liens qui existent entre autonomie, autodétermination et développement d'une part, et paix et développement d'autre part. »<sup>431</sup> Un autre représentant autochtone emploie la formule d'« une autodétermination suffisante »<sup>432</sup> comme implication du développement autonome. Cette formule originale confirme l'autodétermination autochtone comme un droit souple, négociable et à géométrie variable en fonction du contexte

---

<sup>426</sup> V. *Rapport de la réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones* – Nuuk (Groenland), 24-28 septembre 1991, Commission des droits de l'homme, Nations Unies, 25 novembre 1991, E/CN.4/1992/42, §16 p. 4 et §24 p. 6.

<sup>427</sup> *Ibid.*, points 2-3 de la conclusion p. 13.

<sup>428</sup> Ce qui avait déjà été suggéré par certains Etats, v. notamment les informations fournies par la République socialiste soviétique de Biélorussie (13 avril 1988), E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, p. 3 : « l'existence de populations autochtones dans un pays ne devrait pas systématiquement donner lieu à la création d'institutions politiques spéciales. »

<sup>429</sup> E/CN.4/1992/42, point 12 de la conclusion p. 14. L'autonomie peut également être fiscale.

<sup>430</sup> *Ibid.*, point 2 p. 13 de la conclusion, où le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est dit être la conséquence de leur maintien en tant que peuple distinct. V. aussi E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §68 p. 18, qualifiant ce droit d'inhérent de d'inaliénable, et l'exposé détaillé d'Augusto WILLEMSEN DÍAZ « Ambito y ejercicio eficaz de la autonomía interna y el autogobierno » dans l'addendum au rapport de la réunion d'experts de Nuuk, E/CN.4/1992/42/Add.1, pp. 19-70.

<sup>431</sup> *Rapport de la Conférence technique des Nations Unies sur l'expérience pratique acquise dans la réalisation par les peuples autochtones d'un développement autonome durable et respectueux de l'environnement* – Santiago (Chili), 18-22 mai 1992, Nations Unies, 23 juin 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/31, §18 p. 6. V. aussi §41 p. 12.

<sup>432</sup> *Ibid.*, §29 p. 9.

spécifique à chaque peuple autochtone. Le seuil suggéré par le qualificatif « suffisante » indique que l'on se trouve bien dans le cadre de l'autodétermination interne<sup>433</sup>. Loin de consister en la réalisation d'une liste de droits arrêtés, l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination est un processus impliquant la réalisation de certains droits constitutifs qui sont importants aux yeux des autochtones eux-mêmes. Les peuples autochtones eux-mêmes apparaissent ici comme la mesure de la réalisation d'une « autonomie suffisante », ce qui constitue une application du principe d'auto-identification. Le représentant de la Nouvelle-Zélande a considéré que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination devait être respecté et encouragé dans les activités de gestion de l'environnement<sup>434</sup>.

Troisièmement, enfin, le Sommet tribal sur le projet de Déclaration, tenu à Denver (Etats-Unis) du 16 au 18 juin 1992<sup>435</sup>, a débouché sur certaines déclarations et recommandations relatives au droit à l'autodétermination qui sont prises en compte par le Groupe de travail à sa dixième session de 1992. En dépit de leur absence de force juridique obligatoire, ce type de recommandations a été appelé à jouer un rôle non négligeable dans l'élaboration des dispositions du projet de Déclaration dans le cadre des activités normatives du Groupe de travail, en raison de leur légitimité morale portée par les participants autochtones. Leur intégration ultime dans le projet de Déclaration en vue de son adoption finale contribuera à conférer progressivement à ces postulats moraux une valeur juridique *de lege ferenda* à la faveur du cadre institutionnel et de la participation des peuples autochtones aux travaux normatifs.

Lors de la dixième session du Groupe de travail en 1992, les conclusions et recommandations des conférences et séminaires sont approuvés et pris en compte dans le débat général<sup>436</sup>. En particulier, une discussion approfondie a eu lieu sur l'inclusion du droit à

---

<sup>433</sup> Confirmé par l'opinion de l'expert Walter Fernandes, §35 pp. 10-11.

<sup>434</sup> *Ibid.*, §27-h et §28-a p. 9.

<sup>435</sup> V. Rapport du Sommet de Denver, 1<sup>er</sup> juillet 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/3/Add.1, 12 p.

<sup>436</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §146 p. 36, où la Présidente-Rapporteur a signalé « que la réunion d'experts tenue à Nuuk revêtait une importance historique : ses conclusions et recommandations utiles constituent des directives importantes, notamment pour l'interprétation et l'application des concepts d' « autodétermination », d' « autonomie » et d' « auto-administration » ». L'utilité des conclusions de Nuuk est également affirmée par certains Etats, dont la Finlande (*Informations reçues des gouvernements*, 1<sup>er</sup> juillet 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/1, §9). Si la Présidente parle ici de concept, c'est bien au droit qu'elle fait allusion, en témoigne la formulation du projet de Déclaration et la manière dont le droit à l'autodétermination est spécifiquement traité dans le rapport (« F. Autodétermination et participation politique »), marquant une évolution par rapport aux rapports des premières sessions du Groupe de travail qui étaient plus vagues dans leur classification. L'emploi du terme concept, qui ne trompe personne, semble destiné ici à ménager la susceptibilité d'un groupe d'Etats réservés.

l'autodétermination dans le projet de Déclaration. Sur la base des commentaires reçus par les observateurs autochtones, des Etats et issus d'organisations internationales, la Présidente-Rapporteur a amendé le projet de Déclaration soumis au Groupe de travail. La session est consacrée à l'achèvement de l'examen du texte en première lecture et du début de l'examen en deuxième lecture. Le texte adopté en première lecture<sup>437</sup> marque une évolution intéressante par rapport à la version de 1991. Le premier alinéa du préambule affirme « que, conformément aux normes internationales, tous les peuples autochtones sont libres, et égaux à tous les peuples en dignité et en droits ». De même, le paragraphe 3 du dispositif répète : « Les peuples autochtones ont le droit d'être libres et égaux à tous les autres êtres humains et peuples en dignité et en droits et de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination ou de discrimination défavorable fondée sur leur identité autochtone. » Cette explicitation de l'égalité entre les peuples et les peuples autochtones avec une référence spécifique au droit international renforce, s'il était besoin, la clarté du principe 1 remanié. Cette précision semble destinée à prévenir une interprétation de certains Etats sous-entendant la création d'un droit à l'autodétermination à deux vitesses et conduisant à refuser en pratique la pleine jouissance de ce droit aux peuples autochtones. Une telle interprétation restrictive, vidant le droit à l'autodétermination de sa substance et conduisant à assimiler de fait les peuples autochtones à des minorités nationales aurait pu, sans cette précision apportée au premier alinéa du préambule et au paragraphe 3 du dispositif, être permise par les autres dispositions du texte qui envisagent l'exercice du droit à l'autodétermination sous sa forme essentiellement interne.

L'alinéa 13 reprend une ancienne disposition du principe 1 du texte de 1991, désormais retirée du paragraphe 1 du dispositif : « Estimant que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats dans lesquels ils vivent, dans un esprit de coexistence avec les autres citoyens ». Le transfert de cette proposition du dispositif au préambule indique le développement du droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme un droit à géométrie variable, c'est-à-dire ne consistant pas tant en un contenu précisément délimité et arrêté, mais plutôt en une série non exhaustive et évolutive de droits contingents dont la pertinence est déterminée contextuellement dont l'interprétation du contenu s'effectue contextuellement en suivant des principes directeurs. De même que le préambule d'un traité est destiné à guider l'interprétation de ses dispositions, le préambule du projet de Déclaration, en particulier recourant à des expressions comme « dans

---

<sup>437</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, annexe I p. 48. Le texte se compose de seize alinéas et de 39 paragraphes.

un esprit de », doit guider la détermination contextuelle du contenu d'un droit à géométrie variable. En l'espèce, l'alinéa 13 indique que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination a essentiellement pour vocation de s'exercer sous sa forme interne, mais ne s'agissant que d'un principe guidant l'interprétation, on ne peut écarter ici d'autres scénarios, se situant pour l'essentiel hors du droit. L'alinéa 14 reprend essentiellement l'ancien alinéa 13 du texte de 1991 : « Notant que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques soulignent l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit qui leur permet de déterminer librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel ». De même, l'alinéa 15 reprend l'ancien alinéa 14 : « Ayant à l'esprit qu'aucune disposition de la présente déclaration ne pourra être utilisée comme prétexte pour refuser d'accorder le droit à l'autodétermination à un peuple ».

Le paragraphe 1 modifié du dispositif prévoit le droit des peuples autochtones à l'autodétermination en ces termes :

« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes, conformément au droit international en vertu duquel ils peuvent déterminer librement leur statut et leurs institutions politiques et assurer librement leur développement économique, social et culturel. Le droit à l'autonomie et à l'auto-administration fait partie intégrante de ce droit »

La formulation est révélatrice de la controverse agitant les débats du Groupe de travail. La dernière phrase semble avoir été ajoutée pour répondre aux inquiétudes des Etats qui interprètent le droit des peuples à l'autodétermination dans le sens étroit de la décolonisation. Cet ajout a pour avantage d'opérer un lien direct avec les dispositions liées au droit à l'autonomie des paragraphes 27 et 28 et de les placer explicitement comme formes d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Cependant, si cette seconde phrase semble consacrer d'emblée la forme interne du droit à l'autodétermination comme le cadre principal de l'application du paragraphe 1, rien ne vient véritablement qualifier le droit des peuples à l'autodétermination permettant d'exclure *a priori* un exercice externe de ce droit. Au contraire, la référence au droit international semble rapprocher les peuples autochtones des peuples et exclure toute qualification. L'expression « fait partie intégrante » de la dernière phrase laisse subsister la possibilité dudit droit de revêtir d'autres formes que celle mentionnée.

C'est le paragraphe 4 qui peut être interprété comme qualifiant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination en le limitant à sa forme interne : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant le droit à un Etat, un groupe ou un individu de se livrer à une activité ou un acte, quel qu'il soit, contraire à la Charte des Nations Unies ou à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies ». Répondant aux demandes d'un groupe d'Etats – notamment le Brésil et le Canada<sup>438</sup> – de qualifier ou d'encadrer le droit à l'autodétermination dans le texte, le paragraphe 4 se limite à opérer une référence indirecte au cadre fixé par la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*<sup>439</sup>, dont l'interprétation est elle-même sujette à controverse. Si quelques Etats ont effectivement proposé de qualifier le droit à l'autodétermination dans le texte en faisant précisément référence à la Résolution 2625 (XXV), ce choix conduit à une solution vague et à l'efficacité incertaine. Les paragraphes 27 et 28 prévoient un droit à l'autonomie large et couvrent un large spectre de droits revendiqués par les peuples autochtones pour la plupart collectifs. Le paragraphe 34 prévoit que les normes proclamées par la Déclaration sont des normes minimales.

La discussion lors de l'achèvement de la première lecture et de la première phase de la deuxième lecture reflète les lignes d'opposition décelables à l'examen du texte. Les Etats hostiles à la consécration d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination recourent à trois argumentaires principaux<sup>440</sup>. Premièrement, certains expriment ouvertement leur opposition à l'emploi des termes « peuples autochtones » et « autodétermination ». Leur nombre, limité, diminue sans cesse, soit parce que certains Etats interrompent leur participation aux travaux du Groupe de travail, soit parce que les solutions de compromis proposés par les membres du Groupe de travail rendent une telle position de moins en moins tenable et fondée et motivent les Etats à rechercher plutôt une qualification du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. C'est cette position qui constitue l'argumentaire d'un deuxième groupe, plus large, d'Etats. Une troisième ligne d'argumentaire suivie par certains Etats consiste à réclamer une définition plus précise des concepts tels que « peuple »,

---

<sup>438</sup> V. notamment E/CN.4/Sub.2/1992/33, §49 p. 14 (Canada) et §53 p. 15 (Brésil).

<sup>439</sup> Déclaration annexée à la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970.

<sup>440</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*).

« peuple autochtone », « autodétermination », « terres et territoires »<sup>441</sup>. Cette tactique revient à l'argumentaire précédent recherchant à qualifier ces concepts. Un quatrième groupe est généralement favorable aux positions des observateurs autochtones sans formuler de réserves.

Généralement, ces tactiques des Etats se sont heurtées aux argumentaires des membres du Groupe de travail et des observateurs autochtones, ou bien se sont montrées contre-productives sur le moyen terme. Si la Présidente-Rapporteur a semblé avoir tenu compte des demandes des Etats en vue d'inclure dans le texte une interprétation des concepts problématiques<sup>442</sup>, cette interprétation sera offerte ultérieurement non dans le texte mais sous la forme de notes explicatives et de documents de travail globalement favorables aux positions autochtones<sup>443</sup>. A cet égard, l'apport d'une réponse en diffusé et dans plusieurs documents séparés suggère une utilisation du temps en vue de désamorcer le débat et de faire droit à des positions autochtones plus progressistes.

A l'inverse des observateurs des Etats, l'approche généralement suivie par les membres du Groupe de travail et les observateurs autochtones consiste à ne pas rechercher une définition trop précise des termes afin d'en assurer un consensus et une opérabilité les plus larges possible<sup>444</sup>. Tout en encourageant l'émergence du sens commun d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination essentiellement interne, le refus de définir trop précisément les termes et de qualifier le droit en question laisse la porte ouverte à une interprétation externe dudit droit, au moins en théorie et dans certaines circonstances particulières. De cette confrontation naît un consensus relativement large autour d'une interprétation générale du droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme partage négocié du pouvoir au sein de l'Etat existant<sup>445</sup>. Les différences n'existent qu'autour de certaines désignations et des sections extrêmes du spectre d'application dudit droit. Certains Etats citent des précédents pour revendiquer une conception généreuse et progressiste des

---

<sup>441</sup> *Ibid.*, §73 p. 20 et §78 p. 21.

<sup>442</sup> *Ibid.*, §49 p. 14.

<sup>443</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 (19 juillet 1993), E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (21 juin 1995) et E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 (10 juin 1996), *doc. cit.* (v. note 327 *supra*).

<sup>444</sup> V. Stanislav Valentinovitch CHERNICHENKO, membre du Groupe de travail in E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §§58-59 p. 16, faisant écho à Aureliu CRISTESCU, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*).

<sup>445</sup> Position acceptée comme une solution acceptable au problème de l'autodétermination dans le texte notamment par l'Australie, le Canada, le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et un autre Etat non dénommé. V. E/CN.4/Sub.2/1992/33, §64 pp. 17-18 et suivants. La Présidente-Rapporteur résume leurs positions au §67 p. 18, disant que les arrangements proposés peuvent être qualifiés d'autodétermination.

droits autochtones mais qui évitent toute référence au droit à l'autodétermination<sup>446</sup>. Ce jeu d'apparences ne trompera personne. S'il est évident que le consensus est facilité par une formulation vague et large, susceptible d'être interprétée dans un sens favorable à chaque partie, les choix finaux témoignent cependant d'un degré de précision et de clarté du texte supérieur à ce que l'on aurait pu s'attendre compte tenu du degré de divergence des positions en présence.

Signe de la recherche d'un cadre large susceptible d'ouvrir la voie à plusieurs interprétations, certains observateurs autochtones reconnaissent la nécessité d'accepter une qualification des termes controversés comme compromis afin de trouver une solution acceptable pour tous<sup>447</sup>. Cette concession, minoritaire chez observateurs autochtones, témoigne de positions en mouvement à la recherche d'une solution de compromis et du désintérêt de la majorité des peuples autochtones pour la sécession<sup>448</sup>, limitant cet aspect du débat à une question de principe. De même pour la question des droits collectifs. Certains observateurs étatiques expriment des réserves sur la notion novatrice de droits collectifs, arguant que ceux-ci pourraient conduire à une remise en question de certains droits individuels. Ils leur préfèrent la solution de compromis retenue par le Pacte international des droits civils et politiques consistant à prévoir des droits individuels dont l'exercice se ferait « en communauté avec d'autres »<sup>449</sup>. Cette solution, qui menaçait de vider le droit des peuples autochtones à l'autodétermination de sa substance, ne sera finalement pas retenue.

Finalement, concernant la qualification du droit à l'autodétermination, un membre du Groupe de travail a proposé que le paragraphe 1 du dispositif soit formulé comme suit : "Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. Dans le cadre de la présente déclaration, cela veut dire qu'ils ont tout d'abord le droit à l'autonomie et (ou) à l'auto-administration, y compris le droit de déterminer librement leur statut et institutions politiques et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel. La réalisation de ce

---

<sup>446</sup> V. notamment la référence du Brésil et de la Nouvelle-Zélande à l'agenda 21, E/CN.4/Sub.2/1992/33, §53 p. 15, lecture combinée avec les réserves formulées par ces deux Etats en d'autres occasions à l'égard de la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Sur un même plan, v. le double discours que tiennent les Etats-Unis d'Amérique sur le droit à l'autodétermination, en qualifiant comme tel une pratique interne qui ne reflète pas toute la portée de ce droit.

<sup>447</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §69 p. 19 (déclaration du représentant de la Commission des Aborigènes et des Insulaires du détroit de Torres).

<sup>448</sup> Régulièrement réaffirmé lors des phases ultérieures, v. notamment informations reçues du *Tupaj Katari Indian Movement* (30 mai 1994), §14, in E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/4/Add.1.

<sup>449</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, §77 p. 21.

droit ne doit pas faire peser une menace sur l'intégrité territoriale de l'Etat"<sup>450</sup>. Cette solution envisage clairement un droit à l'autodétermination dans son aspect interne, le libre choix des institutions comme forme interne de l'autodétermination n'ouvrant pas la voie à l'indépendance. L'interprétation de l'adverbe « tout d'abord » peut prêter à confusion quant à savoir s'il sous-entend la possibilité d'un droit à la sécession remède ou s'il se borne à indiquer que les droits cités dans le cadre de l'exercice de l'autodétermination interne ne forment pas une liste exhaustive. Cependant, il paraît difficile de réconcilier l'exercice externe du droit à l'autodétermination et la dernière phrase du paragraphe, ce qui semble faire tomber la sécession hors du champ d'application du paragraphe 1, sans toutefois la rendre illicite. Une comparaison du paragraphe proposé par le membre du Groupe de travail et du paragraphe finalement retenu dans la version du texte de 1992<sup>451</sup> semble aller plus loin encore dans l'atténuation de la qualification apportée au droit des peuples autochtones à l'autodétermination. En effet, à la formulation « tout d'abord » est préférée « font partie intégrante de ce droit », et le paragraphe est dénué de toute référence à l'intégrité territoriale de l'Etat.

Le texte amendé concernant les paragraphes adoptés en deuxième lecture de la session de 1992 est proposé par la Présidente-Rapporteur en vue de la session de 1993 et accompagné d'une note explicative visant à en guider l'interprétation et à préciser la portée des termes controversés<sup>452</sup>. Le premier alinéa du préambule rappelle l'égalité en droit des peuples autochtones vis-à-vis des autres peuples. Le treizième alinéa est formulé ainsi : « Estimant que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats, dans un esprit de coexistence ». Il résume l'esprit dans lequel s'interprète le droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le cadre du projet de Déclaration. D'intérêt incident en vue d'apprécier la portée du droit à l'autodétermination, le quatorzième alinéa prévoit que « Considérant que les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les Etats et les peuples autochtones restent un sujet de préoccupation et de responsabilité internationales ».

---

<sup>450</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, §70 p. 19, proposition de Stanislav Valentinovitch Chernichenko.

<sup>451</sup> V. citation du paragraphe 1 du dispositif, *supra*.

<sup>452</sup> *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones* – Document de travail révisé présenté par le Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene Daes, en application de la résolution 1992/33 de la Sous-Commission et de la résolution 1993/31 de la Commission des droits de l'homme, 8 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26 ; v. aussi E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*). Cette version du projet de déclaration se compose d'un préambule en 19 alinéas et d'un dispositif en 42 articles. La note explicative fera autorité dans l'interprétation subséquente des termes problématiques, en témoigne son acceptation sans réserve à l'occasion de la révision technique du projet de Déclaration, E/CN.4/Sub.2/1994/2, *doc. cit.*, 6 avril 1994 (v. note 391 *supra*), §14 p. 5.



Cette formulation semble marquer un certain retrait par rapport aux versions précédentes. Ne se prononçant pas sur le statut desdits traités en droit international et par implication sur la personnalité juridique des peuples autochtones, cet alinéa fait écho à l'une des manifestations de ce qui est parfois considéré comme la rétention par les peuples autochtones de leur souveraineté historique, fournissant le fondement de leur jouissance actuelle du droit à l'autodétermination. Le quinzième alinéa reprend le quatorzième alinéa de la version précédente dans une formulation inchangée. De même, le seizième alinéa reprend le quinzième alinéa inchangé de la version précédente du texte.

Le paragraphe 1 devient le paragraphe 3 du dispositif, ce qui semble indiquer que le droit à l'autodétermination est traité dans le cadre général des droits de l'homme et non de manière séparée. Ce lien ainsi souligné permet de rassurer les Etats quant à la portée du droit en question tout en préservant une formulation pour l'essentiel favorable aux positions autochtones. Le paragraphe 3 est ainsi formulé en deux sous-paragraphes :

« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes, conformément au droit international, ce droit étant sujet aux mêmes critères et limites que ceux applicables aux autres peuples conformément à la Charte des Nations Unies. En vertu de quoi, ils ont le droit, entre autres, de négocier et de déterminer leur rôle dans la conduite des affaires publiques, leurs responsabilités précises et les moyens leur permettant de gérer leurs intérêts propres.

Le droit à l'autonomie et à l'auto-administration fait partie intégrante de ce droit ».

La référence au droit international est développée et explicitée, rendant sous cette forme impossible toute distinction de principe entre peuples et peuples autochtones au sens du droit international. La suite du paragraphe offre une liste non exhaustive du contenu du droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne – présence de l'adverbe « entre autres ». La mention du droit à l'autonomie et à l'auto-administration dans un sous-paragraphe consacré semble indiquer qu'il s'agit là des plus évidents et directs parmi les droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, de ceux qui entretiennent avec lui le lien constitutif le plus intime. Le paragraphe 3 est placé dans une première partie comprenant les quatre premiers paragraphes et portant, d'après les justifications de la Présidente-Rapporteur, sur les droits civils et politiques. Ainsi, les autres

paragraphes de cette partie sont de nature à fournir des éléments permettant de préciser l'interprétation de la portée du droit à l'autodétermination dans le contexte d'espèce. Alors que le paragraphe 2 réaffirme l'égalité entre les peuples autochtones et les autres peuples, le paragraphe 4 semble énoncer des droits constitutifs au droit à l'autodétermination prévu dans le paragraphe précédent, sans toutefois expliciter ce lien. Ces droits concernent la participation et l'intégrité culturelle autochtones. Les paragraphes 29-30 prévoient un droit extensif à l'autonomie, citant les domaines variés couverts par celle-ci ainsi que sa manifestation via des institutions propres. En particulier, le paragraphe 29 matérialise l'articulation conceptuelle entre le droit à l'autodétermination et les divers domaines énoncés autour de la notion d'autonomie. Reprenant le paragraphe 4 de la version précédente et ses faiblesses examinées précédemment, le paragraphe 42 pose le cadre interne de l'autodétermination interne en opérant une référence à la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant le droit à un Etat, un groupe ou un individu de se livrer à une activité ou un acte, quel qu'il soit, contraire à la Charte des Nations Unies ou à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies. »

La note explicative rédigée par E.-I. Daes éclaire l'interprétation du texte à la lumière de l'approche suivie par le Groupe de travail et des positions exprimées par les observateurs autochtones et étatiques. Elle précise la conceptualisation dans le projet de Déclaration d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination dont la portée avant tout interne est certaine. Admettant l'absence de définition juridique des termes « peuples » et « peuples autochtones » en droit international<sup>453</sup>, la Présidente-Rapporteur considère que l'existence d'un peuple aux fins de l'exercice du droit à l'autodétermination dépend de critères objectifs et subjectifs relatifs à la cohérence culturelle, ethnique, linguistique et religieuse du groupe, sans que cette liste soit objective ou que tous ces critères d'appréciation doivent être remplis simultanément<sup>454</sup>. En conclusion de ces considérations, elle considère que l'existence certaine des peuples autochtones comme peuples aux sens politique, social, culturel et ethnologique doit aboutir logiquement à leur existence en tant que peuple au sens juridique du terme, sous

---

<sup>453</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§2-3 p. 2.

<sup>454</sup> *Ibid.*, §§5-8 p. 2. Cette approche souple sera approuvée lors de la révision technique du texte définitif, v. E/CN.4/Sub.2/1994/2, *doc. cit.*, 6 avril 1994 (v. note 391 *supra*), §14 p. 5.

peine d'entretenir une fiction juridique injuste, car rien ne justifie d'opérer une distinction entre les peuples autochtones et les autres peuples.

Partant de ce premier point, les instruments pertinents indiquent que tous les peuples sont titulaires du droit à l'autodétermination, incluant logiquement les peuples autochtones. Admettant que cette solution théorique simple se double d'une grande complexité en pratique, la Présidente-Rapporteur précise la portée essentiellement interne du droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones<sup>455</sup>, esquissant l'émergence d'une application nouvelle postcoloniale dudit droit dont les peuples autochtones sont appelés à compter parmi les titulaires sans que cela entraîne dans leur cas une application de second ordre. Cette application consisterait essentiellement en un partage démocratique du pouvoir à la faveur d'un processus de négociation conduit de bonne foi<sup>456</sup>. De cela et du principe de consentement libre et éclairé découle la notion d'autonomie<sup>457</sup> comme exercice de l'autodétermination. La dimension externe n'est pas couverte par les dispositions pertinentes du projet de Déclaration, et la Présidente-Rapporteur elle-même semble envisager le cas théorique de sécession remède sous l'angle exclusivement moral<sup>458</sup>. Cependant, il ne saurait s'agir d'une qualification ou restriction qui serait apportée au droit des peuples à l'autodétermination dans le contexte autochtone par rapport aux autres situations non coloniales. En effet, dans son acception commune et dans la pratique générale des Nations Unies, le droit des peuples à l'autodétermination ne semble pas inclure de droit à l'indépendance en dehors des situations de décolonisation<sup>459</sup>. Certaines opinions avancent l'existence d'un droit à l'autodétermination externe envisagé comme remède dans des cas extrêmes de non-représentation, et dont le bénéfice s'étendrait à d'autres communautés humaines que les peuples, notamment aux minorités nationales en cas d'oppression par l'Etat. Ces opinions demeurent actuellement controversées, ce qui conduit à douter qu'une telle norme ait acquis le statut de *lex lata* dans le droit international contemporain<sup>460</sup>. Quelle que soit la position adoptée sur ce point, le débat sur l'existence d'un droit à la sécession remède

---

<sup>455</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, §13 p. 3, §§17-23 pp. 4-5.

<sup>456</sup> *Ibid.*, §§25-26 pp. 5-6.

<sup>457</sup> Sur ce point, la Présidente-Rapporteur évoque les conclusions de Nuuk et la pratique interne de certains Etats comme exemples d'applications possibles de l'autonomie autochtone (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, §27 p. 6 et §33 p. 7).

<sup>458</sup> *Ibid.*, §21 p. 4: commentant la disposition de la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats relative à la protection de l'intégrité territoriale des Etats, la Présidente-Rapporteur considère que les peuples en question "auraient sans doute raison de créer un nouvel Etat pour assurer leur sécurité".

<sup>459</sup> Aureliu CRISTESCU, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*), §63 p. 11.

<sup>460</sup> C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010, p. 403.

comme forme d'exercice du droit des peuples à l'autodétermination, loin d'être propre au contexte des peuples autochtones, concerne la doctrine générale et se situe par conséquent en dehors du sujet de la présente étude. La note explicative se conclut avec une réflexion sur les moyens d'application de la Déclaration une fois adoptée, ce qui confirme le processus d'élaboration de normes appelées à acquérir à terme une force de persuasion susceptible de pénétrer dans le droit positif.

Lors de la onzième session du Groupe de travail de 1993, l'examen en deuxième lecture du projet de Déclaration est achevé. Il aboutit à l'adoption du texte final arrêté par le Groupe de travail et transmis à ses organes parents pour examen. Cela marque la fin de la phase d'établissement du texte dans ses grandes lignes, et le début de la phase suivante à caractère plus juridique et technique. Cette seconde phase verra l'élaboration, sur la base du texte arrêté, d'un projet de Déclaration par un second Groupe de travail créé à cet effet et qui tiendra onze sessions annuelles entre 1995 et 2006. Lors de l'achèvement de la deuxième lecture durant la onzième session de 1993, l'accord entre les participants semble se cristalliser autour de la ligne définie par la Présidente-Rapporteur dans sa note explicative. Notamment, certains Etats approuvent la conceptualisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme un droit à la négociation de bonne foi à un partage démocratique du pouvoir de nature à préserver l'intégrité des peuples autochtones au sein de l'Etat constitué<sup>461</sup>. En l'absence de définition de « peuple autochtone » pour le propos de l'application du projet de Déclaration, la définition provisoire de travail de J. R. Martínez Cobo est retenue<sup>462</sup>. Si l'on garde à l'esprit le fait que le texte allait précisément être définitivement adopté par le Groupe de travail à sa onzième session, excluant toute modification ultérieure, l'autorité de cette définition semble alors dépasser le cadre provisoire. Certains observateurs étatiques demeurent opposés à l'emploi des termes « peuples autochtones » et « autodétermination »<sup>463</sup>, se heurtant ainsi aux positions antagoniques des

---

<sup>461</sup> Canada, §50 tel que modifié dans l'additif E/CN.4/Sub.2/1993/29/Add.1, pp. 1-2 ; Nouvelle-Zélande, E/CN.4/Sub.2/1993/29, §52 p. 18.

<sup>462</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §44 p. 17.

<sup>463</sup> *Ibid.*, §50 p. 17 (position commune à plusieurs Etats), §55 p. 19 (Brésil). En particulier, le Brésil affirme que l'utilisation [...] du mot « peuples » au lieu de « populations » n'était pas conforme aux termes utilisés dans d'autres documents des Nations Unies, notamment dans le chapitre 26 d'Action 21 » (§63 p. 21). Cette déclaration se heurte à l'acceptation générale de l'unique terme « peuples » à cette période du processus d'élaboration, et illustre la situation évolutive et le rôle d'élaboration des normes joué par le Groupe de travail. Certains Etats soutiennent une référence large aux normes en cause afin de maximiser leur opérativité juridique (Fédération de Russie, §54 p. 19, v. aussi Finlande, 24 mai 1993, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, §3 p. 2), alors que d'autres demandent une qualification et précision des termes afin d'en limiter la portée (Australie et Chili, §53 p. 18). Certains Etats réclament une clause de limite raisonnable (Canada, §70 p. 22) ou une qualification du terme

observateurs autochtones suivis d'autres Etats. Ceux-ci réclament en effet une définition subjective des termes et refusent toute qualification du droit à l'autodétermination et toute nécessité de faire référence à l'intégrité territoriale des Etats<sup>464</sup>. Plusieurs experts indépendants faisant autorité font également des déclarations venant confirmer le rappel fait par la Présidente-Rapporteur d'une distinction théorique entre autodétermination interne et autodétermination externe. Le professeur Maivân Clech Lâm (Viêtnam) partage la position des observateurs autochtones, insistant sur le caractère dynamique et évolutif du droit des peuples à l'autodétermination et allant jusqu'à qualifier celui-ci de norme du droit international ayant atteint le statut de *jus cogens*<sup>465</sup>. Elle rappelle également que les titulaires du droit à l'autodétermination sont les peuples et non les Etats<sup>466</sup>. De son côté, le professeur James Anaya (Etats-Unis) fait état des deux aspects du droit à l'autodétermination, « l'un constitutif, l'autre continu »<sup>467</sup> dont l'analyse révèle la proximité avec la distinction proposée par la Présidente-Rapporteur.

Etape ultime du rôle actif joué par le Groupe de travail sur les populations autochtones dans le processus d'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la version finale projet de Déclaration est arrêté au terme de la deuxième lecture du texte lors de la onzième session du Groupe de travail<sup>468</sup>. Le préambule est peu modifié par rapport à la version précédente en matière de droit à l'autodétermination. Le premier alinéa reste inchangé, ainsi que l'article 2 qui réaffirme le même point<sup>469</sup>. Le douzième alinéa –

---

« peuples » similaire à celle prévue à la Convention n° 169 de l'O.I.T. (Canada, §62 p. 21 et Suède, §64 p. 21). Plus radicaux, certains Etats démentent l'existence de peuples autochtones sur leur sol ou remettent en cause la pertinence de cette catégorie (Inde, §81 p. 24). D'autres Etats ont cependant des positions plus proches de celles des observateurs autochtones : Finlande (§51 p. 18, v. aussi E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, §6 p. 2), Nouvelle-Zélande (§52 p. 18), Norvège (§64 p. 21).

<sup>464</sup> E/CN.4.Sub.2/1993/29, §59 p. 20. Selon ces positions, le droit à l'autodétermination ne saurait être réservé aux seuls peuples ayant déjà établi leurs Etats (§60 p. 20). Au §47 p. 17, des observateurs autochtones indiquent que l'insistance sur l'emploi des termes « peuples autochtones » doit mener à la reconnaissance de droits identiques à ceux des « peuples » en droit international.

<sup>465</sup> *Ibid.*, §61 p. 20. V. aussi Maivân Clech LÂM, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, collection "Innovation in International Law", Brill, Transnational Publishers, 2000, 258 p.

<sup>466</sup> Ce qui n'empêche pas cette norme d'être applicable aux relations entre Etats. V. sur ce point Aureliu CRISTESCU, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*), qui envisage également les Etats comme bénéficiaires du droit à l'autodétermination (§284 p. 40).

<sup>467</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §61, p. 20.

<sup>468</sup> Texte figurant in E/CN.4/Sub.2/1993/29, annexe I p. 56. Le texte comprend 18 alinéas et 45 articles.

<sup>469</sup> Combinées avec l'article 3, ces deux dispositions semblent faire écho à l'appui public « de l'idée de reconnaître aux peuples autochtones le statut de peuples au sens du droit international » formulées par E.-I. Daes lors de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme le 18 juin 1993 et par Alfonso Martínez lors de la réunion satellite d'Ottawa des 1<sup>er</sup> et 2 avril 1993 (Exposé écrit, 13 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/NGO/21, §1 p. 2). V. aussi sur ce point l'*Exposé écrit présenté par le Conseil des points cardinaux, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II)*, 12 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/NGO/20, et la

ancien treizième alinéa – voit sa formulation légèrement rallongée : « Reconnaissant aussi que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats, dans un esprit de coexistence, d'intérêt mutuel et de plein respect » L'ajout de la section « d'intérêt mutuel et de plein respect » semble refléter le principe de négociation de bonne foi et offre ainsi un garde-fou supplémentaire contre le risque sécessionniste. Le changement du verbe « estimant » en « reconnaissant » semble suggérer un élargissement de l'autorité du texte, indiquant qu'il s'agit là non de la position personnelle des auteurs du texte mais d'une situation objective affectant le droit international. Au treizième alinéa – ancien quatorzième alinéa – le verbe « sont » remplace « restent », insistant sur la permanence de la situation au lieu de son confinement aux cas de réparation. Le quatorzième alinéa – ancien quinzième alinéa – est en substance inchangé mais sa portée renforcée par la substitution du verbe « reconnaissant » à « notant ». Le quinzième alinéa – ancien seizième alinéa – apporte la précision « quel qu'il soit » au terme « peuple », assurant la couverture des peuples autochtones à la faveur d'une interprétation la plus large possible du terme. Il pose ainsi un lien de stricte identité entre les peuples et les peuples autochtones. Le dix-huitième alinéa réaffirme, comme dans la version précédente, « que la présente déclaration est une première étape pour la reconnaissance, la promotion et la protection des droits et libertés des peuples autochtones ». Il s'agit là de l'affirmation du rôle de l'élaboration de normes de la Déclaration, et partant, du processus de cristallisation à l'étude. Pour la première fois, la désignation « paragraphe » est remplacée par « articles », appuyant le caractère solennel du texte en lui conférant un style normatif. Le changement majeur de cette version finale du Groupe de travail se trouve à l'article 3 du dispositif :

« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

Cette formulation générale, épurée de tout qualificatif, se trouve dans la ligne des articles 1.2 de la Charte des Nations Unies et 1 des deux Pactes internationaux de 1966. Faisant droit aux positions des observateurs autochtones, une telle formulation assure une portée maximale du droit en question, les éléments permettant d'en apprécier la portée exacte se trouvant déplacés dans d'autres articles. Situé dans la même partie I, l'article 4 prévoit un droit à l'autonomie et un droit à la participation sans les lier expressément avec l'article 3. La

---

*Fiche d'information n° 9 (Rev.1) - Les droits des peuples autochtones* publiée par les Nations Unies à l'occasion de la Première Décennie internationale des peuples autochtones.

définition d'un exercice du droit à l'autodétermination sous une forme propre pour les peuples autochtones est formulée à l'article 31 sur le droit à l'autonomie – ancien article 29. Le début de l'article est formulé comme suit : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes sous une forme qui leur est propre, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes ». L'ajout du qualificatif « sous une forme qui leur est propre » peut s'interpréter non comme l'expression d'un droit de second ordre mais plutôt comme le report des qualificatifs présents auparavant dans l'article 3. Il reflète en outre la crainte du spectre sécessionniste chez les Etats due à la persistance de la grille de lecture coloniale du droit des peuples à l'autodétermination. Expression du cadre laissé délibérément large afin de s'accommoder des positions de tous les participants, cette formulation semble faire référence à l'autodétermination interne mais laisse la forme précise d'exercice libre, devant résulter d'une négociation de bonne foi entre les Etats et les peuples autochtones. Les droits couverts par l'autonomie à l'article 31 constituent autant de formes d'exercices du droit à l'autodétermination car ils y sont liés expressément via le droit à l'autonomie. Cet article opère le lien systémique entre le droit à l'autodétermination envisagé comme droit-cadre et ses droits constitutifs *via* l'autonomie.

L'article 32 correspond à l'ancien article 30 sur les institutions autochtones autonomes enrichi de dispositions sur la citoyenneté autochtone. L'article 41 prévoit la mise en place d'un mécanisme de surveillance de l'application de la Déclaration. La présence de cette disposition dans un texte juridiquement non-obligatoire a pour effet de renforcer son poids symbolique et sa portée politique en accroissant les attentes créées vis-à-vis des Etats. Juridiquement non-obligatoire, le texte est néanmoins politiquement contraignant. Cette portée politique forte est appelée à devenir juridique en raison de la présomption générale selon laquelle les Etats ne sont pas censés ignorer les dispositions d'une Déclaration solennelle de l'Assemblée générale, particulièrement dans les cas où ils ont contribué à son adoption. L'article 42 réaffirme le caractère minimal des normes proclamées. De manière révélatrice quant aux positions auxquelles le Groupe de travail a fait droit, l'article 45 pose une limite au droit à l'autodétermination affaibli par rapport à l'ancien article 42. En effet, la référence à la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats a disparu, et le principe d'intégrité territoriale des Etats n'est plus protégé indirectement que par une référence à la Charte des Nations Unies : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un Etat, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies. » L'affaiblissement

du garde-fou conduit à maintenir l'incertitude quant à l'inclusion d'une forme externe du droit des peuples autochtones à l'autodétermination tel qu'envisagé dans le texte<sup>470</sup>.

En conclusion de l'examen de l'évolution du droit des peuples autochtones à l'autodétermination au cours des travaux du Groupe de travail sur les populations autochtones entre sa première session de 1982 et sa onzième session de 1993, une cristallisation d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination de dégage en même temps que se précise sa portée. L'arrêt par le Groupe de travail d'un texte définitif insusceptible d'être amendé lors de ses sessions ultérieures consacre la naissance d'un consensus relatif auquel adhèrent les membres du Groupe de travail, les observateurs autochtones, les observateurs des organisations internationales mais également, et c'est là l'aspect essentiel, un certain nombre d'observateurs étatiques. Quasi unanime parmi les autres observateurs, le consensus parmi les Etats croît à mesure que les débats aboutissent à une précision de la portée des normes. Comme le suggère l'examen conduit, ce développement se reflète dans la dynamique d'évolution de la notion d'autodétermination au cours des débats.

Le texte final a été adopté par la Sous-Commission puis soumis au Centre des droits de l'homme pour revue technique<sup>471</sup>. L'approbation des décisions de la Sous-Commission par les organes parents du Groupe de travail renforce la légitimité du projet de Déclaration. Malgré le caractère juridique non-obligatoire du projet de Déclaration – l'organe de l'O.N.U. le plus élevé appelé à se prononcer sur le texte est l'Assemblée générale – la révision technique en renforce la portée au moins pour deux raisons. D'abord, il s'agit d'un processus ayant été appliqué au texte de certains traités multilatéraux<sup>472</sup>. Ensuite, tenant compte des lignes directrices établies par la résolution 41/120 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1986 en matière d'élaboration de normes<sup>473</sup>, la procédure de révision technique a notamment pour objectif d'assurer une formulation de normes adéquates et compatibles avec le droit international existant. Ce dernier aspect implique que même dénuées de force juridique

---

<sup>470</sup> V. la discussion sur ce point concernant l'interprétation de la version finale du texte lors de la douzième session du Groupe de travail en 1994 (*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa douzième session*, Genève, Nations Unies, 17 août 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/30, §§37-52 pp. 14-17). La position médiane entre les revendications des observateurs autochtones et celles des observateurs étatiques semble placer l'autodétermination externe hors du droit prévu dans le projet de Déclaration sans toutefois la rendre illicite. C'est du reste la condition *sine qua non* de l'acceptation du texte par les Etats.

<sup>471</sup> Résolution 1993/46 de la Sous-Commission du 26 août 1993, adoptée sans avoir été mise aux voix.

<sup>472</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/2, *doc. cit.*, 6 avril 1994 (v. note 391 *supra*), §3 p. 2. Le texte du projet de Déclaration ainsi revu figure dans le document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (additif du 20 avril 1994).

<sup>473</sup> *Doc. cit.*, v. note 402 *supra*.



obligatoire, les normes examinées à l'occasion de la révision technique sont mesurées à l'aune du droit. Il n'est alors pas interdit de supposer que de telles normes ainsi revues ont une prédisposition à pénétrer progressivement plus facilement dans le droit positif.

Un examen plus approfondi du cadre fixé par la Résolution 41/120 et suivi par la procédure de révision technique<sup>474</sup> présente un intérêt particulier quant à l'incidence du processus d'élaboration du projet de Déclaration dans le processus coutumier à l'étude. Le titre de la Résolution et l'objet de la procédure de révision technique, mais aussi les cinq principes directeurs énoncés par la Résolution et appliqués lors de la revue technique<sup>475</sup> ne laissent que peu de doutes quant à la nature de l'objet de l'examen : il s'agit de normes appelées à se déployer dans la sphère du droit international, relevant soit de la *lex ferenda* soit de la *lex lata*. Notamment, le point (4.e) indique que les instruments servant l'entreprise d'établissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme « devraient notamment [...] [s]usciter un vaste soutien international », confirmant le large soutien au projet de Déclaration et l'affermissement de l'*opinio juris* du processus coutumier à l'étude. Il en découle que les normes élaborées doivent être conformes au droit international existant, ce qui les situe d'emblée dans un cadre juridique positif. Certains principes directeurs suggèrent que les normes *de lege ferenda* examinées sont plus susceptibles d'évoluer progressivement vers la *lex lata*. C'est notamment le cas du point (4.b) selon lequel les instruments examinés devraient « [r]evêtir un caractère fondamental », du principe (4.c) qui prévoit que ces instruments devraient « [ê]tre suffisamment précis pour que les droits et obligations en découlant puissent être définis et mis en pratique », et surtout du point (4.d) qui exige que les instruments en question soient assortis de mécanismes d'application.

Outre ce cadre suivi par la procédure de révision technique, la formulation du texte est indicatrice de la progression du processus coutumier. L'expression du préambule « proclame solennellement » et les dispositions réparties en articles témoignent de l'intention d'adopter la Déclaration finale sous la forme d'une Résolution solennelle de l'Assemblée générale. Comme le suggère une partie de la doctrine et la pratique des Nations Unies relative à certaines résolutions solennelles<sup>476</sup>, bien que les résolutions de l'Assemblée générale ne soient

---

<sup>474</sup> Résolution 41/120 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1986, §4.e ; E/CN.4/Sub.2/1994/2, *doc. cit.*, 6 avril 1994 (v. note 391 *supra*), §4 pp. 2-3.

<sup>475</sup> *Ibid.*

<sup>476</sup> V. *inter alia* la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les Résolutions 1514 (XV) du 14 décembre 1960 et 2625 (XXV) du 24 octobre 1970.

pas en principe juridiquement obligatoires pour les Etats membres, l'adoption d'une Déclaration sous la forme d'une résolution solennelle de l'Assemblée générale et formulée en des termes juridiques – composée d'articles énonçant des droits – peut néanmoins revêtir une force politique persuasive que les Etats ne sont pas censés méconnaître et pouvant aboutir avec le temps à la création d'obligations juridiques pour les Etats membres<sup>477</sup>. Ce type d'instrument semble couvert par l'une des quatre méthodes spécifiques appliquées par la C.I.J. en matière d'identification du droit international coutumier, évoquées par le Président de la C.I.J. Peter Tomka (Slovaquie) lors de son discours à la Conférence du Conseil de l'Europe de septembre 2012<sup>478</sup>. Il s'agit de « la référence aux résolutions de l'O.N.U. et autres documents non contraignants rédigés dans des termes normatifs »<sup>479</sup>. Par leur formulation juridique et leur caractère solennel, de tels instruments apparaissent comme une mise par écrit du sentiment de droit. Dans la mesure où cet instrument est adopté à une forte majorité et reflète une pratique existante, il deviendrait alors possible de parler de « pratique acceptée comme étant le droit ». Si l'adoption de la Déclaration par une Résolution solennelle de l'Assemblée générale n'aura lieu qu'en 2007, l'intention d'aboutir à un instrument de ce type, présente dès les débuts des travaux du Groupe de travail, est consacrée par la procédure de révision technique. Rendue explicite à cette occasion, cette intention normative du Groupe de travail ne peut être ignorée par les Etats dans leur participation et c'est à sa lumière qu'il convient de conduire l'examen des travaux d'élaboration du projet de Déclaration. L'objection souvent utilisée par les Etats hostiles et consistant à se cantonner à une interprétation formaliste des activités du Groupe de travail, insusceptibles de générer du droit positif en raison de leur mandat formel, révèle ici son caractère réducteur. Le processus d'élaboration de la Déclaration se trouve en effet au cœur d'un processus plus large de formation progressive d'un corpus de règles juridiques en matière de peuples autochtones. Il en constitue le moteur, mais ne s'identifie pas avec lui. De cette manière, les activités normatives du Groupe de travail, résolument placées dans le champ de la *lex ferenda*, sont susceptibles d'évoluer ensuite au-delà de ce cadre qui les a élaborées et de passer *in fine* dans la *lex lata* à la faveur d'une interaction des activités normatives avec d'autres développements cumulés.

---

<sup>477</sup> Ce point fait l'objet d'un examen approfondi pp. 348-368 *infra*, concernant l'adoption de la Déclaration annexée à la Résolution 61/295.

<sup>478</sup> Peter TOMKA, « The Judge and International Custom », C.A.H.D.I., Conseil de l'Europe, 19-20 septembre 2012, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 12.

<sup>479</sup> Repris dans l'intervention de M. Kittichaisaree in *Compte-rendu analytique provisoire de la 3181<sup>e</sup> séance* de la C.D.I. tenue le 17 juillet 2013, 65<sup>e</sup> session, Nations Unies, 7 août 2013, A/CN.4/SR.3181, p. 8.

Commentant le texte article par article, la procédure de révision technique offre une contextualisation utile des dispositions intéressant la présente étude. L'article 31 sur l'autonomie et l'auto-administration comme moyens d'exercice du droit à l'autodétermination résulte des recommandations de la réunion d'experts de Nuuk<sup>480</sup>. Opérant ce lien, la révision technique confirme le champ d'application du droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones. L'expression « en partie » suggère un champ d'application plus large que celui de la simple autonomie entendue dans son sens étroit, ce qui cadre bien avec l'examen précédent sur le développement du concept d'autodétermination au cours des sessions successives du Groupe de travail entre 1982 et 1993.

Il ressort des travaux du Groupe de travail au cours de ses sessions successives une singularisation progressive du droit à l'autodétermination au profit des peuples autochtones. Présentée initialement comme un simple droit parmi les autres<sup>481</sup>, l'autodétermination se place progressivement au sommet de la pyramide des droits dont les peuples autochtones sont titulaires. Se dégage en outre une conception du droit à l'autodétermination qui représente un compromis entre une conception maximaliste revendiquée par les délégations autochtones et une conception minimaliste défendue par certains Etats. Malgré la persistance de quelques revendications extrêmes minoritaires chez les autochtones, le compromis émerge dès les premières années du processus d'élaboration et cristallise dans l'ensemble avant la finalisation et l'adoption du projet de Déclaration de 1993. L'évolution de la position des Etats est plus lente mais pas moins certaine<sup>482</sup>.

Ce compromis conceptualise le droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme un droit-cadre dont l'exercice prend la forme de plusieurs droits constitutifs. Ces droits découlent de l'autodétermination en ce qu'ils sont tous des illustrations partielles et sectorielles du principe d'intégrité des peuples autochtones, entendu au sens le plus large<sup>483</sup>. Entendu avant tout comme le droit des peuples autochtones de maîtriser leur propre destinée, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination s'exerce essentiellement sous sa forme interne et de manière collective. Il englobe notamment le droit à l'autonomie politique, les droits fonciers autochtones – y compris sous l'angle du titre autochtone et des traités

---

<sup>480</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/2, *doc. cit.*, 6 avril 1994 (v. note 391 *supra*), §102 p. 22, faisant référence en particulier à la recommandation n° 12 in E/CN.4/1992/42, *doc. cit.*, 25 novembre 1991 (v. note 426 *supra*), p. 14.

<sup>481</sup> E/CN.4/Sub.2/1982/33, *doc. cit.*, 25 août 1982 (v. note 311 *supra*), §§82-85 pp. 17-18 et §124 p. 23.

<sup>482</sup> Leurs réactions est examinée pp. 219-233 *infra*.

<sup>483</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §57 p. 18, §160 p. 35.

autochtones –, le droit à l'intégrité culturelle, religieuse, et linguistique, le droit à la participation à la vie politique de l'Etat. Dans l'exercice du droit à l'autodétermination, le principe du consentement libre et éclairé est fondamental<sup>484</sup>. Par conséquent, l'exercice du droit à l'autodétermination est généralement un processus de négociation de partage du pouvoir entre les peuples autochtones et l'Etat dans lequel ils vivent. Il en va ainsi par exemple du degré d'autonomie autochtone, qui peut être territorial ou prendre la forme d'un régime déterritorialisé en cas de dispersion de la population autochtone sur le territoire national. Une telle conceptualisation du droit à l'autodétermination consiste en l'exercice de la démocratie dans les relations entre les différentes composantes de la population étatique à l'intérieur de l'Etat constitué.

Le compromis atteint lors du processus d'élaboration de la Déclaration reste vague sur la question de l'existence d'un droit remède à l'autodétermination externe pour les peuples autochtones. Chaque partie reste campée sur ses positions, les peuples autochtones revendiquant un tel droit au nom de la non-discrimination et de la reconnaissance de leur subjugation passée<sup>485</sup>, et les Etats refusant catégoriquement une telle possibilité. Dans sa note explicative sur les termes du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones de 1993, la Présidente/Rapporteur spécial Mme Erica-Irene Daes semble envisager la possibilité de sécession remède dans le cas extrême où « le système politique national devenait si exclusif et si peu démocratique qu'on ne pourrait plus le considérer comme « représentant l'ensemble du peuple » », sans que l'on sache bien s'il s'agit là ou non d'un droit<sup>486</sup>. Les versions successives du projet de Déclaration s'en tiendront sur ce point à un langage implicite similaire à celui de la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats.

---

<sup>484</sup> Le Groupe de travail se penchera sur ce principe de manière plus approfondie à partir de sa 21<sup>e</sup> session en 2003 au titre de ses activités normatives en vue d'élaborer un Commentaire juridique sur le concept de consentement libre, préalable et éclairé, qui met en avant la constitution de ce principe comme forme d'exercice du droit à l'autodétermination (v. le document de travail approfondi de Mme Antoanella-Iuila MOTOC, 14 juillet 2005, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, §§33-36 pp. 9-10). V. aussi *Rapport final sur l'Etude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 4<sup>e</sup> session, 26 mai 2011, A/HRC/EMRIP/2011/2, §13 p. 4 et §18 p. 5 ; *Avis n° 2 (2011) du Mécanisme d'experts : Les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions* (A/HRC/EMRIP/2011/2, annexe), §§3, 18, 21.

<sup>485</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §§57-58 p. 18 ; E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 114 *supra*), §122 p. 30.

<sup>486</sup> Erica-Irene DAES, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §§21-22 pp. 4-5. V. notamment la formulation vague et incertaine au §22 : « [les peuples autochtones] auraient sans doute raison de créer un nouvel Etat ». Cette formulation ne semble pas faire référence à un droit mais plutôt à des considérations politiques ou morales.

Etant donné le silence du droit international actuel sur la question générale de la sécession, il apparaît logique que la question de la sécession des peuples autochtones relève du débat général relatif à l'existence d'un hypothétique droit de sécession remède au bénéfice des peuples en général<sup>487</sup>. Ainsi, cette question se trouve à strictement parler en dehors de la problématique en jeu, bien qu'elle entretienne des liens étroits avec elle. Du reste, le débat général sur cette question demeure indéterminé en l'état du droit international contemporain. De manière générale, la sécession n'est pas réglementée par le droit international dans son état actuel, et reste pour l'essentiel en dehors de son champ d'application. Ni licite ni illicite, la sécession est une question de fait tant qu'elle ne résulte ni d'un emploi illicite de la force ni de la violation d'une norme impérative. Le droit international se limite à entériner le résultat de tentatives de sécessions aboutissant avec succès à l'établissement d'un Etat<sup>488</sup>. La question de l'existence éventuelle d'un droit à la sécession remède reste aujourd'hui ouverte, comme le montrent les débats et les prises de position à ce sujet au sein du processus d'élaboration de la *D.N.U.D.P.A.*<sup>489</sup>.

Dans tous les cas, loin d'être un obstacle au processus normatif du Groupe de travail<sup>490</sup>, l'absence d'une trop grande précision dans la définition des termes offre au contraire aux normes en cause la marge d'évolution, de décantation et de maturation nécessaire tout en assurant l'adaptabilité contextuelle de normes générales aux situations spécifiques les plus diverses des peuples autochtones<sup>491</sup>. Concernant spécifiquement la notion de « peuples autochtones », rien ne semble justifier leur distinction vis-à-vis des autres peuples en droit international, d'autant plus que les tentatives de définition pré mentionnées suggèrent que la définition de la notion de « peuples autochtones » a atteint un degré de précision supérieur à celle de « peuples ».

---

<sup>487</sup> C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, §56 p. 426, §§79-80 pp. 436-437. Bien que n'appartenant pas à la problématique à proprement parler, cette question est traitée à nouveau pp. 320-333 *infra*.

<sup>488</sup> *Williams c. Bruffy*, Cour suprême des Etats-Unis, octobre 1877, 96 *U.S.* 176 (1877).

<sup>489</sup> V. aussi les positions contradictoires défendues par les Etats à l'occasion de la procédure écrite et des plaidoiries devant la C.I.J. dans le cadre de l'affaire précitée relative à la sécession du Kosovo.

<sup>490</sup> Car c'est bien en dernier ressort d'un processus normatif qu'il s'agit, à en considérer le double mandat du Groupe de travail (revue des faits nouveaux et élaboration des normes, version non contraignante des tâches de codification et de développement du droit international), la qualification par le Groupe de travail lui-même de sa propre mission (point 4 de son agenda, v. E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §17 p. 5), et la résolution 41/120 de l'Assemblée générale du 4 décembre 1986 approuvée par le Groupe de travail.

<sup>491</sup> V. notamment *doc. E/CN.4/Sub.2/1992/33, doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §59 p. 16.

§2 – Déclarations et prises de position des Etats autour de l'évolution de l'autodétermination autochtone

Durant la période d'élaboration du projet de Déclaration lors des sessions du Groupe de travail sur les populations autochtones de 1982 à 1994, l'attitude de certains Etats *via* leurs observateurs peut se caractériser comme une tentative de résistance au développement d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination en minimisant sa portée au maximum. Cependant, à l'occasion des dynamiques du consensus et du jeu institutionnel, mais également en raison du manque d'unité de positions étatiques variées face à un front autochtone mieux coordonné, la résistance étatique cède du terrain session après session pour aboutir à une influence limitée sur la formulation finale du projet de Déclaration. Le retrait de certains Etats hostiles<sup>492</sup> des travaux du Groupe de travail ôte autant de force à l'entreprise de résistance des Etats à l'émergence d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination.

L'inscription et l'individualisation des comportements étatiques examinés au sein du Groupe de travail dans un cadre institutionnel a pour effet de clarifier au-delà du doute l'imputabilité des déclarations et des prises de positions aux Etats ainsi que leur intentionnalité. La dimension institutionnelle confère donc une lisibilité directe aux comportements étatiques pertinents au regard du processus coutumier. En outre, à la lumière de l'objectif déclaré du Groupe de travail d'aboutir à une Déclaration solennelle susceptible d'être adoptée par une résolution de l'Assemblée générale, l'intentionnalité des Etats dans leurs déclarations revêt nécessairement un poids plus important en matière de participation au processus coutumier que si elles avaient lieu dans le contexte d'un simple débat sans but normatif avoué. Le fait que les activités normatives dans le cas d'espèce doivent aboutir à l'établissement de normes de *lex ferenda* et non de *lex lata* ne saurait suffire à mettre en doute l'intention des Etats, en témoigne la résistance acharnée de certains d'entre eux. Il faut donc en conclure que les Etats devaient nécessairement avoir à l'esprit les incidences possibles des activités normatives en termes de production du droit positif.

Les positions exprimées par les Etats vis-à-vis de la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination et de l'évolution de son contenu se caractérisent par un manque de cohérence (a) qui a pour conséquence de minimiser la force de la résistance

---

<sup>492</sup> Par exemple la Chine à partir de 1990 et jusqu'après l'adoption du projet de Déclaration en 1994.

de certains Etats eu égard au jeu du contexte institutionnel. De plus, l'hostilité expressément exprimée semble se réduire au cours des sessions successives (b) pour ne plus présenter en 1994 d'obstacle au consensus naissant. La question de fond est alors remplacée par des préoccupations tenant à la portée de la norme émergente. Cette autre manière de résister à la positivité consacre néanmoins une perte de terrain progressive de la position des Etats hostiles.

#### A – Un manque d'unité et de cohérence

Les positions exprimées par les observateurs des Etats dans le cadre du Groupe de travail sur les populations autochtones entre 1982 et 1994 manquent singulièrement d'unité.

Une première ligne de résistance des Etats consiste à rejeter la reconnaissance aux peuples autochtones d'un droit à l'autodétermination en raison de ce que les Etats perçoivent comme une menace à leur unité politique et à leur intégrité territoriale *via* une incitation à la sécession. Ce faisant, les observateurs étatiques s'appuient sur des exemples concrets d'exercice d'autodétermination externe perçus comme autant de précédents dangereux pour la stabilité des relations internationales<sup>493</sup>. L'exclusion mutuelle des principes d'autodétermination et d'intégrité territoriale découle de la conception traditionnelle restrictive du droit à l'autodétermination interprétant celui-ci comme équivalant essentiellement au droit à l'indépendance souveraine. Développée et largement soutenue par la pratique de la société internationale lors du processus de décolonisation, cette interprétation traditionnelle du droit à l'autodétermination demeure tenace chez certains Etats bien qu'elle ait cessé de refléter la réalité depuis la quasi conclusion du processus de décolonisation vers 1980<sup>494</sup>. La résistance de certains Etats porte également sur la notion de droits collectifs<sup>495</sup> revendiquée par les peuples autochtones et sous-tendant leur droit à l'autodétermination. Selon ces Etats, cette notion remettrait en cause le système moderne de démocratie libérale

---

<sup>493</sup> Notamment les exemples du Bangladesh, de la Namibie et de la Papouasie-Nouvelle-Guinée. La lutte pour l'indépendance au Timor oriental est également contemporaine des travaux du Groupe de travail.

<sup>494</sup> Rédigé lors de cette période charnière, le rapport précité (v. note 318 *supra*) d'Aureliu CRISTESCU de 1981 témoigne du changement de direction dans l'évolution du droit à l'autodétermination mais aussi de la prégnance du contexte de la décolonisation dans l'interprétation dudit droit.

<sup>495</sup> Canada, 1<sup>er</sup> juin 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, p. 3. Cet Etat reviendra cependant ultérieurement sur sa position.

n'accordant de droits qu'à l'individu et à l'Etat, faisant écho au droit naturel ou aux idées de F. Vitoria<sup>496</sup>.

En lien avec ce rejet, certains Etats affichent leur scepticisme vis-à-vis de l'idée que les peuples autochtones soient des sujets du droit international<sup>497</sup> ou encore qu'ils soient des peuples au sens du droit international<sup>498</sup>, voyant plutôt en eux de simples minorités nationales. Cette tentative des Etats de réduire les peuples autochtones aux minorités nationales classiques et par conséquent de leur dénier le droit à l'autodétermination se fonde notamment sur la crainte des Etats pour leur intégrité territoriale, crainte accrue dans le cas des peuples autochtones en raison de leur attachement particulier à leurs territoires ancestraux qui confère une certaine assise territoriale au droit à l'autodétermination qu'ils revendiquent. En effet, certains observateurs autochtones ont fait valoir avec succès que le contrôle de leurs territoires ancestraux constitue pour les peuples autochtones la condition première d'exercice effectif de leur droit à l'autodétermination<sup>499</sup>.

Une deuxième ligne de résistance suivie par les Etats consiste à accepter en apparence l'affirmation d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination tout en s'efforçant de le vider de sa substance ou de le rendre inopérant. Par exemple, les Etats-Unis d'Amérique affirment accepter et appliquer le droit des peuples autochtones à l'autodétermination sur leur territoire national, mais leur interprétation de ce droit s'avère restrictive par rapport à la norme du même nom émergente en droit international<sup>500</sup>. Certaines traces de cette tactique se retrouvent également dans certaines déclarations du Canada. Ce double discours est dénoncé par certains observateurs autochtones de ces Etats<sup>501</sup>. Ce cas pose le problème de la distance

---

<sup>496</sup> Andrea MUEHLEBACH, *op. cit.*, août 2001 (v. note 315 *supra*), p. 423.

<sup>497</sup> E/CN.4/Sub.2/1985/22, *doc. cit.*, 27 août 1985 (v. note 342 *supra*), §83 p. 19 ; déclaration de l'observateur des Etats-Unis d'Amérique, appuyée par le Canada, proposant notamment d'inclure dans le texte la formule de l'article 1.3 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. relative à l'interprétation du terme « peuple » in E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §73 p. 20 ; déclaration dans le même sens de l'observateur de la Suède, Dr Rolf H. Lindholm, devant le Groupe de travail lors de sa onzième session, Genève, 20 juillet 1993 (précitée).

<sup>498</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, *doc. cit.*, 24 août 1987 (v. note 344 *supra*), §56 pp. 15-16.

<sup>499</sup> V. notamment l'intervention de la représentante de Hui Na'auao (coalition d'une cinquantaine d'O.N.G. hawaïennes) à la onzième session du Groupe de travail, 1993.

<sup>500</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/30, *doc. cit.* (v. note 470 *supra*), §43 p. 15, et le discours du Président William J. Clinton du 29 avril 1994 évoquant des relations de gouvernement à gouvernement entre les peuples autochtones et le gouvernement fédéral américain ("Remarks to American Indian and Alaska Native Tribal Leaders", 29 avril 1994, in *Weekly Compilation of Presidential Documents*, n° 18, 9 mai 1994, pp. 941-942).

<sup>501</sup> Déclaration écrite présentée par des organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif, 1<sup>er</sup> septembre 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/NGO/26, p. 2, qui témoigne de la persistance d'un écart entre les déclarations de certains Etats et leurs comportements réels en dépit de l'appel à établir un mécanisme de



parfois perceptible entre les déclarations des Etats devant le Groupe de travail et leurs comportements internes réels ou perçus par les peuples autochtones.

Autre moyen de poursuivre les mêmes fins, certains Etats réaffirment régulièrement leurs réserves quant à la démarche consistant à ne pas rechercher de définition trop précise des termes controversés tels que « peuple », « peuple autochtone », « autodétermination » ou encore « territoire »<sup>502</sup>. Ils craignent ainsi que l'indétermination favorise une interprétation de ces notions inacceptable pour les Etats<sup>503</sup>. Par conséquent, les efforts de ces Etats se concentrent en vue de définir ou de qualifier les termes problématiques, ce qui est perçu par les observateurs autochtones comme autant de limitations inacceptables et de sources de discrimination à leur égard. Ainsi, certains Etats font des déclarations répétées de leur interprétation contextuelle du droit à l'autodétermination comme rejetant toute forme externe de son exercice dans le contexte des peuples autochtones<sup>504</sup>. La qualification des termes contestés doit mener à un compromis réaliste susceptible d'emporter le consensus des Etats et des peuples autochtones autour d'un texte applicable<sup>505</sup>.

A l'inverse, une troisième position consiste à reconnaître l'ensemble ou la plupart des droits articulés par le Groupe de travail comme constitutifs du droit à l'autodétermination tout en rejetant le terme « autodétermination » lui-même. Cette approche se fonde généralement sur la crainte d'une interprétation maximaliste du terme autodétermination, eu égard notamment au lien particulier unissant les peuples autochtones à leurs territoires traditionnels.

---

vérification des informations en vue d'assurer une réduction des contradictions, dès les premières sessions du Groupe de travail.

<sup>502</sup> Observation de la Finlande (7 avril 1988) in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, p. 3 ; observation du Canada (1<sup>er</sup> juin 1988) proposant une définition possible de la notion de peuple autochtone in E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, p. 3 ; observations du Japon, et de la République socialiste soviétique d'Ukraine in *Compilation analytique des observations et commentaires reçus conformément à la résolution 1988/18 de la Sous-Commission – Addendum*, E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3, 19 juin 1989.

<sup>503</sup> V. déclaration de l'observateur du Brésil, E/CN.4/Sub.2/1993/29, §55 p. 19 et E/CN.4/Sub.2/1994/30, §41 pp. 14-15 (tel que corrigé in E/CN.4/Sub.2/1994/30/Corr.1).

<sup>504</sup> E/CN.4/Sub.2/1987/22, §56 pp. 15-16 ; observation du Mexique du 2 juin 1993 in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, 14 juin 1993, §3 p. 4.

<sup>505</sup> V. notamment la formule employée par la République socialiste soviétique de Biélorussie et l'U.R.S.S. in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, 24 mai 1988, pp. 3 et 9 respectivement : la Déclaration devrait inclure une disposition prévoyant que l'exercice des droits qu'elle garantit « ne devrait pas porter préjudice aux intérêts de la société et de l'Etat. » ; observation de la Finlande concernant la formulation du paragraphe 1 du dispositif du projet de Déclaration in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, 14 juin 1993, §6 pp. 2-3 ; observation de l'Equateur du 14 avril 1994 in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/2, 9 juin 1994, §2 et §4.

Autre forme de résistance, certains Etats nient la présence de peuples autochtones sur leur territoire en dépit du contraire, refusant par la même occasion l'applicabilité à leur égard du régime en cours de définition au sein du Groupe de travail. C'est notamment le cas de la Chine et du Maroc<sup>506</sup> suivis par la Slovaquie. D'autres, tels l'Equateur et le Japon, rappellent que l'entreprise poursuivie par le Groupe de travail et la Déclaration qui doit en résulter ne saurait être la source d'un droit obligatoire pour les Etats, rejetant ainsi la formulation d'obligations à leur égard<sup>507</sup>.

Par contraste, d'autres Etats participent du consensus naissant et se rallient sans difficulté aux positions autochtones. Ce faisant, ils acceptent l'affirmation d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination, s'appuyant sur une interprétation progressiste postcoloniale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>508</sup>. Notamment, ce groupe d'Etats accepte la notion de droits collectifs<sup>509</sup> et la désirabilité de ne pas rechercher une définition trop précise des termes disputés<sup>510</sup>. Le droit à l'autodétermination est accepté comme la condition première de jouissance par les peuples autochtones de l'ensemble des autres droits de l'homme<sup>511</sup>. La plupart de ces Etats, mais non la totalité, souhaitent néanmoins assortir l'affirmation de ce droit à certaines limitations ou qualifications en vue de garantir leur intégrité territoriale<sup>512</sup>. Cette question de la limitation du droit des peuples autochtones à

---

<sup>506</sup> E/CN.4/Sub.2/AC.4/1985/WP.1/Add.1, 24 avril 1985. Les conflits au Tibet et au Sahara occidental (plus que la question berbère) peuvent contribuer à expliquer ce refus. La Chine considère la notion même de « peuples autochtones » comme exclusivement liée aux problématiques de colonisation propres au groupe des Etats occidentaux. Entretien également un rapport sceptique vis-à-vis du régime en cours d'élaboration, l'Inde et l'Indonésie considèrent à l'inverse que l'ensemble de leur population est autochtone.

<sup>507</sup> V. observation du Japon du 19 avril 1988 in E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, 24 mai 1988, p. 8, réitérée dans l'observation du 14 juillet 1989 in *Compilation analytique des observations et commentaires reçus conformément à la résolution 1988/18 de la Sous-Commission – Addendum*, E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3, 19 juin 1989 ; observation de l'Equateur du 14 avril 1994 in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/2, 9 juin 1994, §3.

<sup>508</sup> V. observation de la République populaire du Congo du 17 mai 1988 in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, 14 juin 1988, p. 8 ; déclarations répétées du Danemark et du Groenland ; déclaration de l'observateur de la Nouvelle-Zélande sur l'interprétation moderne du droit à l'autodétermination in E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §52 p. 18.

<sup>509</sup> Déclaration de la République socialiste soviétique de Biélorussie, *Informations reçues des gouvernements*, 24 mai 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, p. 2

<sup>510</sup> Observation de la Norvège in *Compilation analytique des observations et commentaires reçus conformément à la résolution 1988/18 de la Sous-Commission – Addendum*, E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3, 19 juin 1989 ; observations de la Finlande in *Informations reçues des gouvernements*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, 14 juin 1993, §3 p. 2 ; déclaration de l'observatrice de la Fédération de Russie in E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 314 *supra*), §54 pp. 18-19.

<sup>511</sup> Déclaration de l'observateur du Danemark in E/CN.4/Sub.2/1993/29, §51 p. 18.

<sup>512</sup> V. note 504 *supra* ; déclaration de Robert Tickner, Ministre fédéral des affaires aborigènes et des insulaires du détroit de Torres (Australie) à la dixième session du Groupe de travail, Genève, 28 juillet 1992 ; déclaration de l'observateur de l'Australie proposant d'inclure une référence à la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats afin de qualifier le droit à l'autodétermination in E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août

l'autodétermination constituera un axe central dans les discussions du Groupe de travail et fera l'objet de contentions persistantes, contraignant le Groupe de travail à maintenir une ligne médiane délicate et à entretenir le flou en vue de sauvegarder le consensus naissant. Corroborant la distinction de principe entre les minorités nationales et les peuples autochtones, la France ne s'oppose pas au cadre juridique naissant en matière de droits des peuples autochtones dont elle admet la pertinence au sein de ses collectivités d'outre-mer, alors même que son refus de reconnaître la notion de minorité nationale sur son territoire est bien connu<sup>513</sup>.

### B – La réduction progressive de l'hostilité étatique

En dépit du manque manifeste d'unité des positions exprimées par les observateurs des Etats, il faut constater que leur évolution semble suivre en revanche un mouvement vers une cohérence accrue. En vertu de cette évolution, lors de l'adoption du texte définitif du projet de Déclaration par le Groupe de travail en 1993, le nombre de positions est réduit autour d'une position majoritaire favorable à laquelle s'oppose un nombre restreint de positions marquées par une polarisation atténuée. De fait, l'examen de l'évolution des dispositions du texte en matière d'autodétermination jusqu'à son adoption finale par le Groupe de travail en 1993 révèle l'échec relatif de la résistance de certains Etats. Les rares limites finalement retenues qualifiant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination correspondent aux positions portées par les Etats les plus modérés et progressistes. Les Etats dont les positions étaient les plus éloignées d'une position autochtone relativement homogène ont échoué à empêcher l'émergence d'un consensus conduisant à l'arrêt final du texte. Après cette étape, les Etats hostiles se retrouvent ainsi dans une position plus délicate et isolée.

Dans le processus de réduction des antagonismes, certains Etats semblent avoir joué un rôle prépondérant. Les déclarations successives du Canada, par exemple, témoignent d'une position ambiguë de cet Etat, progressiste mais réclamant une qualification du droit des

---

1992 (v. note 317 *supra*), §66 p. 18 ; déclaration de l'observateur du Chili in E/CN.4/Sub.2/1993/29, *doc. cit.*, 23 août 1993 (v. note 313 *supra*), §53 p. 18.

<sup>513</sup> Manifesté notamment par le rejet de l'applicabilité à son égard des dispositions de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « le gouvernement français déclare, compte tenu de l'article 2 de la Constitution de la République française, que l'article 27 n'a pas lieu de s'appliquer en ce qui concerne la République » (réserve formulée par la France à l'occasion de son accession au Pacte, 4 novembre 1980, *R.T.N.U.*, tome 1202 (1980), p. 398).

peuples autochtones à l'autodétermination. Le Canada fait cependant partie du groupe d'Etats sous l'impulsion duquel le consensus se fait jour parmi les Etats autour de l'idée d'un droit à l'autodétermination envisagé de manière souple comme partage négocié du pouvoir au sein de l'Etat<sup>514</sup>. Il est intéressant de noter que parmi le groupe des Etats ayant joué un rôle moteur dans l'acceptation et la formulation de propositions soutenant une évolution progressiste du droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones, on retrouve cette position ambiguë chez d'autres Etats, notamment chez l'Australie, les Etats-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande. Il s'agit précisément des quatre Etats qui voteront contre l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale en 2007. La volonté du Canada et d'autres Etats de formuler les droits couverts par le projet de Déclaration en des termes entrant dans le cadre du droit international des droits de l'homme existant<sup>515</sup> assure à l'entreprise de développement des normes une assise sur le droit positif. Cette position se retournera cependant contre eux, car loin de prévenir l'émergence de nouvelles normes, l'insistance de ces Etats à se situer dans le cadre juridique établi conduit à confondre les normes du droit positif existant et les normes de *lex ferenda* relevant du développement progressif du droit.

Comme le révèle l'examen précédent de l'évolution de la formulation du droit à l'autodétermination au cours des sessions successives du Groupe de travail jusqu'à l'adoption du texte final en 1993, le débat et l'opposition des Etats se sont progressivement déplacés vers une issue globalement favorable aux revendications autochtones. Notamment, deux axes de déplacement du débat semblent révéler la perte de terrain progressive des Etats au profit des peuples autochtones.

Premièrement, la mention même du mot autodétermination dans le texte, en d'autres termes l'existence même d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination, fait l'objet d'une controverse au sein des Etats participants lors des premières sessions du Groupe de travail, mais celle-ci se dissipe progressivement et le droit des peuples autochtones à l'autodétermination fait son apparition explicite dans le texte du projet de Déclaration, d'abord dans le préambule en 1989 puis dans le dispositif en 1991. Dès lors, la controverse au

---

<sup>514</sup> E/CN.4/Sub.2/1992/33, *doc. cit.*, 20 août 1992 (v. note 317 *supra*), §§64-66 pp. 17-18. Dans sa proposition, le Canada est suivi par l'Australie, le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et un autre Etat non nommé. Cette position est résumée par la Présidente-Rapporteur au §67 p. 18. V. aussi l'observation du Canada dans l'additif au Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa onzième session, 27 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/29/Add.1.

<sup>515</sup> Observation du Canada du 1<sup>er</sup> juin 1988 in E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, *doc. cit.*, 14 juin 1988 (v. note 508 *supra*), p. 2.

sein des Etats se déplace de la question de l'acceptation du principe du droit en question vers la question du contenu et de la portée de ce droit.

Ce second débat voit la tentative des Etats de limiter au maximum la portée du droit désormais inclus dans le texte, tentant parfois de l'assimiler au régime des droits des minorités nationales. Cette tentative de limitation prend plusieurs formes. A noter qu'un groupe minoritaire d'Etats ne voit pas la nécessité d'une qualification du droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>516</sup> dans la mesure où la plupart des peuples autochtones eux-mêmes, en vertu du principe d'auto-identification, ont manifesté leur désintérêt pour des solutions de sécession. Certains Etats, issus notamment de l'ancien bloc socialiste, ont proposé de lier l'exercice du droit à l'autodétermination aux intérêts de l'Etat – incluant l'intégrité territoriale<sup>517</sup>. Certains Etats ont suggéré d'inclure une qualification du terme « peuples autochtones » similaire à celle de l'article 1.3 de la Convention n° 169 de l'O.I.T.<sup>518</sup>, ce qui aurait eu pour effet de refuser aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination. Enfin, d'autres Etats ont tenté de qualifier le droit des peuples autochtones à l'autodétermination en opérant une référence aux instruments internationaux principaux garantissant l'intégrité territoriale des Etats, à savoir la Charte des Nations Unies et la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats. Si cette stratégie a semblé rencontrer un certain succès, la version finale de 1993 ne comporte qu'une seule référence vague à la charte des Nations Unies. A noter qu'une référence à la Déclaration de 1970, initialement envisagée, n'aurait pas nécessairement offert une meilleure protection de l'intégrité territoriale en raison de l'ambiguïté bien connue de la formulation de l'avant-dernier paragraphe du principe de l'égalité des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes.

La position appelée à triompher dans la version finale du projet de Déclaration adopté par le Groupe de travail sur les populations autochtones<sup>519</sup> consacre la reconnaissance d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne (lecture combinée des articles 3 et 31). Triomphent ainsi à la fois les rares Etats opposés à toute limitation et ceux demandant une qualification interne. En effet, le texte fait droit à la formulation d'un exercice en principe

---

<sup>516</sup> V. déclarations des observateurs du Danemark et du Groenland in E/CN.4/Sub.2/1994/30, *doc. cit.*, 17 août 1994 (v. note 470 *supra*), §40 p. 14.

<sup>517</sup> V. note 505 *supra*.

<sup>518</sup> V. notes 326 et 463 *supra*.

<sup>519</sup> Texte consigné dans le document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 résultant de la procédure de révision technique (Additif du 20 avril 1994).

interne du droit à l'autodétermination – sens de l'expression « exercice spécifique » à l'article 31 –, mais la faiblesse de la clause sécuritaire de l'article 45 ne permet pas de conclure à l'illicéité de la sécession ni même à la non-existence d'un droit à la sécession remède. En effet, la seule référence opérée par l'article 45 concerne la Charte des Nations Unies qui est muette sur ce point. La question est donc laissée en suspens. La satisfaction des Etats vis-à-vis d'une garantie si mince et incertaine peut s'expliquer par une interprétation qu'ils font de la Charte comme garantie rassurante, élément majeur du droit international originairement forgé par les Etats pour les Etats, donc propre à garantir leur intégrité territoriale. Cette référence se double de la pratique des Etats consistant à déclarer les interprétations qu'ils font pour eux-mêmes du texte. Il apparaît ainsi que l'indétermination des termes ait permis l'adoption d'un texte final allant au-delà de ce que certains Etats participants aux travaux s'étaient déclarés prêts à accepter. Les Etats ayant davantage défendu leurs intérêts respectifs plutôt que d'adopter une position commune, leur résistance a par conséquent manqué de portée et de substance. A la lumière de ce qui précède, l'adoption du texte en 1994 et le caractère affaibli de la résistance de certains Etats autorisent la présomption selon laquelle la norme coutumière à l'étude fait vers cette période son apparition dans la *lex ferenda*.

L'évolution du rapport de forces entre les différentes positions au cours des travaux du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration entre 1995 et 2006 voit un renforcement du consensus et l'isolement progressif d'un groupe d'Etats hostiles de plus en plus restreint, mais aussi de plus en plus bruyant. Il semble que cette marginalisation et les progrès réalisés soient dus à la division des Etats sur les questions de définition et de l'emploi du terme « peuples autochtones » dans le texte ainsi que sur la portée du droit à l'autodétermination. En effet, alors que les réserves sur ces points ne sont partagées que par certains Etats<sup>520</sup>, la position favorable à une reconnaissance d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination transcende les groupes statutaires, fédérant l'ensemble des participants autochtones et une partie considérable des Etats<sup>521</sup>. Un certain nombre d'Etats

---

<sup>520</sup> Notamment l'Argentine (observations du 3 août 1995 in *Informations reçues des gouvernements*, 10 août 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2, pp. 2-6 ; *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> session, 10 décembre 1996, E/CN.4/1997/102, §340 p. 71), le Maroc (*Informations reçues des gouvernements – Additif*, 13 novembre 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, §3 p. 6).

<sup>521</sup> Notamment l'Australie qui formule dès 1995 une position de compromis appelée à triompher (*Self-Determination – The Australian Position*, 30 novembre 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.2) nonobstant les contradictions de sa position (v. pp. 384-390 *infra*), la Finlande (E/CN.4/1995/WG.15/2, pp. 9-10 ; E/CN.4/1997/102, *doc. cit.*, 10 décembre 1996 (v. note 520 *supra*), §45 p. 11), le Guatemala (*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> session (Luis-Enrique Chávez, président-rapporteur), 6 décembre 1999, E/CN.4/2000/84, §73 p. 14 ; *Rapport du*

conditionnent leur acceptation de ces deux points à leur clarification ou qualification<sup>522</sup>. L'examen de leurs déclarations au cours des sessions successives du Groupe de travail témoigne d'une diminution progressive du groupe des Etats hostiles au profit du groupe d'Etats favorables à mesure que les termes controversés se clarifient et que la position médiane est réaffirmée par les autres participants<sup>523</sup>. A la faveur d'une ligne de front mouvante, les Etats continuant de réclamer des définitions et qualifications ou limitations potentielles au terme de « peuples autochtones » et au droit à l'autodétermination voit leur position s'affaiblir et s'isoler davantage.

Alors que les trois premières sessions du Groupe de travail semblent marquées par le *statu quo* et une certaine polarisation des positions<sup>524</sup>, les positions semblent se rapprocher au cours des quatrième, cinquième et sixième sessions. De manière générale, il semble que les divisions perdurent jusqu'au terme des travaux du Groupe de travail, diminuant certes à mesure que la clarification des termes controversés rallie un certain nombre d'Etats hostiles. Le consensus, qui consiste en l'absence d'opposition ouverte mais ne signifie pas l'absence de

---

*Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 9<sup>e</sup> session, 7 janvier 2004, E/CN.4/2004/81, §16 p. 5), la Norvège (E/CN.4/2000/84, §81 p. 15) ; la Suisse (E/CN.4/1997/102, §46 pp. 11-12). Certains de ces Etats sont prêts à accepter le texte dans sa version initiale tandis que d'autres souhaitent expliciter la dimension exclusivement interne du droit à l'autodétermination dans le texte. V. aussi la présentation du rapport des facilitateurs sur l'autodétermination in *Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 10<sup>e</sup> session, 28 février 2005, E/CN.4/2005/89, §§40-46 pp. 9-10.

<sup>522</sup> Notamment le Chili (E/CN.4/1995/WG.15/2, *doc. cit.*, 10 août 1995 (v. note 520 *supra*), pp. 6-7), la Chine qui refuse de commenter le texte en détail tant que le terme de « peuple autochtone » n'aura pas été défini (E/CN.4/1995/WG.15/2, pp. 8-9), les Etats-Unis d'Amérique dont l'interprétation interne ambiguë du droit à l'autodétermination semble induire une norme à deux poids deux mesures (E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, *doc. cit.*, 13 novembre 1995 (v. note 520 *supra*), pp. 6-10 et U.S. National Security Council, *Position on Indigenous Peoples*, 18 janvier 2001, §§3-4), la France (E/CN.4/2000/84, *doc. cit.*, 6 décembre 1999 (v. note 521 *supra*), §77 p. 14) ; le Japon (E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, pp. 2-3) ; le Mexique qui insistent pour suivre l'approche restrictive de l'article 1.3 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. (E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, pp. 3-5 ; E/CN.4/2000/84, §74 p. 14), la Nouvelle-Zélande (E/CN.4/1995/WG.15/2, p. 11 ; E/CN.4/2000/84, §78 p. 14), l'Ukraine (E/CN.4/1995/WG.15/2, pp. 11-12), le Venezuela (E/CN.4/2000/84, §80 p. 15). V. aussi le résumé des différentes positions par le Président-Rapporteur in *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> session, 15 décembre 1997, E/CN.4/1998/106, §44 pp. 10-11.

<sup>523</sup> Comparer notamment les évolutions de position du Mexique entre E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, §4 p. 3 et E/CN.4/2000/84, §74 p. 14. V. aussi le résumé du Président-Rapporteur sur le débat sur l'autodétermination et soulignant un rapprochement des positions in E/CN.4/2000/84, §82 p. 15, et les observations in *Written statement submitted by the International Indian Treaty Council (IITC), a non-governmental organization in special consultative status*, 3 mars 2004, E/CN.4/2004/NGO/100, p. 4.

<sup>524</sup> A cet égard, certains Etats ont fait des propositions rétrogrades, semblant revenir sur certains points du texte qu'ils avaient accepté auparavant. Les organisations non-gouvernementales autochtones ont également dénoncé la tentative des Etats de recourir à des réunions informelles intergouvernementales, diminuant la transparence du processus et la participation des représentants autochtones, ou encore de tenter de limiter le droit à l'autodétermination par leur droit interne (v. déclaration écrite du Conseil international de traités indiens, 23 janvier 2001, E/CN.4/2001/NGO/44 ; déclaration écrite de la Commission des Aborigènes et Insulaires du détroit de Torres, 23 janvier 2001, E/CN.4/2001/NGO/54).

réerves, ne se fait véritablement jour que vers la fin des travaux du Groupe de travail<sup>525</sup> et semble consister en l'affirmation répétée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination en ne définissant son contenu que partiellement<sup>526</sup>. L'inscription de la réaffirmation dans la durée par le Président-Rapporteur semble jouer ici un rôle essentiel dans l'isolement progressif des Etats hostiles par rapport à ce qui fait l'objet d'un consensus encore perfectible.

De l'aveu même du Président-Rapporteur au terme des travaux du second Groupe de travail<sup>527</sup>, les dispositions relatives au droit à l'autodétermination dans le texte finalement arrêté lors de la onzième et dernière session en 2006 et soumise au Conseil des droits de l'homme est quasiment inchangé par rapport à la version du premier Groupe de travail adoptée par la Résolution 1994/45 de la Sous-Commission. Un examen plus approfondi de l'évolution des dispositions relatives au droit à l'autodétermination au cours des propositions successives d'amendement du texte révèle que cette persistance ne résulte pas de la consolidation d'un consensus. Il s'agit plutôt au contraire d'un aveu d'échec quant à la possibilité d'atteindre un consensus dans un délai raisonnable. Témoins de la persistance de la controverse sur l'autodétermination, l'adoption du projet de Déclaration par le Conseil des droits de l'homme le 29 juin 2006 s'est faite par la mise aux voix à la demande du Canada, et non par consensus comme l'avaient pourtant souhaité le Président-Rapporteur et certains Etats<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> L'absence de consensus sur la question de savoir si les peuples autochtones sont des peuples au sens du droit international et donc titulaires du droit à l'autodétermination est réaffirmée à plusieurs reprises notamment par les Etats-Unis d'Amérique lors des sessions initiales du Groupe de travail.

<sup>526</sup> Fondée sur la méthode de dégagement du consensus, les déclarations du Président-Rapporteur consistent à constater l'absence d'opposition, parmi les déclarations des participants, à ce que le droit à l'autodétermination constitue la pierre angulaire du projet de Déclaration (E/CN.4/2000/84, *doc. cit.*, 6 décembre 1999 (v. note 521 *supra*), §85 p. 16), à ce que tous les peuples jouissent du droit à l'autodétermination (E/CN.4/1998/106, *doc. cit.*, 15 décembre 1997 (v. note 522 *supra*), §44 p. 10), à ce que les peuples autochtones soient titulaires de droits collectifs dont le droit à l'autodétermination (*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 7<sup>e</sup> session, 6 mars 2002, E/CN.4/2002/98, §37 p. 8). Lors de la session de 1998, lors du débat sur le droit à l'autodétermination lié au projet d'article 3, le Président-Rapporteur ne fait état d'aucun Etat opposé de manière inconditionnelle à la reconnaissance aux peuples autochtones d'un droit à l'autodétermination (v. *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> session, 20 janvier 1999, E/CN.4/1999/82, §§68-71 pp. 14-15).

<sup>527</sup> Explications du Président-Rapporteur Luis-Enrique Chávez devant le Conseil des droits de l'homme lors de l'examen du projet de Déclaration, Première session, *Compte-rendu analytique de la 16<sup>e</sup> séance*, 27 juin 2006 (matin), A/HRC/1/SR.16, §43 p. 10 : « A propos des articles sur lesquels le Groupe de travail n'a pu trouver un terrain d'entente, M. Chávez explique que le texte initial de l'article 3, relatif à l'autodétermination, a été conservé car il lui paraît impossible de parvenir à un accord si des modifications y sont apportées. »

<sup>528</sup> Conseil des droits de l'homme, Première session, *Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, 29 juin 2006, A/HRC/1/SR.21, §24-60 p. 5-11. Certaines O.N.G. autochtones ont quant à elles souhaité une adoption par consensus en vue d'assurer le passage des dispositions du texte non obligatoire dans le droit international coutumier (*Compte-rendu analytique de la 17<sup>e</sup> séance*, 27 juin 2006 (après-midi), A/HRC/1/SR.17, §55 p. 10).



Conscient de la difficulté du sujet, le Groupe de travail avait d'abord décidé d'adopter en priorité les projets d'articles susceptibles de recueillir facilement le consensus, repoussant à plus tard l'examen des dispositions controversées. Ainsi, les articles relatifs à l'autodétermination n'ont véritablement commencé que lors de la huitième session tenue en décembre 2002 sous la forme de discussions en groupes informels. Les propositions formulées concernant les alinéas du préambule et les articles de la partie opérative du projet de Déclaration reflètent la perpétuation du rapport de forces entre d'une part un groupe numériquement majoritaire formé des délégations de peuples autochtones et d'une partie des Etats, et d'autre part d'un groupe d'Etats minoritaire mais persistant. Le premier groupe est favorable à une reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, certains Etats souhaitant toutefois limiter ce droit à sa forme interne. Le second groupe tente de résister à la consécration d'un tel droit en recourant à divers moyens. Quelques Etats se sont progressivement rapprochés d'une acceptation du droit en cause à mesure des solutions retenues en matière de garde-fous pour leur intégrité territoriale. Ainsi, le texte final arrêté s'appuie non sur un consensus mais sur le soutien d'une majorité, expresse ou présumé.

Les délégations des peuples autochtones, soutenues par certains Etats, sont unanimes sur la revendication d'un droit inconditionnel des peuples autochtones à l'autodétermination, au plein sens du droit international<sup>529</sup>. Ils rejettent ainsi toute tentative de créer un double standard pour les peuples autochtones revenant à limiter, qualifier ou amoindrir ce droit. Reconnaisant cependant la nécessité d'une certaine souplesse en vue d'atteindre un compromis, certaines délégations autochtones rejoignent les Etats prêts à reconnaître le droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le texte moyennant l'inclusion de dispositions destinées à tenir compte du principe d'intégrité territoriale des Etats dans l'interprétation contextuelle dudit droit. Cette approche apparaît cohérente avec le droit à l'autodétermination comme droit de l'homme et ainsi reconnu comme un droit dont l'application non-absolue et contextuelle implique une interprétation conciliant ce droit avec les autres droits et principes en jeu de la manière la plus harmonieuse possible. Cette souplesse n'aboutit pas à créer un double standard. C'est cette approche qui sera appelée à triompher, impliquant l'affirmation du droit de manière non restrictive dans certains alinéas et articles consacrés, en déplaçant les principes à concilier avec lui et en offrant aux Etats une

---

<sup>529</sup> V. Megan DAVIS, "Indigenous Struggles in Standard-setting: the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*", *Melb. J.I.L.*, tome 9, n° 2, octobre 2008, pp. 449-451 (ou 11-13).

clause de sauvegarde au sein des dispositions générales. Cette séparation spatiale du droit et des principes concurrents dans le texte confirme la dimension essentielle de l'interprétation contextuelle des dispositions du projet de Déclaration. Comme dans tout autre instrument relatif aux droits de l'homme, les dispositions du projet de Déclaration ne sont pas isolables et doivent être interprétées de bonne foi à la lumière des autres dispositions avec lesquelles elles forment un tout indivisible.

Concernant la portée du droit à l'autodétermination consacré principalement par l'article 3, cette considération revêt la plus haute importance car elle rend superflue l'inclusion de limites expresses du droit en question, qui ne sauraient conduire par conséquent qu'à son amoindrissement de manière arbitraire et discriminatoire<sup>530</sup>. Outre cet aspect interprétatif, le caractère relatif du droit des peuples à l'autodétermination comme droit collectif participant des droits fondamentaux de l'homme implique qu'il est limité par d'autres droits de manière générale, sans qu'il soit nécessaire d'y apporter des limitations supplémentaires spécifiques dans le contexte des peuples autochtones<sup>531</sup>. En d'autres termes, les limitations apportées par l'accommodation du droit des peuples à l'autodétermination comme droit relatif avec d'autres droits et principes sont inhérentes à l'application contextuelle de ce droit. Ces limites trouvent à s'appliquer dans tous les cas – à l'exception possible des contextes de décolonisation – et ne saurait s'interpréter comme une limitation discriminatoire propre au contexte des peuples autochtones. En effet, le caractère premier de ce droit parfois affirmé par rapport aux autres droits de l'homme<sup>532</sup> ne saurait cependant l'exempter de la nécessité d'une interprétation harmonieuse avec d'autres principes en jeu.

---

<sup>530</sup> Les délégations autochtones ont ainsi évoqué l'abandon dans les instruments ultérieurs du système de clause générale unique appliqué à l'article 29.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, au profit de limites dites « *cross-cutting* » : « *General Provisions* » of the *Draft U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, soumission conjointe d'O.N.G. autochtones au Groupe de travail, 24 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.2, pp. 11-12 et pp. 16-19.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>532</sup> *Ibid.* V. la réaffirmation par les délégations autochtones de la position selon laquelle le droit des peuples à l'autodétermination constitue la clé de voûte de leurs autres droits et la condition *sine qua non* de leur réalisation. Il a été également soutenu qu'en tant que participant des droits collectifs conditionnant la réalisation des droits individuels, le droit à l'autodétermination ne saurait être limité par ces derniers. Ce sont les droits collectifs qui limitent les droits individuels et envers lesquels on constate l'absence de limitation en droit international (v. notamment le droit à l'autodétermination dans les deux Pactes relatifs aux droits de l'homme de 1966). Les peuples autochtones évoquent l'approche de la Déclaration sur les principes régissant les relations amicales entre Etats de 1970 dont les dispositions visent à équilibrer le droit des peuples à l'autodétermination avec le principe d'intégrité territoriale des Etats, mais non à limiter ce droit (v. déclaration écrite conjointe de trois O.N.G. autochtones à la Commission des droits de l'homme, 8 mars 2004, E/CN.4/2004/NGO/133, pp. 2-3 dénonçant la proposition faite par la Norvège au nom des pays nordiques).

Si ce premier groupe s'accorde sur la nécessité d'assurer la pleine reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sans qualification ni amoindrissement, deux moyens concurrents d'assurer ce résultat dans le texte final se sont fait jour au gré des discussions et propositions d'articles. Le premier moyen consiste à apporter des précisions aux dispositions pertinentes en vue d'écartier toute ambiguïté quant à la nature et à la portée identique du droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones et dans celui des autres peuples. Cette approche vise à verrouiller les dispositions pertinents du texte afin d'en éviter une interprétation détournée par les Etats. Ainsi, consolidant l'alinéa 1 du préambule prévoyant l'égalité des peuples autochtones et des autres peuples au sens du droit international, certaines délégations autochtones ont proposé d'ajouter à l'alinéa 14 sur le droit des peuples à l'autodétermination la mention « et que ce droit s'applique également aux peuples autochtones ». De même, il est proposé de compléter l'alinéa 15 en ajoutant « exercé en conformité avec les principes du droit international, y compris les principes contenus dans la présente Déclaration »<sup>533</sup>. Dans le dispositif, l'article 3 sur le droit à l'autodétermination fait l'objet de propositions visant aux yeux de leurs auteurs à en augmenter la sécurité juridique, telles que l'ajout de la mention « en droit international » ou « conformément avec les normes et traités internationaux », « les peuples autochtones sont pleinement titulaires du droit à l'autodétermination »<sup>534</sup>. Il devient généralement accepté que l'article 31 soit placé immédiatement après l'article 3, devenant l'article 3bis et illustrant des formes spécifiques d'application de l'article 3. Ces deux articles forment ainsi un système prescrivant l'exercice du droit à l'autodétermination. Au nom des Etats nordiques et avec le soutien d'autres Etats, la Norvège a formulé une proposition en trois points à la huitième session du Groupe de travail en 2002, en vue de répondre aux préoccupations de certains Etats. Répondant à cette logique d'ajout, la proposition suggère notamment d'ajouter une référence à la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats dans le quinzième alinéa du préambule et d'explicitier l'article 3<sup>535</sup>.

---

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>534</sup> V. *Déclaration écrite soumise par le mouvement autochtone « Tupaj Amaru » et l'Association mondiale autochtone, organisations non gouvernementales à statut consultatif spécial*, Commission des droits de l'homme, 18 février 1998, E/CN.4/1998/NGO/31, p. 3. Dans cette proposition, l'article 3 devient en outre l'article 1 afin de souligner l'importance première du droit à l'autodétermination. V. aussi la proposition d'autres O.N.G. autochtones sur les mêmes dispositions du texte in E/CN.4/2005/WG.15/CRP.5 (29 novembre 2005).

<sup>535</sup> *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> session, 6 janvier 2003, E/CN.4/2003/92, §19 pp. 4-5 ; Texte amendé proposé par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède et la Suisse in *Informations fournies par les Etats*, 6 septembre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1, alinéa 15 p. 4 et article 3 p. 5, et *Commentaires explicatifs*, 6 septembre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.2. Dans cette version ultérieure de la proposition, la référence à la

La seconde méthode consiste au contraire à épurer les dispositions pertinentes au maximum et à les rapprocher ainsi des énoncés généraux du type notamment de l'article 1 commun aux deux Pactes internationaux de 1966. Selon cette approche, recherchant à amender le texte original le moins possible, tout énoncé trop détaillé serait contre-productif en ce qu'il reviendrait implicitement à qualifier le droit à l'autodétermination, posant ainsi un obstacle à sa pleine application de manière non discriminatoire. Notamment, certaines propositions tendent à calquer le libellé de l'article 3 sur celui de l'article 1 des deux Pactes de 1966 et à refuser l'ajout de toute qualification ou précision. La proposition portée par la Norvège tend à regrouper l'ensemble des articles portant sur l'autonomie et l'autodétermination – articles 3, 31, 19, 20, 21, 30 et 36 – afin d'en renforcer la cohérence systémique, ainsi qu'à supprimer la liste figurant à l'article 31 après « leurs affaires internes et locales »<sup>536</sup> en raison des dangers d'interprétation restrictive liés à une liste par définition non exhaustive. Par la suite, il sera également proposé de supprimer le terme « spécifique » de la proposition « dans l'exercice spécifique de leur droit à l'autodétermination » à l'article 31, visant à éviter toute ambiguïté de nature à encourager la création de double standards. Ce dernier point de la proposition portée par la Norvège sera intégré par le Président-Rapporteur dans le texte amendé malgré un consensus plus étroit que pour les deux autres points de la proposition<sup>537</sup>.

Le groupe d'Etats hostiles à la reconnaissance dans le texte du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ont employé divers moyens répondant généralement à la même logique. Alors que la plupart des Etats ne rejettent pas explicitement le terme d'autodétermination, il s'est en effet principalement agi d'apporter des limites expresses et absolues au contenu de ce droit dans le contexte autochtone en vue de créer un système de

---

Déclaration de 1970 est supplantée par celle à l'article 2 de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993. Ces propositions sont dites refléter les évolutions au sein des travaux du Groupe de travail.

<sup>536</sup> E/CN.4/2003/92, *doc. cit.*, 6 janvier 2003 (v. note 535 *supra*), §19 pp. 4-5 ; E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1, *doc. cit.*, 6 septembre 2004 (v. note 535 *supra*), article 31 pp. 11-12 et *Commentaires explicatifs* (E/CN.4/2004/WG.15/CRP.2, *doc. cit.*, v. note 535 *supra*).

<sup>537</sup> E/CN.4/2003/92, §26 p. 6 ; E/CN.4/2005/WG.15/2 concernant l'alinéa 15 et les articles 3 et 31 ; *Résumé des propositions du président* (M. Luis-Enrique Chávez), 20 décembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.7, pp. 2-4 ; *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 11<sup>e</sup> session, 22 mars 2006, E/CN.4/2006/79, pp. 9 et suivantes ; A/HRC/1/L.3 adopté comme résolution A/HRC/1/2 (29 juin 2006), annexe (texte du projet de Déclaration). A l'inverse, les deux autres points de la proposition de la Norvège recevront un soutien plus large auprès des participants du Groupe de travail mais la référence à la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats et à l'article 2 de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993 ne sera conservée que par une référence indirecte opérée par l'alinéa 15bis (v. A/HRC/1/L.3).

double standard. Cela revient à vider le droit concerné de sa substance et d'en refuser aux autochtones l'application identique à celle du droit existant en droit international<sup>538</sup>. Cette approche semble aller plus loin que la simple limitation de l'autodétermination à son exercice interne dans le cas des peuples autochtones et pose des problèmes en matière de cohérence avec le droit international. Certains Etats ont notamment cherché à qualifier l'emploi du terme « peuples autochtones » par une référence à l'article 1.3 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. de 1989, ou encore à utiliser les dispositions générales pour inclure des limitations expresses au droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Il s'est également agi de créer un double standard en accolant au droit à l'autodétermination des formes d'exercices limitatives<sup>539</sup> ou encore de limiter l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination au cadre constitutionnel et législatif interne des Etats<sup>540</sup>. Généralement, cependant, les Etats inquiets quant à l'incidence pour leur intégrité territoriale d'une reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination se sont bornés à déclarer qu'un tel droit ne reflétait pas le droit international existant. Loin d'être partagée par l'ensemble des Etats, une telle affirmation demeure néanmoins sans préjudice du fait qu'un tel droit pourrait faire l'objet d'un processus d'émergence à la faveur des activités normatives des deux Groupes de travail successifs.

Le texte arrêté par le Groupe de travail et adopté par le Conseil des droits de l'homme fait largement droit aux positions du groupe progressiste au détriment de celles du groupe réservé<sup>541</sup>. Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination y est formulé comme suit :

---

<sup>538</sup> Un exemple synthétisant les efforts des Etats en ce sens est fourni par la compilation des modifications proposées par certains Etats in E/CN.4/2003/92, *doc. cit.*, 6 janvier 2003 (v. note 535 *supra*), annexe p. 16 et suivantes.

<sup>539</sup> V. proposition des Etats-Unis d'Amérique visant à fusionner les articles 3 et 31 (E/CN.4/2003/92, §26 p. 6), et la proposition conjointe de l'Australie, des Etats-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande sur l'autodétermination présentée au Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration, note explicative, 15 décembre 2005.

<sup>540</sup> E/CN.4/2005/WG.15/CRP.2, *doc. cit.*, 24 novembre 2005 (v. note 530 *supra*), section 2.5 pp. 16-19 (limitations spécifiques prévues à l'article 29.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948), section 2.5 pp. 19-22 (limitation au nom de la sécurité nationale), section 2.7 pp. 22-25 (limitation par le droit interne des Etats) ; *Le droit des peuples autochtones à la restitution*, soumission conjointe d'O.N.G., 24 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.4 sur l'article 3 ; E/CN.4/2005/WG.15/CRP.7, *doc. cit.*, 20 décembre 2005 (v. note 537 *supra*) sur l'article 31.

<sup>541</sup> V. texte in A/HRC/1/L.3, annexe (résolution 1/2 du Conseil des droits de l'homme du 29 juin 2006). Le texte se compose d'un préambule de 24 alinéas (présence d'alinéas 6bis, 13bis, 15bis et 18bis) et d'un dispositif de 46 articles (articles 8 et 11 supprimés, ajout des articles 22bis, 26bis et 28bis, déplacement de l'article 31 à l'article 3bis). La structure du dispositif en groupes d'articles constituant plusieurs parties, visible dans la version de 1993, a été abandonnée. Le texte est parrainé par un groupe de 23 Etats, ce qui suggère un degré renforcé d'adhésion de ces Etats aux normes prévues par le texte.

### *Article 3*

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel.

### *Article 3bis (ancien article 31)*

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer de voies et moyens de financer leurs activités autonomes.

L'examen des dispositions prévues dans le texte en vue de ménager le principe d'intégrité territoriale des Etats face au droit des peuples autochtones à l'autodétermination donne la mesure de la défaite des Etats hostiles et, partant, du caractère limité du consensus atteint. La solution finalement retenue prend la forme de clauses de sauvegarde rejetées au sein des dispositions générales, à la fois dans le préambule et dans la partie opérative. Les dispositions en faveur de la protection de l'intégrité territoriale des Etats ne sont ainsi pas mises directement en regard des dispositions relatives au droit à l'autodétermination, si bien qu'il s'agit en définitive de principes devant guider l'interprétation, souple et contextuelle, des droits de l'homme énoncés par le texte dans son ensemble. Ce qui a parfois été présenté comme une exclusion mutuelle entre ces deux principe et droit lors des travaux des deux Groupes de travail cède ici la place à une cohabitation souple<sup>542</sup>. Non seulement les peuples autochtones sont reconnus égaux aux autres peuples en droit international – alinéas 1, 4, 15, article 2 –, mais les seules dispositions de nature à accommoder le droit à l'autodétermination et le principe d'intégrité territoriale des Etats sont générales et relatives, offrant un degré faible de protection : l'alinéa 15bis du préambule précise notamment que « la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les Etats et les peuples autochtones », et l'article 45.1 ne fait référence qu'à la Charte des Nations Unies comme cadre d'application des dispositions de la Déclaration. La référence au principe d'intégrité territoriale de l'Etat, soit expresse soit *via*

---

<sup>542</sup> Pour une étude juridique des formes possibles d'accommodation du droit des peuples à l'autodétermination et du principe d'intégrité territoriale des Etats, v. Antonio CASSESE, *Self-Determination of Peoples : A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 396 p. et Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination – The Accommodation of Conflicting Rights*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Philadelphie, Presses de l'Université de Pennsylvanie, 1996, 552 p.

la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats ou la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993, est supprimée. Il est intéressant de noter qu'une référence expresse sera réintroduite à l'article 46.1 de la version finale de la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale en 2007. L'article 45.2 limite strictement la possibilité de restrictions « aux seules restrictions prévues par la loi, conformément aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. » Autrement dit, ces restrictions ne trouvent pas à s'appliquer au droit des peuples à l'autodétermination.

Cette division parmi les Etats explique le recours du Conseil des droits de l'homme au vote et non à la méthode du consensus pour adopter le texte final arrêté par le Groupe de travail. Le résultat du vote confirme le rapport de forces entre d'une part une majorité numérique confortable incluant la totalité des représentants autochtones, les experts et membres du Groupe de travail ainsi qu'une majorité d'Etats participants, et d'autre part une minorité persistante d'Etats réservés de plus en plus isolés. La Déclaration a ainsi été adoptée par 30 voix pour, 2 voix contre et 12 abstentions, les deux Etats ayant voté contre étant le Canada et la Fédération de Russie<sup>543</sup>. Le vote et l'explication de vote de certains Etats<sup>544</sup> semblent venir comme une surprise compte tenu de leurs positions déclarées auparavant. Si les réserves des deux Etats ayant voté contre étaient bien connues, ces deux Etats ont pourtant réaffirmé à maintes reprises leur soutien au processus d'élaboration du projet de Déclaration. A l'inverse, alors que l'on aurait pu s'attendre à un vote négatif de la part de certains Etats ayant répété leurs réserves de manière plus intransigeante, ceux-ci se sont seulement abstenus lors du vote. Il s'agit notamment de l'Argentine, du Maroc et de l'Ukraine. Mises en regard des réserves maintes fois exprimées par ces Etats, leur abstention peut s'interpréter comme une désolidarisation du groupe d'Etats hostiles contribuant à renforcer le consensus et à isoler un peu plus les Etats ayant voté contre l'adoption du texte. Bien que le vote ait permis de dégager une majorité confortable d'Etats participants en faveur du texte, on peut considérer que la cristallisation d'une opposition conduit à amoindrir la légitimité du texte de 2006 par rapport au texte de 1994 qui avait été adopté par la Sous-Commission par la méthode du consensus.

---

<sup>543</sup> *Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, Conseil des droits de l'homme, 29 juin 2006, A/HRC/1/SR.21 (*doc. cit.*, v. note 528 *supra*), p. 8.

<sup>544</sup> V. comptes-rendus analytiques des 16<sup>e</sup>, 17<sup>e</sup> et 21<sup>e</sup> séances in A/HRC/1/SR.16, A/HRC/1/SR.17 et A/HRC/1/SR.21 (27 et 29 juin 2006).

Preuve que le consensus n'a toujours pas été atteint au sein des Etats en matière d'autodétermination lors de l'adoption du texte par le Conseil des droits de l'homme, la discussion sur le texte renvoyé devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale fait l'objet de déclarations contradictoires sur ce point<sup>545</sup>. Une proposition présentée par le Groupe des Etats d'Afrique visant à repousser l'examen du texte par l'Assemblée générale a été adoptée par une majorité relativement faible<sup>546</sup>, témoignant de l'absence d'une majorité claire sur l'opportunité de poursuivre les consultations sur le texte. Cependant, le nombre d'Etats ayant voté pour la proposition présentée par le Groupe des Etats d'Afrique est supérieur à celui des Etats qui voteront contre l'adoption du projet de Déclaration ou s'abstiendront lors du vote final à l'Assemblée générale. Cela semble indiquer qu'un certain nombre d'Etats, tout en étant favorables à la poursuite des consultations en vue d'aboutir à un consensus quant à un texte susceptible d'être réellement mis en œuvre, sont déjà favorables au texte tel qu'adopté par le Conseil des droits de l'homme. L'abstention massive lors du vote d'adoption de la proposition ainsi amendée en témoigne. Par conséquent, les votes de ces Etats en faveur d'une prolongation des consultations ne peuvent être assimilés purement et simplement à une hostilité au projet de Déclaration. Les consultations supplémentaires verront l'ajout à l'article 46.1 d'une référence expresse à l'intégrité territoriale et à l'unité politique des Etats, renforçant et explicitant ainsi les garanties demandées par certains Etats<sup>547</sup>. Ce développement a probablement permis de réduire l'opposition de la Fédération de Russie, qui avait voté contre l'adoption du projet de Déclaration au Conseil des droits de l'homme en juin 2006 mais s'abstiendra finalement lors du vote à l'Assemblée générale de septembre 2007.

---

<sup>545</sup> *Compte-rendu analytique de la 53<sup>e</sup> séance*, Troisième Commission de l'Assemblée générale, 61<sup>e</sup> session, New-York, Nations Unies, 28 novembre 2006, A/C.3/61/SR.53.

<sup>546</sup> Proposition présentée par la Namibie et reprise dans le document A/C.3/61/L.57/Rev.1, visant à modifier la proposition du document A/C.3/61/L.18/Rev.1 et adoptée par 82 voix pour, 67 voix contre et 25 abstentions. La proposition ainsi amendée a été adoptée par 83 voix pour, zéro voix contre et 91 abstentions.

<sup>547</sup> V. Rapport du Facilitateur S.E. l'ambassadeur Hilario G. Davide, Jr, Représentant permanent de la République des Philippines auprès de l'O.N.U. nommé par la présidente de l'Assemblée générale en vue de tenir des consultations supplémentaires, du 13 juillet 2007, et son supplément du 20 juillet 2007 (requête de l'Australie, du Canada, de la Colombie, du Guyana, de la Nouvelle-Zélande, de la Fédération de Russie et du Suriname). Ces rapports ne sont pas référencés sous une cote officielle. Les tentatives du facilitateur en vue de trouver un terrain d'entente afin d'élargir le consensus ont porté notamment sur les garanties à apporter au texte en matière d'intégrité territoriale des Etats, mais tout en considérant le texte comme un acquis dont aucun retrait n'est envisageable (critères du test proposés au §20 du Rapport). Le résultat suivant une approche hybride mêlant plusieurs propositions confirme une garantie plus modeste (ajout d'une référence expresse à l'intégrité territoriale des Etats à l'article 46.1 du dispositif ainsi qu'à la Déclaration de Vienne de 1993 à l'alinéa 16 du préambule) que les propositions formulées (v. projet de texte amendé proposé dans l'annexe II, option B du Rapport). Dans le Supplément au rapport, le groupe d'Etats soumissionnaire réaffirme ses réserves vis-à-vis de l'autodétermination menaçant selon eux leur intégrité territoriale (annexe I), mais renoncent à rechercher une définition plus précise de la notion de « peuples autochtones » (§4).



L'hostilité étatique a ainsi été considérablement réduite au prix de sa cristallisation autour de certains Etats. Cette condensation de l'opposition peut s'expliquer par le fait qu'au terme des travaux du Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de Déclaration en 2006, la soumission du projet de Déclaration apparaît nettement plus réaliste et plus probable qu'au terme de l'adoption de la version de 1994 par le Groupe de travail sur les populations autochtones. Par conséquent, les Etats ont pu être enclins à considérer les enjeux que représenterait l'adoption imminente d'une telle Déclaration par l'Assemblée générale, et à exprimer leurs préoccupations de manière plus ouverte. Cela ne doit pas cacher le renforcement général du consensus. Dans la mesure où le processus d'élaboration du projet de Déclaration se situe dès ses débuts parmi les activités des Nations Unies en matière d'élaboration de normes, les positions exprimées par les Etats au cours des travaux des Groupes de travail ayant conduit à l'arrêt du texte final doivent être appréhendés dans ce cadre initialement posé, et peuvent être ainsi considérés comme participant de la consolidation progressive d'une *opinio juris* en matière d'existence d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme norme *de lege lata* du droit international coutumier.

## Section 2 – Le rôle accru de l'*opinio juris* dans le processus coutumier en l'espèce

Comme il a été confirmé encore récemment au sein des travaux de la C.D.I. évoquant les doctrines dites modernes du processus coutumier<sup>548</sup>, l'*opinio juris* peut être appelée à jouer un rôle renforcé en devançant la pratique dont elle est appelée à stimuler la consolidation. De cette manière, l'*opinio juris* crée des attentes au sein de la société internationale. Sans adopter le point de vue radical attribuant à la pratique un simple rôle confirmatoire et non constitutif de la norme coutumière, il faut admettre que le cas d'espèce semble propice à un rôle entraînant de l'*opinio juris* sur la consolidation de la pratique sous l'effet du contexte institutionnel<sup>549</sup>.

---

<sup>548</sup> V. *Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, Sir Michael WOOD, Rapporteur spécial, 17 mai 2013, C.D.I., 65<sup>e</sup> session, A/CN.4/663, §98 pp. 56-59, ainsi que les critiques de la théorie dite moderne du processus coutumier à partir du §99 p. 59 ; v. aussi le *Mémoire du Secrétaire général* portant sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, 14 mars 2013, A/CN.4/659, 39 p.

<sup>549</sup> Cette configuration des deux éléments du processus coutumier attribuant à l'*opinio juris* un rôle entraînant sur la structuration de la pratique semble acceptée par la doctrine : Hugh W. A. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Stijhoff, 1972, p. 56 : « *The opinio necessitatis in the early stages is sufficient to create a rule of law, but its continued existence is dependent upon subsequent practice accompanied by opinio juris, failing which the new-born rule will prove a sickly infant and fail to survive for long.* »

*§1 – Assise du processus d’élaboration de la Déclaration sur une pratique existante limitée*

Comme il a été établi au cours du titre précédent, la pratique des sujets du droit international est existante mais encore limitée lors de l’établissement du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1982. Le rôle des Nations Unies en matière de développement du droit international a été renforcé par la multiplication des Groupes de travail en matière d’établissement de normes internationales non seulement en matière de droits des peuples autochtones mais également couvrant divers domaines. Cette activité d’établissement de normes fait elle-même l’objet d’un encadrement juridique, notamment par la résolution 41/120 de l’Assemblée générale de 1986 appliquée notamment par les deux Groupes de travail successifs dans leurs travaux. Cette technique d’établissement des normes au moyen de Groupes de travail sectoriels a semblé atteindre un degré supérieur de formalisation avec l’inventaire de toutes les activités normatives des Nations Unies concernant les droits de l’homme effectué par le Secrétaire général<sup>550</sup>. Il est donc raisonnable de présumer que les déclarations et positions exprimées par les Etats lors des travaux des Groupes de travail participent de la formation et de l’affermissement d’une *opinio juris* générale indépendamment de l’existence éventuelle – et qui fait en l’occurrence défaut – d’une pratique déjà affermie. Le caractère juridiquement non obligatoire des instruments résultant de ces travaux ne suffit pas à balayer la possibilité de l’émergence de normes coutumières<sup>551</sup>. En fait, la longueur du processus d’élaboration – vingt-cinq ans de 1982 à 2007 –, la structuration progressive de la pratique étatique sous l’impulsion du processus d’élaboration, la forte implication des Etats dans les travaux des deux Groupes de travail assumés sans ambiguïté comme activités normatives ainsi que le caractère solennel de la Déclaration finale plaident pour un développement dans ce sens. Le rôle politique de ce genre de résolutions de l’Assemblée générale, créateur d’attentes appelées à pénétrer progressivement dans le droit, est du reste bien établi et confirme la possibilité de l’émergence de l’*opinio juris* sur la base d’une pratique antérieure limitée.

---

<sup>550</sup> Rapport du Secrétaire général établi conformément à la résolution 1994/19 de la Commission des droits de l’homme, 20 décembre 1994, E/CN.4/1995/81, qui inventorie les activités normatives en matière de droits de l’homme et Note du Haut-Commissaire aux droits de l’homme qui en constitue la mise à jour, 18 décembre 1996, E/CN.4/1997/75.

<sup>551</sup> V. l’examen du statut juridique de la Déclaration en relation avec le processus coutumier, pp. 348-368 *infra*.

A – Le Groupe de travail sur les populations autochtones : le cadre de l’*opinio juris*

La mise en œuvre de la partie du mandat du Groupe de travail sur les populations autochtones relative à l’établissement de normes a provoqué au cours des travaux et débats du Groupe l’expression de prises de positions des Etats exprimées par leurs observateurs respectifs. De cette manière, le Groupe de travail semble avoir fonctionné comme réservoir de formation et d’affermisssement de l’*opinio juris*. Dans ce contexte, les comportements constitutifs de la pratique, également évoqués par les Etats devant le Groupe de travail en application de la partie de son mandat relative aux faits nouveaux, sont ainsi lus à la lumière de ces déclarations et prises de positions. Cela met en évidence l’articulation du sentiment de droit affectant les comportements étatiques, comme le montre l’examen de la publicisation des comportements étatiques sous l’effet du cadre institutionnel. Le rôle des deux Groupes de travail ayant été explicite en matière d’élaboration de normes, les déclarations et prises de position des Etats au sein de leurs travaux sont davantage susceptibles de refléter un sentiment de droit ou une opinion juridique sur ce qui « devrait être ». Généralement, cette présomption est renforcée par la formulation juridique de ces prises de position au sein des débats.

Le processus d’élaboration du projet de Déclaration dans le cadre du Groupe de travail sur les populations autochtones voit ainsi l’établissement d’une dynamique atypique où les discussions fournissent le socle d’affermisssement de l’*opinio juris* à travers l’expression de prises de positions. Ce faisant, les débats créent des attentes vis-à-vis des Etats participants<sup>552</sup> qui harmonisent progressivement leur pratique avec ces nouvelles attentes. Cette consolidation de la pratique agit en retour en stimulant l’affermisssement de l’*opinio juris*. Cette logique de cercle vertueux est l’expression de la complémentarité des deux parties du mandat du Groupe de travail qui sont étroitement liées et difficilement séparables, comme c’est également le cas des deux éléments de la doctrine classique du processus coutumier ou encore des notions de codification et de développement du droit international.

---

<sup>552</sup> Ce que rappellent certains Etats tout en anticipant le caractère juridiquement non obligatoire de la Déclaration finale, v. *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l’homme en date du 3 mars 1995*, 1<sup>re</sup> session (José Urrutia, président-rapporteur), 4 janvier 1996, E/CN.4/1996/84, §89 p. 21.

La création d'attentes prend également la forme dans la rédaction du texte de la formulation de droits pour les peuples autochtones assortis d'obligations pour les Etats. La formulation d'obligations pour les Etats dans un texte juridiquement non-obligatoire a été contestée par plusieurs Etats<sup>553</sup> mais sera finalement maintenue. Ce choix renforce la présomption d'affermissement de l'*opinio juris* par la méthode consensuelle. A souligner à cet égard que le projet de Déclaration arrêté par le Groupe de travail sur les populations autochtones a été adopté par la Sous-Commission sans avoir été mis aux voix, ce qui plaide pour un renforcement de la force politique et morale du texte, adopté par consensus. D'une certaine manière, ce texte prend une forme finale car le Groupe de travail établi en 1995 par la Commission des droits de l'homme en vue de rédiger un projet de Déclaration procédera non en amendant le texte du Groupe de travail sur les populations autochtones, mais en s'en inspirant pour établir son propre projet. Bien que les deux versions finalement adoptées<sup>554</sup> présentent de fortes similarités en termes de substance, le caractère statutairement distinct des textes établis par chacun des deux Groupes de travail est loin d'être un simple détail procédural, car il confère au projet de Déclaration de 1993 une valeur durable et assure sa contribution à l'affermissement de l'*opinio juris*, compte tenu de la manière consensuelle dont ce texte a été adopté par des organes hiérarchiquement supérieurs au Groupe de travail. Quelle que soit l'issue des activités du second Groupe de travail et sa capacité à produire un texte final consensuel, le projet de Déclaration de 1993 conserve une existence autonome. Sa légitimité a été reconnue par l'Assemblée générale elle-même<sup>555</sup>.

---

<sup>553</sup> E/CN.4/1997/102, *doc. cit.*, 10 décembre 1996 (v. note 520 *supra*) : Canada (§285 p. 60), Japon (§68 p. 17, §161 p. 34).

<sup>554</sup> D'une part le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones adopté par le Groupe de travail sur les populations autochtones à sa onzième session de 1993 et par la Sous-Commission à sa quarante-sixième session (résolution 1994/45 du 26 août 1994, adoptée sans avoir été mise aux voix, et annexe) sur recommandation de l'Assemblée générale (texte consigné dans le document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 après la procédure de révision technique) ; d'autre part la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 (A/RES/61/295, annexe). Comme partie du mandat attribué au Groupe de travail par la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme du 3 mars 1995 (en son §2), la Commission « [e]ncourage le Groupe de travail à examiner [aux fins de l'élaboration du projet de Déclaration] le projet de déclaration sous tous ses aspects, y compris son champ d'application ».

<sup>555</sup> Comme spécifié, l'Assemblée générale a recommandé à la Sous-Commission d'adopter le texte (v. note 554 *supra*).

B – Le Groupe de travail chargé d’élaborer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones : maturation de l’opinio juris et isolement de l’opposition

Créé comme organe subsidiaire de la Commission des droits de l’homme, le Groupe de travail chargé de la rédaction d’un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones déplace le processus d’élaboration à l’échelon hiérarchique institutionnel supérieur par rapport au Groupe de travail sur les populations autochtones qui est pour sa part un organe subsidiaire de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Les décisions prises dans le cadre du processus d’élaboration au sein du nouveau Groupe de travail à partir de 1995 ont de ce fait une légitimité et un poids renforcés, affectant ainsi plus directement le processus coutumier en cours.

Les travaux du Groupe de travail intersessions chargé de la rédaction d’un projet de Déclaration, au cours de ses onze sessions tenues entre 1995 et 2006, constituent la confirmation et le prolongement des développements examinés précédemment au sein des sessions du Groupe de travail sur les populations autochtones entre 1982 et 1994, tant en termes de positions des Etats et des peuples autochtones que d’évolution du rapport de forces. La revue technique couronnant le processus politique de définition des grandes lignes substantielles du projet de Déclaration confère aux travaux subséquents une dimension plus juridique consistant essentiellement en un affinage de la portée des termes<sup>556</sup>. En d’autres termes, les positions respectives des Etats et des peuples autochtones ainsi que la direction générale du compromis sous l’égide des Nations Unies sont pour l’essentiel déterminés dès 1994. Pour cette raison, les aspects jusqu’alors traités séparément sont abordés ensemble dans l’examen des travaux du Groupe de travail chargé de la rédaction d’un projet de Déclaration.

La méthode de travail des autres Groupes de travail établis par les Nations Unies en matière d’activités normatives dans d’autres domaines confirment cette dynamique d’émergence ou d’affirmation d’une *opinio juris* comme attente de comportement pour l’avenir. Cette méthode semble particulièrement propice à la tendance au renforcement de la place de l’*opinio juris* par rapport à la pratique dans le processus coutumier dans la mesure où

---

<sup>556</sup> V. notamment E/CN.4/1996/84, *doc. cit.*, 4 janvier 1996 (v. note 552 *supra*), §45 pp. 11-12 : « De nombreux gouvernements ont déclaré qu’il fallait faire la lumière sur les ramifications du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes énoncé à l’article 3. Il a été dit que ce n’était pas tant ce droit en soi que sa teneur et les conséquences de son exercice qui étaient source de préoccupation. »

le Groupe de travail tient lieu de tribune au sein de laquelle les positions des Etats sont exprimées, clarifiées, orientées, revues de manière systématique en présence d'un objectif normatif avoué. Qu'il ait trait à la *lex lata* ou à la *lex ferenda*, cet enjeu juridique n'est pas sans affecter les déclarations et opinions formulées, de même que le poids grandissant des organisations non gouvernementales. Sans aller jusqu'à illustrer le modèle de formation radicale de la coutume sauvage<sup>557</sup>, la dynamique de fonctionnement des Groupes de travail semble favoriser en priorité la formulation d'attentes cohérentes et normatives et anticiper ainsi sur les comportements futurs des sujets du droit international<sup>558</sup>.

A cet égard, les travaux des Groupes de travail sont le théâtre d'un débat juridique technique distinct de la pratique des Etats mais constituant la pratique de l'O.N.U. qui influe sur la pratique d'autres organisations internationales ainsi que sur la pratique des Etats. Les travaux en matière d'activités normatives ont pour enjeu de faire naître le sentiment de droit chez les Etats, et participent ainsi de l'affermissement de l'*opinio juris*. Une telle matérialisation de l'*opinio juris* comme attente créée vis-à-vis des Etats par le fait même que l'O.N.U. se saisisse de la question des peuples autochtones est visible dans la résolution 1589 du Conseil économique et social du 21 mai 1971. Ce document témoigne également de la collusion de la pratique et de l'*opinio juris*. En effet, ce texte, qui exprime des invitations et attentes de comportements ultérieurs, peut s'analyser du point de vue de la pratique ou de celui de l'*opinio juris*.

Il semble ainsi que le processus d'élaboration du projet de Déclaration au sein des Nations Unies ait conduit à renforcer la place de l'*opinio juris* au sein du processus coutumier où celle-ci est appelée à jouer un rôle moteur agissant sur la structuration de la pratique à la faveur des dynamiques propres au cadre institutionnel. Au sein du processus d'élaboration du projet de Déclaration, qui matérialise la formulation d'attentes juridiques pour l'avenir, la

---

<sup>557</sup> René-Jean DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 75 ; « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « *soft law* » », in *L'élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, pp. 132 et suivantes.

<sup>558</sup> Déclaration de M. Rodríguez Cuadros au nom du Pérou devant le Conseil des droits de l'homme au moment du vote d'adoption du projet de Déclaration, *Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, 29 juin 2006, A/HRC/1/SR.21, §25 p. 5 : « *While the declaration would not be binding, it would become part of soft law, which gradually gave rise to customary law* ». Les attentes créées apparaissent évidentes si l'on rapproche cette déclaration du débat de la première session du Groupe de travail in E/CN.4/1996/84, *doc. cit.*, 4 janvier 1996 (v. note 552 *supra*), §43 p. 11 : « De nombreux gouvernements étaient d'avis que l'article 3 allait au-delà du droit et de la pratique, tant internationaux que nationaux, attendu qu'il fallait replacer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le contexte historique de la décolonisation. »

place des Etats apparaît restreinte au profit de la société civile autochtone au rôle accru. A la faveur d'un processus participatif remarquablement large, la société civile autochtone appelée à jouer un rôle central dans la formulation de propositions et l'adoption du texte final inclut non seulement des O.N.G. autochtones jouissant du statut consultatif auprès du Conseil économique et social, mais également d'autres O.N.G. autochtones dénuées d'un tel statut et d'experts indépendants. Cette dynamique est particulièrement propice à la maturation de l'*opinio juris* dans la mesure où, acteurs émergents et contestés du droit international, les O.N.G. autochtones disposent par excellence et presque exclusivement de l'outil moral ainsi que de la formulation d'attentes. Ainsi, le triomphe du rapport de forces en faveur des positions soutenues par les délégations autochtones apparaît comme un trait sans précédent et à proprement parler révolutionnaire dans la pratique des Nations Unies. En effet, contre le fonctionnement classique d'une organisation internationale en vertu duquel le droit secrété par ses organes résulte exclusivement de la participation des Etats membres, l'inclusion et le poids de la société civile dans les Groupes de travail a conduit à l'adoption par le principal organe hiérarchique de l'O.N.U. d'un texte *de lege ferenda* affectant le point hautement sensible de la souveraineté des Etats membres qui n'aurait probablement jamais pu voir le jour dans une forme aussi progressiste sous la seule impulsion des Etats membres.

§2 – *Autres développements internationaux contribuant à renforcer l'opinio juris : création d'attentes pour l'avenir*

La création d'attentes comportementales propre au processus coutumier s'est faite également jour en dehors du cadre des activités normatives des Groupes de travail. Dans le cadre de l'O.N.U., plusieurs structures institutionnelles sur les droits des peuples autochtones ont été créées de manière contemporaine aux activités normatives des Groupes de travail (A). En matière conventionnelle, l'O.I.T. a également adopté la Convention n° 169 en 1989 qui contribue au processus coutumier (B). Enfin, d'autres événements et instruments concertés non conventionnels doivent être examinés au titre du processus coutumier (C).

### A – Consolidation du cadre institutionnel au sein de l’O.N.U.

Un premier point doit être souligné au sein même du processus d’élaboration du projet de Déclaration au sein des Groupes de travail. Comme il a été maintes fois répété au sein des travaux, il s’agit non de formuler des aspirations et objectifs à atteindre mais de proclamer des droits minimaux pour les peuples autochtones. Ces droits ne sauraient être inférieurs à ceux déjà assurés par le droit international des droits de l’homme ainsi que par le système des Nations Unies<sup>559</sup>. Si des déclarations apparemment contradictoires ont pu être faites quant à savoir si le processus d’élaboration induit la création de normes nouvelles ou se limite à préciser et clarifier les normes existantes en matière de droits de l’homme dans le contexte spécifique aux peuples autochtones, le processus conduit bien à la création d’attentes nouvelles vis-à-vis des comportements futurs des Etats, comme le montre l’examen des travaux des Groupes de travail successifs sous leurs divers aspects.

La création d’attentes est renforcée par la création d’entités institutionnelles distinctes du Groupe de travail au sein du système des Nations Unies et chargées de divers aspects de la protection des droits des peuples autochtones.

De manière complémentaire à l’activité des Groupes de travail, l’O.N.U. a proclamé, à la demande du Groupe de travail sur les populations autochtones, la Première décennie des peuples autochtones (1995-2004) puis la Deuxième décennie des peuples autochtones (2005-2014). Celles-ci sont le théâtre d’activités spécifiques en matière de droits des peuples autochtones destinées à contribuer à la protection des peuples autochtones et de leurs droits. Cette initiative a contribué à accroître la visibilité des questions autochtones et à consolider les attentes en matière de respect de leurs droits par les Etats. En particulier, la Première décennie a fourni le cadre temporel affectant le processus d’élaboration du projet de Déclaration dans la mesure où la fin de la Première décennie représentait initialement la date butoir pour l’achèvement des travaux du Groupe de travail chargé d’élaborer le projet de Déclaration et pour l’adoption du texte final par l’Assemblée générale. Bien que cet objectif n’ait finalement pas pu être tenu, il a contribué à entretenir la pression sur les Etats en vue de trouver un terrain commun susceptible de conduire à un consensus sur le texte. Ce genre

---

<sup>559</sup> V. Note du Bureau international du travail à la Commission des droits de l’homme à sa 55<sup>e</sup> session (Commentaires sur le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones), 6 février 1995 (E/CN.4/1995/119) corroboré in E/CN.4/2003/NGO/107 (1<sup>er</sup> février 2003). Toutefois, l’alinéa 24 du préambule de la Déclaration de 2007 qualifie celle-ci d’ « idéal à atteindre ».



d'initiative contribue à étendre les questions autochtones au sein des divers organes, programmes et agences des Nations Unies et joue ainsi un rôle catalysant sur le processus coutumier<sup>560</sup>.

La création d'autres institutions au sein du système des Nations Unies destinées à contribuer à la mise en œuvre et au développement des droits des peuples autochtones contribue également à générer des attentes propres au système de *soft law* et, partant, au processus coutumier par la consolidation de l'*opinio juris* puis de la pratique. Sur recommandation du Groupe de travail sur les populations autochtones, l'Instance permanente sur les questions autochtones est créée en 2000 comme organe subsidiaire consultatif du Conseil économique et social<sup>561</sup>, et siège en sessions annuelles depuis mai 2002. En vertu de son mandat, cet organe consultatif est « chargé d'examiner les questions autochtones relevant du mandat du Conseil en matière de développement économique et social, de culture, d'environnement, d'éducation, de santé et de droits de l'homme. »<sup>562</sup> L'exécution de ce mandat s'effectue notamment au moyen de conseils spécialisés et de recommandations ainsi que d'un travail de sensibilisation. Comme il ressort des débats du Groupe de travail sur les populations autochtones, l'un des objectifs présidant à la création de l'Instance est d'assurer un cadre institutionnel permanent en matière de défense et de promotion des droits des peuples autochtones au sein des Nations Unies. L'Instance permanente est assistée dans l'exécution de son mandat par le Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones qui constitue un outil de transversalisation des questions autochtones au sein des diverses agences du système des Nations Unies.

Autre institution au sein du système des Nations Unies, la fonction de Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones est créée par la Commission des droits de l'homme en 2001. Son mandat est défini notamment par la résolution 2001/57 puis remanié par les Résolutions 6/12, 15/14 et 24/9 du Conseil des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial rend compte Conseil des droits de l'homme – avant 2006, à la Commission des droits

---

<sup>560</sup> Cette transversalisation et intégration de la prise en compte des droits des peuples autochtones dans le cadre élargi du système des Nations Unies se confirmera ultérieurement, conduisant à une accélération du processus coutumier. V. partie II, *infra*.

<sup>561</sup> Conseil économique et social, résolution 2000/22 du 28 juillet 2000.

<sup>562</sup> Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de la première session (13-24 mai 2002)*, Conseil économique et social, documents officiels 2002, Supplément n° 23, E/2002/43/Rev.1 – E/CN.19/2002/3/Rev.1, §35 p. 11.

de l'homme<sup>563</sup> – au titre des procédures spéciales. Il soumet ses rapports et communications au Conseil des droits de l'homme et à l'Assemblée générale. Il participe aux réunions annuelles du Mécanisme d'experts et coopère étroitement avec les autres organes subsidiaires du Conseil des droits de l'homme en vue de superviser la mise en œuvre des droits des peuples autochtones et de promouvoir la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones depuis son adoption en 2007. Il ressort que le mandat du Rapporteur spécial contribue à consolider et à élargir le consensus autour des droits des peuples autochtones tels que définis notamment dans la Déclaration. Ce faisant, ce système d'attentes en matière de comportements étatiques ultérieurs est susceptible d'engendrer des obligations et ainsi à faire progressivement passer les normes en cause de la *lex ferenda* à la *lex lata*.

Troisième institution constitutive du cadre institutionnel actuel des Nations Unies en matière de protection et de promotion des droits des peuples autochtones, et ainsi susceptible de consolider le consensus en matière d'autodétermination, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a été créé en 2007 comme organe subsidiaire du Conseil des droits de l'homme<sup>564</sup>. Succédant au Groupe de travail sur les populations autochtones, le Mécanisme d'experts a pour mandat notamment d'assister le Conseil des droits de l'homme en lui fournissant une expertise thématique fondée sur des études et recherches.

La création de ces instances au sein du système des Nations Unies confirme le mouvement d'institutionnalisation de la question autochtone. Les mandats et les procédures de ces instances institutionnelles apparaissent de nature à encourager l'affermissement de l'*opinio juris* qui se répercute à son tour sur la pratique qu'elle structure. Cette dynamique est entraînée par l'interrogation des positions et comportements étatiques par les structures institutionnelles. Ces trois mécanismes institutionnels seront appelés à jouer un rôle catalysant lors de la phase finale du processus coutumier, après l'adoption de la Déclaration<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> En vertu de la Résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 portant création du Conseil des droits de l'homme, celui-ci a assuré la succession des mandats de la Commission des droits de l'homme à compter du 19 juin 2006.

<sup>564</sup> Résolution 6/36 du Conseil des droits de l'homme du 14 décembre 2007 intitulée « Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones ».

<sup>565</sup> V. examen de leur contribution institutionnelle au processus coutumier pp. 511-539 *infra*.

B – La Convention n° 169 de l’O.I.T. et le processus coutumier

La structuration de l’*opinio juris* susceptible de conduire à une systématisation de la pratique est encouragée non seulement la formalisation d’un cadre institutionnel permanent au sein de l’O.N.U. mais également par la pratique d’autres organisations internationales. Notamment, l’élaboration et l’adoption en 1989 de la Convention n° 169 de l’O.I.T.<sup>566</sup> en révision de la Convention n° 107 constitue un développement conventionnel notable eu égard au processus coutumier à l’étude<sup>567</sup>. Si la Convention n° 169 constitue un développement positif en matière de droits des peuples autochtones en ce qu’elle abandonne l’approche assimilationniste de la Convention n° 107, sa contribution au processus coutumier apparaît ambiguë. En effet, loin de reconnaître aux peuples autochtones le droit à l’autodétermination, la Convention adopte au contraire une approche restrictive. L’article 1.3 précise en effet : « L’emploi du terme *peuples* dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s’attacher à ce terme en vertu du droit international. » La reprise de cette clause sera proposée par certains Etats lors des travaux des Groupes de travail en contrepartie de l’emploi des termes « peuples autochtones » ou « autodétermination » dans le texte du projet de Déclaration. Cette démarche, qui aurait eu pour effet de vider ces termes de leur sens, n’a toutefois pas été retenue. Cette approche restrictive a eu peu d’écho et ne semble pas en mesure d’influer négativement sur le processus coutumier au moins pour quatre raisons. Premièrement, comme il a été dit, cette approche n’a pas été retenue dans le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones qui semble au contraire en prendre le contre-pied. Deuxièmement, la Convention n° 169 a été à ce jour ratifiée par un nombre très faible d’Etats, la plupart étant déjà parties à la Convention n° 107, et semble par conséquent

---

<sup>566</sup> *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (C169), O.I.T., adoptée à Genève lors de la 76<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, *R.T.N.U.*, tome 1650, 1991, partie I, p. 383 (traité multilatéral n° 28383). A ce jour, la Convention n° 169 a été ratifiée par 22 Etats : Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Danemark, Equateur, Espagne, Fidji, Guatemala, Honduras, Mexique, Népal, Nicaragua, Norvège, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, République centrafricaine, République dominicaine, Venezuela.

<sup>567</sup> Comme pour la Convention n° 107 de 1957 examinée dans le premier titre *supra*, ce développement conventionnel est de nature à affecter le processus coutumier. La doctrine admet cette possibilité : Richard R. BAXTER, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *B.Y.I.L.*, n° 41, 1965-1966, pp. 275-300 et « Treaties and Custom », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, tome 129, p. 25 ; Anthony D’AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, New-York, Cornell University Press, 1971, chapitre 5 (“Treaties and Custom”), pp. 105-166 ; Luigi FERRARI BRAVO, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, *R.C.A.D.I.*, tome 192, 1985, pp. 233-330 ; Yoram DINSTEIN, “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, *R.C.A.D.I.*, tome 322, 2006, pp. 243-428.

susceptible de n'avoir qu'une incidence limitée en droit international coutumier<sup>568</sup>. Troisièmement, l'O.I.T, qui a participé aux travaux des deux Groupes de travail, a justifié son approche restrictive par le fait qu'elle ne constitue pas le forum adéquat au sein du système des Nations Unies afin de se prononcer sur la question du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. En attestent notamment l'objet spécialisé et les travaux préparatoires de la Convention n° 169, strictement limités aux questions pertinentes en matière de droit du travail. Cette position ne porte ainsi pas préjudice aux opinions qui seraient éventuellement émises sur ce point par d'autres institutions habilitées au sein des Nations Unies<sup>569</sup>. Quatrièmement, enfin, la formulation elle-même du texte de l'article 1.3 de la Convention n° 169 ne se prononce pas sur la question de l'existence d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Au contraire, elle semble plutôt indiquer que la Convention s'abstient de prendre position sur la question dans la mesure où cela n'est pas nécessaire à la réalisation de ses buts. Ainsi, malgré les tentatives d'utilisation par certains Etats, la Convention n° 169 de l'O.I.T. n'offre pas de contradiction avec le processus coutumier à l'étude. Au contraire, elle semble y contribuer en tant que traité international multilatéral, notamment par sa tentative de définition des peuples autochtones à l'article 1.1.b. Bien que la Convention ne contienne aucune référence au terme d'autodétermination, nombre de ses dispositions se rapportent à certains droits identifiés par ailleurs comme constitutifs du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. C'est le cas notamment de l'article 6 portant sur l'obligation de l'Etat de consulter les peuples intéressés en vue d'obtenir leur consentement et de développer les institutions à cette fin, ou encore de l'article 7 prévoyant le droit des peuples intéressés de décider de leurs priorités en matière de développement. Le respect du droit coutumier autochtone est prévu par les articles 8 et 9, et le lien particulier des autochtones avec leurs terres est reconnu aux articles 13 et 14.

Le rôle de la Convention n° 169 dans le processus coutumier semble devoir être limité par le faible nombre de ratifications qu'elle a recueillies à ce jour, mais force est de constater qu'elle a occupé une place certaine au sein des débats des travaux du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration. Elle joue à ce titre le rôle de précurseur, de signe positif

---

<sup>568</sup> C.I.J., *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt, 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 277.

<sup>569</sup> V. *Guide for the application of the Instrument*, observation reprise in *Application of Convention No 169 by Domestic and International Courts in Latin America – A Casebook*, O.I.T., 2009, note 44 p. 92. Par ailleurs, l'O.I.T. a manifesté son soutien au projet de Déclaration : *Renseignements reçus d'organes des Nations Unies, d'institutions spécialisées et d'organisations intergouvernementales*, 2 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/2/Add.1, pp. 2-4.

d'une préoccupation de la société internationale envers les questions autochtones, d'autant plus que ses Etats parties sont des Etats particulièrement intéressés dans le cadre du processus coutumier. C'est dans ce cadre diachronique qu'il convient de replacer la Convention n° 169, comme progrès par rapport à la Convention n° 107 et suivie par d'autres avancées matérialisées par l'élaboration puis l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Il s'agit ainsi d'une étape dans le processus coutumier.

### C – Autres développements de nature à affecter le processus coutumier

D'autres instruments internationaux adoptés durant la période examinée dans le présent titre – entre les années 1970 et 2007 – font référence au droit des peuples à l'autodétermination et en reflètent l'évolution postcoloniale au sein de laquelle les peuples autochtones apparaissent de plus en plus susceptibles de trouver leur place. Sans toujours opérer une référence expresse aux peuples autochtones, ces instruments présentent néanmoins un intérêt. Instruments concertés non-conventionnels non contraignants, ils reflètent plutôt l'évolution de l'*opinio juris* en ouvrant la voie à un rapprochement conceptuel et doctrinal entre les peuples autochtones et le droit des peuples à l'autodétermination en droit international.

Ces instruments proclament un droit des peuples à l'autodétermination couvrant apparemment un spectre de situations plus large que les seules situations de décolonisation. Notamment, tant l'Acte final d'Helsinki de 1975 que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993 confirment le droit de tous les peuples à l'autodétermination tout en semblant reléguer les situations de domination coloniale à un cas parmi d'autres appelant la réalisation de ce droit<sup>570</sup>. En particulier, une reprise de la formulation de la Déclaration de Vienne sera proposée, certes en vain, lors des discussions portant sur le droit à l'autodétermination au sein du Groupe de travail. Cette tendance à l'évolution du droit à l'autodétermination vers un champ d'application plus général se reflète également à la marge, en témoigne la revendication de ce droit par des groupes humains se qualifiant de peuples

---

<sup>570</sup> *Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, 1<sup>er</sup> août 1975, 14 *I.L.M.* 1292 (Déclaration d'Helsinki), section 1 (a) VIII ; *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 25 juin 1993, A/CONF.157/23, section I article 2 p. 5. V. sur ce point Thomas BUERGENTHAL, *Human Rights, International Law, and the Helsinki Accord*, Allanheld, Osmun, 1977, p. 84 et suivantes.

mais se situant hors du contexte colonial<sup>571</sup>. Bien que demeurés marginaux, ces développements représentent autant de tendances à une réinterprétation plus large de la notion de peuple en dehors du contexte colonial, et posent autant de précédents légitimant les revendications des peuples autochtones en termes d'autodétermination.

L'affirmation répétée par les délégations autochtones durant les débats des deux Groupes de travail selon laquelle la reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ne menace pas le principe d'intégrité territoriale des Etats mais au contraire peut conduire à le renforcer semble trouver un fondement dans d'autres instruments plus généraux se référant au respect par les Etats du droit à l'autodétermination comme moyen de renforcer la stabilité des relations internationales<sup>572</sup>. Si cette référence vise ici principalement l'ingérence des Etats dans les affaires intérieures d'autres Etats, il ne faut pas oublier que ce sont les peuples, et non les Etats, qui sont titulaires du droit à l'autodétermination. Par conséquent, le respect par les Etats du droit à l'autodétermination ne saurait exclure les situations où ses titulaires constituent un segment de la population au sein d'un Etat constitué.

Il faut également noter le rôle de l'activisme continu des peuples autochtones et de certaines organisations non gouvernementales de société civile, déjà souligné. Ces initiatives touchent l'ensemble des domaines des relations internationales. Parmi de nombreux autres exemples, les revendications autochtones touchent notamment le domaine économique et

---

<sup>571</sup> *Déclaration universelle sur les droits des peuples* (Alger, 4 juillet 1976), article 5, dans le contexte de l'impérialisme économique et des rapports Nord-Sud ; *Déclaration universelle sur les droits des peuples* adoptée par l'Organisation des nations et peuples non représentés (Tallinn, 17 février 2001), article 1 ; *Déclaration universelle sur les droits collectifs des peuples* (Conférence des nations européennes sans Etat – CONSEU), article 6. Sur le développement postcolonial du droit des peuples à l'autodétermination, v. Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), Alain PELLET, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee – A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », *J.E.D.I.*, tome 3, n° 1, 1992, pp. 178-185.

<sup>572</sup> Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats précitée ; Déclaration d'Helsinki précitée, 1975, section 1 (a) VIII, troisième paragraphe ; Déclaration du Millénaire (Résolution 55/2 de l'Assemblée générale du 8 septembre 2000), §4. Cette relation est également mise en avant dans l'étude du Rapporteur spécial Héctor GROS ESPIELL, *Le droit à l'autodétermination : application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 1980, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, et dans l'étude du Rapporteur spécial Aureliu CRISTESCU, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*), §§14-25 pp. 2-3 (sur le lien entre autodétermination et maintien de la paix internationale). Durant les débats des deux Groupes de travail, les délégations autochtones ont également affirmé le pendant de cette considération, à savoir que c'est précisément le refus des Etats de reconnaître le droit des peuples autochtones à l'autodétermination qui risque de conduire à des situations de conflit dangereuses pour leur intégrité territoriale.

commercial, avec une affirmation par les peuples autochtones de leur droit à l'autodétermination dans l'enceinte de l'Organisation mondiale du commerce<sup>573</sup>.

## Chapitre 2 – L'influence de l'institutionnalisation des activités normatives concernant les peuples autochtones sur le processus coutumier

Comme il a été déjà évoqué, la dimension institutionnelle affecte profondément le processus coutumier à l'étude. Les entités institutionnelles créées au sein de l'O.N.U. en charge d'assurer le respect des droits des peuples autochtones ainsi qu'en matière d'activités normatives reflète une systématisation de l'application et du développement des droits des peuples autochtones fondés sur la norme centrale qu'est le droit à l'autodétermination<sup>574</sup>. En outre, la jurisprudence et les activités de supervision de certains organes subsidiaires de l'O.N.U. suivent une évolution parallèle vers un rapprochement du droit des peuples à l'autodétermination de la *lex lata*. Cette maturation de l'*opinio juris* portée par la dynamique institutionnelle influence la pratique des Etats dont le façonnement par un sentiment de droit devient plus évident.

### Section 1 – Affermissement de l'*opinio juris* au plan institutionnel et systématisation de la pratique des Etats

Jurisprudence et activités de supervision institutionnelles ont avec les aspects examinés précédemment un effet cumulé sur le processus de maturation de l'*opinio juris* (§1).

---

<sup>573</sup> *Déclaration internationale de Cancún des peuples autochtones*, 5<sup>e</sup> Conférence ministérielle de l'O.M.C., Cancún, Quintana Roo, Mexique, 12 septembre 2003, §5 : « Notre droit à l'autodétermination, qui est de déterminer librement notre statut politique et de poursuivre notre développement économique, social et culturel propre, ainsi que nos droits à nos territoires et ressources, à notre savoir autochtone, à nos cultures et identités, est massivement violé. »

<sup>574</sup> E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, *doc. cit.*, 1987 (v. note 210 *supra*), §269 p. 22. Il faut rappeler que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination affirmé au §270 est dans le contexte juridique de l'époque tout au plus une norme *de lege ferenda*. La formule employée au §263 p. 21 atteste du caractère *in statu nascendi* de cette norme à l'époque : « Un autre problème qu'il convient d'examiner, fût-ce de manière préliminaire, est celui de l'autodétermination et de l'autonomie que réclament les groupes, peuples et nations autochtones. » V. aussi le chapitre de l'Etude sur l'autonomie et l'autodétermination autochtone : E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.6 (24 mai 1984), §§148-224 pp. 40-54. Dans le même sens, le Président-Rapporteur du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones déclarera des années plus tard que les diverses études établies par les Rapporteurs spéciaux en matière de droits des peuples autochtones ne comportent aucun élément faisant obstacle à l'existence d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination.

Ce processus influe en retour sur la structuration de la pratique des Etats (§2), conduisant en définitive à affermir un peu plus chacun des deux éléments du processus coutumier.

### *§1 – Jurisprudence et supervision internationales*

Durant la période allant des années 1970 à l'adoption de la Déclaration en 2007, la jurisprudence internationale ainsi que les activités de supervision et de règlement des différends d'organes internationaux contribuent au processus coutumier. En tant que moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international coutumier aux termes de l'article 38.d du Statut de la Cour internationale de Justice, la jurisprudence permet de mesurer l'état de maturation de la norme coutumière et ainsi de refléter le processus coutumier.

#### *A – Jurisprudence internationale*

La pertinence de la jurisprudence internationale dans la détermination des règles coutumières ne fait pas de doute.<sup>575</sup> Au plan général, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice présente certains liens avec le processus coutumier à l'étude. L'arrêt de 1969 rendu en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, dont le raisonnement relatif au droit coutumier s'est imposé comme référence jurisprudentielle majeure en la matière, formule également une observation qui semble pouvoir s'appliquer dans le contexte des activités normatives des deux Groupes de travail et particulièrement aux travaux d'élaboration du projet de Déclaration. Exception faite de la clause sur la délimitation prévue à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, la Cour semble accepter pour le reste du texte la thèse avancée par le Danemark et les Pays-Bas selon laquelle « si avant la conférence le droit du plateau continental n'était qu'embryonnaire et si la pratique des Etats manquait d'uniformité, il n'en restait pas moins que « la définition et la consolidation du droit coutumier en voie de formation s'étaient effectuées grâce aux travaux de la Commission du droit international, aux réactions des gouvernements devant l'œuvre de la Commission et aux débats de la conférence de Genève » et que ce droit coutumier en voie de formation s'était

---

<sup>575</sup> Résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 25 septembre 1931, Journal officiel, supplément spécial, n° 92, 1931, p. 9 et *United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, supplément à l'*A.J.I.L.*, tome 41, n° 4, octobre 1947, p. 110 : « *customary international law [...] should result progressively from the practice of States and the development of international jurisprudence* ».



« cristallisé du fait de l'adoption de la Convention sur le plateau continental par la conférence » ». <sup>576</sup> Bien que les activités normatives des Groupes de travail ne sauraient constituer un cadre aussi formel, et bien que le processus d'élaboration de la Déclaration ait abouti à l'adoption d'un texte par nature *de lege ferenda*, le parallèle des situations demeure crédible si l'on considère l'ensemble du processus d'élaboration et si on garde à l'esprit que l'intention des acteurs était clairement définie en plaçant le processus d'élaboration du projet de Déclaration dans le cadre des « activités normatives » incluses dans le mandat du Groupe de travail sur les populations autochtones.

Centré sur le projet de Déclaration, le mandat unique du second Groupe de travail est quant à lui encore plus clair et dénué de toute ambiguïté : il s'agit bien de définir des normes. Dans ce contexte, le principe de présomption de la bonne foi dans les relations internationales compromet pour simplisme le refus d'accorder tout effet juridique à la Déclaration compte tenu de sa nature non obligatoire. L'examen dans le présent titre des débats et des procédures des deux Groupes de travail au titre de leurs activités normatives semble limiter fortement la thèse selon laquelle les Etats avaient conscience de ne participer à rien de plus qu'à l'élaboration d'un instrument non obligatoire et que, par conséquent, toute tentative d'y voir autre chose constituait un contre-sens hors contexte sur les intentions des Etats. En l'espèce, la nuance porte précisément sur le fait que le processus d'élaboration du projet de Déclaration participe du processus coutumier, c'est-à-dire qu'il en constitue une simple étape et non le relais. Ainsi, indépendamment de leur force juridique, les normes formulées dans le texte sont appréhendées par la présente étude comme distinctes des normes coutumières qu'elles tentent pourtant de formuler <sup>577</sup>.

La jurisprudence de juridictions régionales, en favorisant parfois l'émergence de doctrines régionales en matière de droits des peuples autochtones, joue également un rôle de consolidation de l'*opinio juris* et, par répercussion, de la pratique. Les approches et doctrines régionales – Afrique, Amériques, Europe – sont le signe de l'universalité des droits autochtones ainsi que de leur caractère contextuel et souple. Comme pour le reste des droits

---

<sup>576</sup> C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, §61 p. 39.

<sup>577</sup> Sur l'existence distincte de la norme coutumière et cette fois d'une norme conventionnelle, v. C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, §82 p. 258, et plus généralement le raisonnement de la Cour dans cette affaire.

de l'homme, la mise en œuvre et l'interprétation des droits des peuples autochtones est avant tout une affaire de cohabitation avec les réalités locales.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est prononcée sur certaines affaires portées par des peuples autochtones en lien avec le droit à l'autodétermination.<sup>578</sup> En 2001, la Cour confirme de droit de certaines communautés autochtones du Nicaragua à l'autonomie sur la base de la législation nationale<sup>579</sup>. En 2006, la Cour a reconnu le plein effet du titre autochtone même en l'absence d'une reconnaissance formelle de l'Etat<sup>580</sup>. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est également penchée sur les droits des peuples autochtones à l'autonomie et à l'auto-administration tels qu'envisagés dans la Convention n° 169 de l'O.I.T.<sup>581</sup> et prend note du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.<sup>582</sup> Compte tenu de la constatation déjà faite selon laquelle la Convention ne se prononce pas sur le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et doit s'interpréter sans préjudice d'éventuelles dispositions d'autres instruments internationaux en ce sens, il est possible de présumer que les dispositions prévues par la Convention en matière d'autonomie et d'auto-administration peuvent s'interpréter à la lumière des activités normatives des Nations Unies comme faisant partie de la réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. La Cour apparaît encline à une interprétation large des instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme à la lumière des développements affectant le droit international général<sup>583</sup>, ce qui semble ouvrir la voie à une prise en compte

---

<sup>578</sup> Outre la *Convention interaméricaine des droits de l'homme* du 22 novembre 1969, une Déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones est en cours d'élaboration par l'Organisation des Etats américains. Un projet de cette Déclaration a été approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 26 février 1997. Bien que le texte du projet de Déclaration interaméricaine ne contienne pas expressément le terme d'autodétermination, l'article 15.1 est formulé en ces termes : « *Indigenous peoples have the right to freely determine their political status and freely pursue their economic, social, spiritual and cultural development, and accordingly, they have the right to autonomy or self-government with regard to inter alia...* ». L'énumération qui suit couvre les droits identifiés dans la présente étude comme constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination.

<sup>579</sup> *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, C.I.D.H., arrêt du 31 août 2001 (requête n° 11 577). Le cadre législatif en cause en l'espèce est la loi n° 28, "Statute on Autonomy of the Atlantic Coast Regions of Nicaragua", publiée dans le journal officiel *La Gazette* n° 238 du 30 octobre 1987.

<sup>580</sup> *Communauté autochtone Sawhoyamaya c. Paraguay*, C.I.D.H., arrêt du 29 mars 2006 (requête n° 0322/2001).

<sup>581</sup> *Guide for the application of the Instrument*, observation reprise in *Application of Convention No 169 by Domestic and International Courts in Latin America – A Casebook*, Genève, O.I.T., 2009, 192 p. Ce document, qui examine les jurisprudences de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et des juridictions internes ainsi que les mécanismes régionaux relatifs à l'exécution de la Convention n° 169 en Amérique latine, présente un intérêt incident vis-à-vis du sujet à l'étude.

<sup>582</sup> *Communauté autochtone maya du district de Tolède c. Belize*, 12 octobre 2004, requête n° 12 053, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 p. 727 (2004).

<sup>583</sup> Faisant sienne la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point, la Cour interaméricaine a « *endorsed an interpretation of international human rights instruments that take into account*

du droit à l'autodétermination même lorsque celui-ci n'est pas expressément prévu par la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

Bien que la Commission africaine et l'Union africaine aient déclaré leur préoccupation en faveur de la protection des droits de l'homme en Afrique, celle-ci ne s'est faite que de manière incidente jusque récemment. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi le 27 juin 1981, tout en garantissant aux peuples le « droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination » (art. 20), ne prévoit aucune disposition explicite concernant les peuples autochtones. La situation des peuples autochtones en Afrique semble cependant spécifique compte-tenu de la décolonisation ayant affecté le continent, donnant naissance à des Etats dans lesquels les peuples autochtones sont généralement majoritaires, à l'image notamment de l'Afrique du Sud, du Botswana ou encore du Zimbabwe<sup>584</sup>. A cet égard, l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones semble avoir donné une nouvelle impulsion à l'organisation internationale africaine en la matière<sup>585</sup>. La Commission africaine a pris conscience de la spécificité du problème et a mis en place un Groupe de travail sur les populations/communautés autochtones, qui a rendu son rapport final en 2005<sup>586</sup>. Ce rapport explore l'application du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones dans le contexte spécifique africain. La lecture combinée des différents instruments internationaux et la mise en place d'une Cour africaine des droits de l'homme ouvrent la voie à une protection régionale des droits des peuples autochtones sur le continent africain.

La protection régionale des droits des peuples autochtones s'est faite jour également en Europe. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, bien que ni la Convention européenne de

---

*developments in the corpus juris gentium of international human rights law and in present-day conditions* » (*Mary et Carrie Dann c. Etats-Unis*, affaire n° 11 140, rapport n° 75/02, Comm. I.D.H., 27 décembre 2002, Doc. 5 rev. 1, pp. 860 et suiv. (2002), §96 et note 57). Dans ce rapport, la Commission adopte les conclusions de son rapport préliminaire sur le fond du 29 juillet 2002, faisant ainsi droit dans une large mesure aux revendications foncières des requérants autochtones (§§170-181) qui avaient fondé leur requête en partie sur le droit à l'autodétermination (§§ 63-66).

<sup>584</sup> Cette situation, qui se retrouve dans d'autres régions du monde comme aux îles Fidji ou au Guatemala (peuple maya), a une incidence sur la définition du « peuple autochtone » et illustre son irréductibilité aux minorités nationales. Sur le cas des îles Fidji, v. Martin SCHEININ, « What are Indigenous Peoples ? », in Nazila GHANEA et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Minorities, Peoples and Self-Determination : Essays in Honour of Patrick Thornberry*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 3-13.

<sup>585</sup> V. pp. 535-536 *infra*.

<sup>586</sup> *Rapport du Groupe de travail d'experts de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones*, soumis en application de la « Résolution sur les droits des populations/communautés autochtones en Afrique » adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (C.A.D.H.P.) lors de sa 28<sup>e</sup> session ordinaire en octobre 2000. Rapport adopté par la C.A.D.H.P. en novembre 2003 et publié en 2005 par la C.A.D.H.P. et le Groupe de travail international pour les affaires autochtones (I.W.G.I.A.), 119 p.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950<sup>587</sup> ni la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1<sup>er</sup> février 1995 n'opèrent de référence expresse aux peuples autochtones ou au droit des peuples à l'autodétermination, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se pencher à plusieurs reprises sur des affaires touchant aux droits des peuples autochtones et ayant ainsi un lien avec leur droit à l'autodétermination. Notamment, la décision de 2006 en l'affaire *Hingitq*<sup>588</sup> confirme l'approche qui semble s'être cristallisée au sein des activités des Groupes de travail des Nations Unies en matière de définition du terme « peuple autochtone ». Rejetant en l'espèce la qualité de peuple autochtone des demandeurs, la Cour subordonne son appréciation à une combinaison de critères objectifs et subjectifs. Il a été également parfois suggéré que la jurisprudence de la Cour évolue dans un sens favorable à la reconnaissance de droits collectifs aux minorités nationales<sup>589</sup>, ce qui pourrait par incidence confirmer ceux des peuples autochtones. Dans le cadre de l'Union européenne, en l'absence d'un cadre juridique concernant expressément les peuples autochtones, ce sont les dispositions générales relatives à la protection des minorités nationales qui s'appliquent, avec des références sporadiques aux peuples autochtones<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> Entrée en vigueur le 3 septembre 1953, elle lie les 47 Etats membres du Conseil de l'Europe.

<sup>588</sup> *Hingitq 53 et autres c. Danemark*, décision de la Cour (Première section), C.E.D.H., requête n° 18584/04, 12 janvier 2006.

<sup>589</sup> Florence BENOÎT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim. dr. h.* n° 51, juillet 2002, pp. 563-586.

<sup>590</sup> Document de travail de la Commission européenne du 11 mai 1998 relatif à *l'aide fournie aux peuples indigènes dans le cadre de la politique de coopération au développement de la Communauté et des Etats membres*, SEC(1998) 773 final ; *Les peuples autochtones dans le cadre de la coopération au développement dans la Communauté et les Etats membres*, résolution (13461/98) du Conseil de l'Union européenne, 30 novembre 1998 ; Rapport de la Commission au Conseil, du 11 juin 2002, sur *l'examen des progrès de la coopération avec les populations autochtones*, COM(2002) 291 final, non publié au J.O.U.E., 20 p. ; « Exposé sans détours de l'avis des populations autochtones sur le développement et la mise en œuvre de la politique de l'UE concernant ces populations », conférence, Bruxelles, 18-20 juin 2002, communiqué de presse IP/02/856 du 13 juin 2002 ; *Le consensus européen pour le développement*, Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne intitulée « Le consensus européen », 2006/C 46/01, publiée au J.O.U.E. du 24 février 2006, p. C 46/1, §§ 97, 101, 103 ; *The EU and indigenous peoples' issues*, Soumission de la Commission européenne à l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, 2009, 3 p. De manière peu surprenante, la Cour de Justice des Communautés européennes (aujourd'hui Cour de Justice de l'Union européenne) demeure silencieuse sur la question autochtone.

## B – Activités de supervision internationale

Certaines instances internationales, jouant généralement un rôle de supervision quasi-judiciaire<sup>591</sup>, ont également contribué à affiner la doctrine générale en matière de droit des peuples autochtones à l'autodétermination entre les années 1970 et 2007.

La pratique du Comité des droits de l'homme apparaît comme un facteur influant sur la structuration de la norme émergente<sup>592</sup>. Organe de surveillance du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme a pour mission de superviser la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que de ses protocoles facultatifs. Bien qu'en application du Pacte le Comité soit appelé à se prononcer sur la question plus large de la protection des membres appartenant aux minorités nationales, il a traité à plusieurs reprises de la question autochtone de manière incidente dans ce cadre. Il en ressort une affirmation du caractère distinct des peuples autochtones par rapport aux minorités nationales et la définition pour les premiers d'un cadre juridique qu'il est possible de qualifier d'« *idem plus* », par une pratique de lecture combinée des articles 1 et 27 du Pacte.

La pratique du Comité suggère que les communications soumises par des individus au Comité en vertu de l'article 5 du Protocole facultatif ne peuvent invoquer une violation de l'article 1 du Pacte car seuls les peuples sont titulaires du droit à l'autodétermination, conformément à la lettre du Pacte et au droit international. La place centrale de l'article 1, affirmant un droit des peuples, par contraste avec les autres articles qui suivent et consacrant essentiellement des droits individuels<sup>593</sup>, répond au caractère essentiel et premier du droit des peuples à l'autodétermination pour la réalisation des autres droits de l'homme énoncés par le Pacte. Ainsi, la valeur de l'article 1 apparaît systémique et semble traduire un pouvoir de guider l'interprétation des autres droits. Le Comité n'a accepté de considérer l'article 1 que

---

<sup>591</sup> Yann KERBRAT, « Aspects de droit international général dans la pratique des comités établis au sein des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme (2006-2007) », *A.F.D.I.*, tome 53, Paris, C.N.R.S. Editions, 2007, pp. 594-595.

<sup>592</sup> Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002, p. 124.

<sup>593</sup> Cette distinction de principe entre les peuples et les minorités est réaffirmée à plusieurs reprises par le Comité qui attire l'attention sur les champs d'application distincts des articles 1 et 27 du Pacte. V. *Observation générale n° 12 (21) : article 1 – Le droit des peuples à l'autodétermination*, adoptée le 13 mars 1984 à la 21<sup>e</sup> session du Comité des droits de l'homme ; Commentaire du Comité sur l'article 1 du Pacte, 5 octobre 1984, CCPR/C/21/Add.3 ; *Observation générale n° 23 (50)(art.27)*, 26 avril 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

dans la mesure où il éclaire l'interprétation d'autres articles en cause, en l'espèce l'article 27<sup>594</sup>. Même dans ces cas, il a refusé de s'exprimer sur l'application de l'article 1 aux peuples autochtones, se heurtant généralement aux problèmes de définition du peuple<sup>595</sup>. Un examen de la pratique du Comité dans le cadre de la procédure d'examen périodique de l'application du Pacte par les Etats en vertu de l'article 40 du Pacte clarifie cette position en faveur de l'acceptation expresse par le Comité de l'application du droit des peuples à l'autodétermination aux peuples autochtones<sup>596</sup>.

Autre organe de supervision d'application par les Etats de leurs obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale s'est penché sur la question des peuples autochtones dans le cadre de l'application de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1965<sup>597</sup>. La recommandation n° 21 du Comité portant sur l'autodétermination ne fait aucune référence aux peuples autochtones.<sup>598</sup> Employant le vocable « populations autochtones », la Recommandation générale n° 23 de 1997 aborde la question sous un angle passif limité à la protection contre les discriminations<sup>599</sup>. Cette approche en retrait, moins émancipée que celle du Comité des droits de l'homme par rapport à

---

<sup>594</sup> J.G.A. Diergaardt (*feu le capitaine de la communauté Rehoboth Baster*) et consorts c. Namibie, Communication n° 760/1997, Comité des droits de l'homme, 6 septembre 2000, CCPR/C/69/D/760/1997, §10.3.

<sup>595</sup> Sandra Lovelace c. Canada, Communication n° 24/1977 (R.6/24), 30 juillet 1981, in doc. A/36/40 p. 166 ; Ivan Kitok c. Suède, Communication n° 197/1985, 27 juillet 1988, CCPR/C/33/D/197/1985 ; *Bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication n° 167/1984, 26 mars 1990, in Rapport du Comité des droits de l'homme, vol. II, A/45/40, annexe IX, pp. 1-35 ; *Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, Communication n° 547/1993, 27 octobre 2000, CCPR/C/70/D/547/1993. Pour une analyse de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme en matière de droits culturels autochtones, v. Kamrul HOSSAIN, *The Human Rights Committee on Traditional Cultural Rights : the Case of the Arctic Indigenous Peoples*, Northern Institute for Environmental and Minority Law, Arctic Centre, University of Lapland, 2008.

<sup>596</sup> V. notamment *Observations-conclusions du Comité des droits de l'homme* sur le quatrième rapport périodique soumis par le Canada en vertu de l'article 40 du Pacte, 7 avril 1999, CCPR/C/79/Add.105, §7 p. 2 : tout en accueillant avec satisfaction l'application par le Canada du concept d'autodétermination aux peuples autochtones, le Comité demande davantage de précisions sur la mise en œuvre de l'article 1 du Pacte. Le Comité reformule ainsi son invitation générale faite aux Etats dans son *Commentaire n° 12* du 13 mars 1984 afin que ceux-ci fassent état plus systématiquement de leurs mesures adoptées en application de l'article 1. D'autres invitations du Comité à appliquer le droit des peuples autochtones à l'autodétermination se retrouvent notamment vis-à-vis du Mexique (CCPR/C/79/Add.109, §19 p. 5) ou encore de la Norvège (CCPR/C/79/Add.112, §17 p. 3).

<sup>597</sup> Patrick THORNBERRY, "Integrating the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into CERD practice", in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), pp. 61-91.

<sup>598</sup> *Recommandation générale XXI (48)* du 8 mars 1996 (1147<sup>e</sup> séance), reproduite in *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Assemblée générale, documents officiels, 51<sup>e</sup> session, supplément n° 18 (A/51/18), 30 septembre 1996, annexe VIII B, pp. 133-134.

<sup>599</sup> *Recommandation générale sur les droits des populations autochtones*, adoptée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale à sa 1235<sup>e</sup> séance, le 18 août 1997, in A/52/18, annexe V, pp. 130-131.

celle des droits des membres de minorités nationales<sup>600</sup>, n'oppose cependant aucune contradiction aux développements en cours au sein des autres enceintes des Nations Unies et qu'elle accompagne. La Recommandation couvre néanmoins certains domaines généralement acceptés comme faisant partie du droit des peuples à l'autodétermination, notamment le principe du consentement préalable libre et éclairé et la maîtrise des ressources foncières et naturelles. Il faut mentionner au passage que le Comité a également intégré les questions autochtones dans les procédures d'alerte préalable et d'action urgente, ainsi que dans les mesures spéciales.

Pour l'essentiel, l'examen de la jurisprudence et des activités de supervision des engagements conventionnels ayant trait à la norme à l'étude révèle une évolution au moins compatible et au plus convergente avec le consensus naissant dans le cadre des activités normatives des Groupes de travail. A l'évidence, cette évolution répond dans l'ensemble à l'exigence de prévisibilité posée par la résolution 41/120 de l'Assemblée générale de 1986 en matière d'activités normatives.

## §2 – Une cohérence accrue de la pratique des Etats

Entre le tournant des années 1970, lorsque les Nations Unies se sont saisies de la question autochtone, et l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en 2007, la pratique des Etats en matière d'autodétermination autochtone a considérablement évolué. L'examen révèle une structuration de la pratique par la convergence des comportements étatiques internes<sup>601</sup>. Ceux-ci semblent suivre la cristallisation progressive de la notion d'autodétermination autochtone à l'occasion des discussions sur le projet de Déclaration au sein des deux Groupes de travail. L'appréciation de la trajectoire, du contenu et de la portée de ces comportements internes à la lumière des déclarations faites par les Etats au sein des sessions des Groupes de travail permet de mettre en évidence le lien entre ces comportements et les développements internationaux – au

---

<sup>600</sup> Comparer l'esprit de cette recommandation avec notamment celui de la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, résolution 47/135 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992.

<sup>601</sup> Le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones fait état d'une vague de réformes législatives et constitutionnelles à partir des années 1980 (V. rapports suivants : E/CN.4/2002/97, §§30-33 pp. 13-14, E/CN.4/2006/78, §5 et 7 p. 5, §81 p. 21, §89 p. 22, E/CN.4/2006/78/Add.5, §36 p. 10, A/HRC/9/9, §18 p. 6 et §33 p. 11).

premier chef le processus d'élaboration du projet de Déclaration – et, partant, un certain sentiment de droit guidant les comportements étatiques. Cela conduit à valider l'hypothèse selon laquelle ces comportements reflètent bien l'émergence progressive du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dont ils constituent de nombreux exemples contextuels et imparfaits de mise en œuvre.

*A – Des comportements étatiques internes déterminés par la consolidation de l'opinio juris au sein du processus d'élaboration de la Déclaration*

On peut considérer qu'un comportement étatique donné est concordant avec l'*opinio juris* qui se dégage au sein du processus d'élaboration du projet de Déclaration et participe de la pratique lorsqu'il réalise une forme d'autodétermination interne telle qu'identifiée précédemment, qualifiée ou non comme telle. Les comportements étatiques internes examinés offrent autant d'illustrations d'un exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne, de manière expresse ou non.

Parmi les cas où l'autodétermination autochtone est expressément prévue dans le droit interne, il faut mentionner le cas français de la mise en place d'une autonomie renforcée de la Nouvelle-Calédonie à travers un processus de transfert de compétences. Le processus d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie répond aux demandes autochtones. La Nouvelle-Calédonie est un territoire d'outre-mer de la République Française doté d'un statut autonome particulier, y compris la dévolution progressive et irréversible des compétences du Gouvernement français au Gouvernement néo-calédonien, l'opération d'un sénat coutumier et la création d'une citoyenneté de Nouvelle-Calédonie<sup>602</sup>. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 prévoit la mise en place d'un exercice partagé de la souveraineté. Un référendum doit être tenu après 2014 sur la question de l'indépendance. La France a cité expressément le cas néo-calédonien devant le Groupe de travail comme illustration de son soutien au droit des peuples autochtones à l'autodétermination impliquant un processus de négociation en vue d'un

---

<sup>602</sup> Accords de Matignon (26 juin 1988) et de Nouméa (5 mai 1998) ; loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 4 ; Titre XIII de la Constitution française du 4 octobre 1958. V. aussi le Rapport du Rapporteur spécial sur *la situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6 ; *Rapport d'information* n° 180, par M. Jean-Jacques Hyst, Sénat français, session ordinaire de 1998-1999, annexe au procès-verbal de la séance du 28 janvier 1999, titre premier « Statut civil coutumier et propriété coutumière ».



partage démocratique du pouvoir<sup>603</sup>. Après la reconnaissance de la tribu opérée dès 1867, le clan a été reconnu comme entité juridique à l'occasion de la délibération de l'Assemblée de la Nouvelle-Calédonie du 14 mai 1980.

Les Etats-Unis d'Amérique reconnaissent également expressément le principe d'autodétermination des peuples autochtones au plan interne<sup>604</sup>. Faisant suite à l'*Indian Civil Rights Act of 1968*, l'*Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975* consacre la reconnaissance des peuples autochtones du pays à l'autodétermination et reconnaît les obligations incombant à l'Etat fédéral en vertu des traités conclus avec les peuples autochtones<sup>605</sup>. Ce dernier point, qui consacre un changement de pratique par rapport à la jurisprudence antérieure de l'*Indian Claims Commission*, sera confirmé par la jurisprudence américaine récente<sup>606</sup>. Malgré la tentation de créer un double standard en opérant une distinction artificielle entre l'autodétermination interne des peuples autochtones américains et le droit des peuples à l'autodétermination en droit international, l'évolution de la pratique interne américaine suggère qu'il s'agit bien d'une norme unique<sup>607</sup>.

Territoire autonome comme pays constitutif du Royaume du Danemark, le Groenland représente l'un des exemples les plus aboutis d'exercice par un peuple autochtone du droit à l'autodétermination sous sa forme interne, bien que le processus de dévolution amorcé en 1953 présente de fortes similarités avec le cas néo-calédonien de décolonisation. L'une des étapes majeures du processus durant la période antérieure à l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est l'établissement du *Home Rule* en 1979 par lequel le Groenland obtient une autonomie substantielle au sein du Danemark<sup>608</sup>. Ce processus vers une autonomie toujours plus large s'effectue au profit du peuple autochtone inuit qui a ainsi renforcé son identité et acquis les moyens de contrôler sa destinée. Des

---

<sup>603</sup> *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> session, 6 février 2001, E/CN.4/2001/85, §62 p. 11.

<sup>604</sup> *Position on Indigenous Peoples*, United States National Security Council, 18 janvier 2001, §3.

<sup>605</sup> *Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975*, loi n° 93-638 promulguée le 4 janvier 1975.

<sup>606</sup> *Nation Cherokee d'Oklahoma c. Leavitt*, 1er mars 2005, Cour suprême des Etats-Unis, 543 U.S. 631 (2005).

<sup>607</sup> *Position on Indigenous Peoples*, *doc. cit.*, 18 janvier 2001 (v. note 522 *supra*), §4 ; Président William J. Clinton, "Remarks to American Indian and Alaska Native Tribal Leaders", 29 avril 1994, in *Weekly Compilation of Presidential Documents n° 18*, 9 mai 1994, pp. 941-942, et E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, *doc. cit.*, 13 novembre 1995 (v. note 520 *supra*), p. 9. Cette tendance au double standard a été dénoncée par certaines délégations autochtones lors des travaux des Groupes de travail. En réalité, cette distinction apparaît aller dans le sens de la pratique des Nations Unies dont font état des experts sur la question in *Informations fournies par le Gouvernement du Mexique*, Séminaire international sur le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Patzcuaro, Michoacán, Mexique (26-30 septembre 2005), 29 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.1, p. 3.

<sup>608</sup> *Greenland Home Rule Act*, loi n° 577 du 29 novembre 1978, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1979.

développements similaires affectent les Îles Féroé, autre dépendance du Danemark dont la population autochtone possède la particularité d'être constituée de migrants germaniques. En 2004, un référendum a abouti à une revendication d'accession à l'indépendance, à laquelle le Danemark s'est opposé. Depuis, l'autonomie substantielle de l'archipel s'est renforcée, et seules les questions de Défense relèvent encore de la compétence de Copenhague.

Le Mexique reconnaît le droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne qui est expressément garanti à l'article 2 de la Constitution de 1917 révisée en 2001<sup>609</sup>. En vue d'assurer la mise en œuvre de ce droit, l'Institut national pour les affaires autochtones, créé en 1948, est devenu en 2003 la Commission pour le développement des peuples autochtones.

Dans les cas où le terme autodétermination n'est pas mentionné dans le comportement interne de l'Etat, c'est la lecture combinée de ce comportement avec l'acceptation, souvent qualifiée, du terme par l'Etat dans ses prises de positions au sein des organes pertinents de l'O.N.U. qui permet de présumer *a posteriori* et en vertu du principe de bonne foi qu'il s'agit bien d'une forme d'exercice de l'autodétermination. En Australie, par exemple, les changements internes sont à mettre en regard des nombreuses déclarations d'acceptation de l'emploi du terme « autodétermination » dans le projet de Déclaration et de l'expression d'une position australienne résolument progressive<sup>610</sup>. Au plan interne, un revirement spectaculaire de jurisprudence a lieu en 1992 avec l'arrêt rendu par la Haute Cour en l'affaire *Mabo (n° 2)*<sup>611</sup>. Allant au-delà de l'arrêt *Milirrpum*<sup>612</sup> qui avait exprimé des doutes quant au caractère de *terra nullius* de l'Australie au moment de sa colonisation, l'arrêt *Mabo* affirme l'existence du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* sur le fondement d'une occupation autochtone antérieure et du lien traditionnel avec les territoires. Le titre autochtone est

---

<sup>609</sup> *Mission au Mexique*, additif au rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, 23 décembre 2003, E/CN.4/2004/80/Add.2, §12 p. 6, §§54, 55 et 57 p. 18.

<sup>610</sup> *Self-Determination – The Australian Position*, informations reçues du gouvernement australien, Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 du 3 mars 1995 de la Commission des droits de l'homme, 30 novembre 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.2.

<sup>611</sup> *Mabo c. Etat du Queensland (n°2)*, Haute Cour d'Australie, 3 juin 1992, 175 *C.L.R.* 1, 107 *A.L.R.* 1. V. Lisa STRELEIN, *Compromised Jurisprudence: Native Title Cases since Mabo*, 2<sup>e</sup> édition, 2009, Canberra, Aboriginal Studies Press, pp. 10-23.

<sup>612</sup> *Milirrpum et autres c. Nabalco Pty Ltd*, Cour suprême du Territoire du Nord, 27 avril 1971, [1971] 17 *F.L.R.* 141. Cet arrêt avait été à l'origine de la mise en place de la Commission royale dite Woodward et de la reconnaissance des droits fonciers autochtones dans le Territoire du Nord, notamment par l'adoption de l'*Aboriginal Land Rights Act 1976* le 9 décembre 1976. Ce type de législation foncière est présent dans d'autres Etats fédérés ainsi qu'au niveau fédéral.

susceptible d'extinction par un acte unilatéral explicite de l'Etat, mais les modalités d'extinction ne peuvent pas contrevenir aux dispositions du *Racial Discrimination Act 1975*. Cette décision révolutionnaire aligne l'Australie, qui faisait jusqu'alors figure d'exception, sur les autres juridictions de *Common law* en matière de titre autochtone. Selon le même mode opératif que pour les suites de l'affaire *Milirrpum*, l'arrêt *Mabo (n°2)* est suivi par l'adoption en 1993 du *Native Title Act (Cth)* qui fixe les modalités d'administration de la preuve en vue de déterminer l'existence du titre autochtone<sup>613</sup>. Cette loi établit en outre le Tribunal national du Titre autochtone, une agence gouvernementale fédérale dont la mission est d'établir un registre des terres détenues en vertu du titre autochtone, de régler les différends et d'encadrer l'exercice du titre autochtone par voie de négociations entre l'Etat et les peuples autochtones. L'amendement de cette loi en 1998 ainsi que la jurisprudence australienne ultérieure en matière de titre autochtone<sup>614</sup> semblent confirmer cette reconnaissance tout en laissant subsister un cadre interprétatif relativement restrictif. Dans tous les cas, cette avancée majeure dans la doctrine australienne du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* illustre une forme de réalisation de l'autonomie autochtone interne dans la mesure où la maîtrise des terres autochtones ancestrales conditionne la jouissance d'une forme d'autonomie par les autochtones en termes de développement, de prise de décision et de maîtrise des ressources naturelles. Indice éclairant de l'acceptation progressive de la norme à l'étude, un discours prononcé par un chercheur lors d'un séminaire organisé par le Commissaire à la Justice sociale pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres et l'Association de droit international et promouvant la norme nouvelle semble avoir été relativement accepté par l'Etat puisqu'il a été publié sur le site internet de la Commission australienne des droits de l'homme<sup>615</sup>. Cet indice envoie un signal fort sur la nature toute relative de l'hostilité australienne initiale qui semble porter plus sur les modalités et garanties que sur le principe de la norme à l'étude.

---

<sup>613</sup> Debra FLETCHER, "Australian Native Title", Janine HAYWARD, Nicola R. WHEEN (dir.), *The Waitangi Tribunal – Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi*, Wellington, Bridget Williams Books Limited, 2004, p. 160.

<sup>614</sup> V. Haute Cour d'Australie : *Peuples Wik c. Etat du Queensland*, 23 décembre 1996, 187 C.L.R. 1 ; *Fejo c. Territoire du Nord*, 10 septembre 1998, 195 C.L.R. 96 ; *Commonwealth c. Yarmirr (2000)*, 11 octobre 2001, 168 A.L.R. 426 ; *Etat d'Australie occidentale c. Ben Ward et autres*, 8 août 2002, 191 A.L.R. 1 ; *Communauté aborigène Yorta Yorta c. Etat du Victoria*, 12 décembre 2002, 194 A.L.R. 538.

<sup>615</sup> « Native Title and the Treaty Dialogue », discours du dr. William Jonas, séminaire organisé par le Commissaire à la Justice sociale pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres et l'A.D.I., 10 septembre 2002.

Le Bangladesh et la Bolivie ont également adopté des réformes internes en faveur des droits des peuples autochtones durant la période d'élaboration du projet de Déclaration tout en soutenant l'inclusion du droit à l'autodétermination dans le projet de Déclaration<sup>616</sup>.

Malgré une attitude parfois ambiguë au sein des débats du Groupe de travail, le Canada a également déclaré expressément son soutien à l'idée d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination et s'est estimé dans l'obligation de le respecter<sup>617</sup>. Ainsi les comportements internes canadiens intervenus durant la période d'élaboration du projet de Déclaration s'insèrent-ils dans ce cadre, ce qui permet de présumer qu'ils répondent à un sentiment de droit. Après le papier blanc adopté par le gouvernement en 1969, l'arrêt phare en l'affaire *Calder* de 1973 et la mise en place des traités dits modernes à partir de cette année, la Loi constitutionnelle canadienne de 1982 reconnaît aux peuples autochtones leurs droits existants ancestraux et reconnus par voie de traité. Ces droits seront confirmés par la jurisprudence canadienne interne<sup>618</sup>. Ainsi se trouvent garantis les traités autochtones, les droits fonciers sur la base d'une doctrine large du titre autochtone ainsi que l'autonomie autochtone, politique et économique. Suivant la publication du rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, l'autonomie autochtone s'enrichit d'un exemple territorial avec la création du territoire du Nunavut en 1999. Une Commission vérité et réconciliation du Canada a été mise en place sur le fondement de la *Déclaration de réconciliation* du 7 janvier 1998. Suivant une approche holistique de réconciliation nationale, la Commission est chargée d'élaborer de manière participative des recommandations en matière d'action gouvernementale dans le domaine de l'éducation autochtone<sup>619</sup>. Une Commission sur les revendications particulières des Indiens a été établie en 1991, offrant aux peuples autochtones du Canada une alternative aux recours en justice en matière de revendications particulières. La Commission a présenté annuellement son rapport au Parlement jusqu'à sa fermeture le 31 mars 2009. En 2004 est présenté un projet de loi dans le sens d'une reconnaissance de

---

<sup>616</sup> Bangladesh : E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (v. note 603 *supra*), §69 p. 12 et §98 p. 17. Bolivie : E/CN.4/1997/102, *doc. cit.*, 10 décembre 1996 (v. note 520 *supra*), §42 p. 10 et E/CN.4/2001/85, §98 p. 17.

<sup>617</sup> E/CN.4/1997/102, *doc. cit.*, 10 décembre 1996 (v. note 520 *supra*), §332 p. 69.

<sup>618</sup> V. *inter alia* les affaires *Rex c. Sparrow* (Cour suprême du Canada, arrêt du 31 mai 1990, [1990] 1 R.C.S. 1075), *Delgamuukw* (1997, v. note 633 *infra*), *Rex c. Marshall* (Cour suprême du Canada, affaire composée de deux arrêts : n° 1, 17 septembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 456 et n° 2, 17 novembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 553). Également, la *Loi sur les Indiens 1876* est amendée en 1985 (projet de loi C-31). V. André EMOND, « Le sable dans l'engrenage du droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale », *Revue Juridique Thémis*, Montréal, Éditions Thémis, tome 30, n° 1, 1996, pp. 89-112.

<sup>619</sup> La Commission a compté notamment parmi ses membres des figures proéminentes des droits des peuples autochtones, tel Wilton Littlechild.

l'autonomie gouvernementale<sup>620</sup>. La protection des droits autochtones et le processus de réparation prennent en outre la forme de négociations entre les communautés autochtones et l'Etat *via* une agence dépendant du Ministère en charge des affaires autochtones, illustrant l'autodétermination comme un processus négocié de partage du pouvoir. La jurisprudence canadienne a enfin consacré une obligations formelle incombant au Gouvernement de consulter les peuples autochtones lors de la prise de décision sur des questions les concernant.<sup>621</sup>

La Constitution éthiopienne du 8 décembre 1994 prévoit expressément le droit de tous les peuples du pays à l'autodétermination, y compris un droit de sécession (article 39.1 et 39.4). S'il n'est pas fait expressément référence aux peuples autochtones, ceux-ci semblent pouvoir correspondre à la définition du peuple telle que formulée à l'article 39.5.

Une forme poussée d'autonomie autochtone s'est développée en Finlande, l'un des Etats les plus progressistes en matière de promotion du droit des peuples autochtones à l'autodétermination au sein des Groupes de travail. Le *Reindeer Husbandry Act 1990* oblige l'Etat à tenir des consultations avec les représentants des coopératives d'élevage des rennes lorsqu'il envisage de prendre des mesures concernant des propriétés foncières d'Etat ayant une incidence sur l'élevage des rennes. Le *Sami Parliament Act 1995* a établi le Parlement sami finlandais, succédant au Parlement sami créé en 1972 qui était la première institution sami élue des Etats nordiques. Reconnaisant les Sami comme un peuple autochtone, la Constitution finlandaise prévoit que « [l]e peuple autochtone Sami [...] [a] le droit de conserver et de développer [sa] langue et [sa] culture. Le droit des Samis d'utiliser leur langue maternelle dans leurs rapports avec les autorités est réglé par la loi »<sup>622</sup>. En outre, « il est accordé aux Sami une autonomie relative à leur propre langue et à leur propre culture sur leur territoire »<sup>623</sup>.

Il en va de même en Norvège. L'article 110a de la Constitution de 1814, amendé en 1988, prévoit l'obligation pour l'Etat d'assurer la préservation et le développement de la

---

<sup>620</sup> Projet de loi S-16, 2004. Pour une analyse du contexte, v. le *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. Rodolfo Stavenhagen, lors de sa mission au Canada, 2 décembre 2004, E/CN.4/2005/88/Add.3, et les *Observations conclusives du Comité des droits de l'homme* sur le Canada, 7 avril 1999, CCPR/C/79/Add.105.

<sup>621</sup> *Nation Haida c. Colombie britannique (Ministre des forêts)*, 18 novembre 2004, Cour suprême du Canada, affaire n° 29419, 2004 S.C.C. 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

<sup>622</sup> *Constitution finlandaise 731/1999* (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2000), art. 17.

<sup>623</sup> *Ibid.*, art. 121.

langue, de la culture et du mode de vie du peuple sami. Un cadre en matière de procédures de consultation entre les autorités de l'Etat et le Parlement sami a été conclu le 11 mai 2005. En matière de droits fonciers, il faut noter la loi n° 85 du 17 juin 2005 en matière de relations juridiques et de gestion foncière et des ressources naturelles dans le comté de Finnmark, et l'amendement en 2007 – coïncidant avec la période d'adoption de la Déclaration aux Nations Unies – du *Reindeer Husbandry Act 1978* dans un sens plus favorable aux Sami.

Le Nicaragua, à l'article 5 de sa Constitution de 1987 amendée en 1995, inclut le respect de la libre autodétermination parmi les principes de la nation nicaraguayenne.

En Nouvelle-Zélande, les développements de comportements internes allant dans le sens de l'*opinio juris* en cours de dégagement aux Nations Unies sont considérables. En 1975 est mis en place un processus de réparation avec la création du Tribunal de Waitangi<sup>624</sup>. Contrairement à ce que son nom semble indiquer, le Tribunal de Waitangi est un organe indépendant en charge d'examiner des plaintes et revendications des Māoris concernant des violations du Traité de Waitangi du 6 février 1840 par la Couronne. Sur examen des positions des deux parties, le Tribunal produit un rapport avec le cas échéant des recommandations en matière de réparation. Bien que ses avis soient dénués de force juridique obligatoire, le Tribunal tient compte dans ses raisonnements des dispositions du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones relatives au droit à l'autodétermination, qu'il a mentionnées dans certains de ses rapports<sup>625</sup>. Ce développement anticipe la mise en place d'un cadre de négociations directes entre les Māoris et l'Etat (« *Office of Treaty Settlements* ») en matière de mesures réparatrices, aboutissant à la conclusion d'accords. En l'absence d'une positivité claire du Traité de Waitangi, il est fait recours aux principes du Traité, auxquels il est reconnu une valeur constitutionnelle<sup>626</sup>. Faisant suite à l'adoption du *Te Ture Whenua Māori Act 1993* encadrant les droits fonciers māoris, l'arrêt de la Cour d'appel

---

<sup>624</sup> *Treaty of Waitangi Act 1975*, loi 1975 n° 114 promulguée le 10 octobre 1975.

<sup>625</sup> *The Taranaki Report : Kaupapa Tuatahi* (Wai 143), Tribunal de Waitangi, 30 avril 1996, pp. 17, 266-267 se référant à des articles du projet de Déclaration portant sur l'autodétermination ; *Ko Aotearoa Tēnei – A Report into Claims Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity* (Wai 262), Tribunal de Waitangi, 28 juin 2011, p. 233 prenant acte de la reconnaissance par la Déclaration du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Le Projet de Déclaration fait également partie des documents dont le Tribunal est saisi, notamment dans le cadre de la plainte *Rekohu – A Report on Moriori and Ngati Mutunga Claims in the Chatham Islands*, Wai 64, Tribunal de Waitangi, 25 mai 2001, p. 326.

<sup>626</sup> Les principes du Traité de Waitangi sont identifiés au cas par cas par les tribunaux, v. l'arrêt séminal *Conseil māori de Nouvelle-Zélande c. Avocat-Général*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, 1987, 1 N.Z.L.R. 641. La *Māori Land Court* suit également ces développements.

de 2003 en l'affaire *Ngati Apa*<sup>627</sup> consacre une avancée sur ce plan car il étend la reconnaissance du titre foncier autochtone par la *Māori Land Court* aux zones du littoral et à l'estran marin. Ce développement sera à l'origine de l'adoption du *Foreshore and Seabed Act 2004* remettant en cause cette avancée<sup>628</sup>. Dénoncé par les Nations Unies et notamment par le Rapporteur spécial<sup>629</sup>, ce texte de législation controversé sera finalement abrogé par le *Marine and Coastal Area (Takutai Moana) Act 2011*, suivant le ralliement de la Nouvelle-Zélande à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. En matière de représentation politique, un parti māori est formé en 2004. Le système de quotas de sièges réservés aux māoris est perfectionné par l'introduction en 1996 du système de vote dit de représentation proportionnelle mixte permettant de mieux refléter la structure de la population en termes de représentation.

Le processus coutumier reflète la trajectoire de la nouvelle norme de la non-existence vers l'existence. La rupture dans le cadre juridique opérée par la norme *in statu nascendi* suggère que les comportements indicatifs de cette émergence sont investis d'un poids plus important que les autres comportements dans l'attestation du processus coutumier, attendu qu'il ne s'agit pas pour ces derniers de comportements négatifs imputables à un objecteur persistant<sup>630</sup>. C'est sous cet angle qu'il convient d'aborder également les situations problématiques de cadres juridiques internes restant partiellement inappliqués et pouvant s'interpréter comme autant d'indices atténués de la pratique. Ainsi, l'Association de droit international a cru pouvoir dresser une liste d'Etats au sein desquels une pratique existante, à des degrés certes divers, est avérée en matière de réparation foncière, partie du droit à l'autodétermination<sup>631</sup>. Ainsi, jamais isolable ni visible directement, la norme émergente

---

<sup>627</sup> *Avocat-Général c. Ngati Apa*, arrêt de la Cour d'Appel de Nouvelle-Zélande, 19 juin 2003, 3 *N.Z.L.R.* 643.

<sup>628</sup> *Foreshore and Seabed Act 2004*, loi publique, 2004 n° 93, promulguée le 24 novembre 2004. V. sur ce point Jean-Baptiste MERLIN, *Le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones à travers le processus de redressement en Nouvelle-Zélande depuis 1975*, Mémoire pour l'obtention du diplôme, Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, 2009, pp. 107-114.

<sup>629</sup> *Mission en Nouvelle-Zélande*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, Commission des droits de l'homme, 13 mars 2006, E/CN.4/2006/78/Add.3, §§43-55 pp. 12-15 et §79 pp. 19-20.

<sup>630</sup> Ainsi, il ne s'agit pas de constater une étendue de la pratique à la totalité des Etats de la planète, mais d'en établir le caractère de généralisation progressive, touchant les Etats particulièrement intéressés et représentatifs de la société internationale (v. Karol WOLFKE, *Custom in Present International Law*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 78). Cette approche est également suivie par les travaux d'autorité que l'A.D.I. a menés sur la question, v. son *Rapport final* sur les droits des peuples autochtones, Comité sur les droits des peuples autochtones, Conférence de Sofia (Bulgarie), 75<sup>e</sup> session, 26-30 août 2012, pp. 10-15 (sur la pratique étatique en matière de droits linguistiques), et la *Résolution n° 5/2012 « Droits des peuples autochtones »* accompagnant le rapport.

<sup>631</sup> *Rapport intérimaire*, A.D.I., 74<sup>e</sup> session, Conférence de La Haye sur les droits des peuples autochtones présidée par Siegfried Wiessner (Etats-Unis d'Amérique), 2010, pp. 49-50, citant les Etats suivants : Afrique du

postulée ne peut être que déduite au moyen d'indices. Sa manifestation est indirecte et son existence présumée. Il s'agit donc avant tout de constater une évolution positive et une convergence entre les comportements internes des Etats et la formulation de la norme d'autodétermination pour les peuples autochtones au sein de l'O.N.U., et de constater que ces comportements internes répondent à un sentiment de droit. Une mise en regard des comportements internes des Etats et des activités normatives des Groupes de travail sur le plan chronologique révèle des évolutions convergentes, appelant une forte présomption en faveur de l'émergence d'un sentiment de droit motivant les comportements étatiques internes.

### B – Une manifestation éclatée de la pratique

La pratique sur le sujet montre que l'appréciation de la réalisation effective du droit des peuples à l'autodétermination dans les cas particuliers de décolonisation s'avérait relativement simple, le résultat aisément observable étant en principe l'accession d'un territoire à l'indépendance souveraine. Cette clarté, cette unicité et simplicité de résultat semblent faire en revanche défaut aux situations non coloniales telles les situations des peuples autochtones. Comme il résulte de l'examen de la cristallisation de ce droit, sa manifestation apparaît contingente aux phénomènes d'interprétation contextuelle et de coexistence harmonieuse avec d'autres normes, caractéristiques propres aux droits de l'homme. Le droit à l'autodétermination étant multiforme et à géométrie variable dans son application contextuelle car il dépend des désirs des peuples autochtones concernés, sa mise en œuvre ne répond pas à une liste arrêtée de critères nécessaires, mais s'illustre plutôt dans certains de ses divers aspects désirés par les peuples autochtones parmi les droits constitutifs du droit à l'autodétermination défini au plan international<sup>632</sup>. Ainsi, au moins dans le contexte autochtone, l'exercice du droit à l'autodétermination peut se manifester par la réalisation, en

---

sud, Argentine, Australie, Bangladesh, Belize, Bolivie, Botswana, Brésil, Cambodge, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Equateur, Etats-Unis d'Amérique, Inde, Japon, Laos, Malaisie, Mexique, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Paraguay, Pérou, Philippines, République de Chine (Taïwan), Union européenne, et Venezuela.

<sup>632</sup> Cette interprétation qualitative qui insiste plus sur le processus que sur le résultat fait écho à la distinction opérée par James ANAYA entre l'autodétermination constitutive et l'autodétermination continue, cette dernière désignant le fonctionnement dans la durée (*op. cit.*, 2004 (v. note 40 *supra*), pp. 106-107). Ce modèle offre l'avantage de dépasser la distinction interne/externe de l'autodétermination en plaçant l'accent sur le processus d'acquisition et de réalisation des droits autochtones au sein des institutions négociées. L'aspect continu de l'autodétermination se matérialise aussi au moyen du partenariat entre l'Etat et les peuples autochtones créé par le partage négocié du pouvoir, v. Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de sa cinquième session (15-26 mai 2006)*, Conseil économique et social, documents officiels 2006, Supplément n° 23, E/2006/43 – E/C.19/2006/11, §11 p. 4.



fonction des souhaits des peuples autochtones bénéficiaires, de tous ou certains des droits constitutifs de ce droit<sup>633</sup>. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de constater l'application de la totalité des droits identifiés comme constitutifs du droit à l'autodétermination, mais seulement certains en tant qu'ils sont désignés ou apparaissent comme forme d'exercice de ce droit. Ce qui peut apparaître comme une application partielle et sélective par les Etats des normes constitutives de l'autodétermination reflète en réalité à terme le caractère souple, non-absolu et contextuel de l'application de ce droit de l'homme premier, sa structure en droit-cadre et le caractère de processus que suit sa réalisation. A nouveau, c'est l'ensemble des comportements, leur cohérence, leur complémentarité, leur lien avec la doctrine émergente au sein des Nations Unies et la trajectoire de l'évolution des droits internes qui attestent de la participation de ces comportements à la pratique. Ce trait s'illustre dans les comportements des Etats suivants durant la période d'élaboration du projet de Déclaration.

En Afrique du Sud, le terme « autochtone » apparaît deux fois dans la Constitution postapartheid de 1996 – art. 6 et 26. Le chapitre 12 de la Constitution reconnaît le droit autochtone coutumier traditionnel dans le système juridique sud-africain. La coutume a été confirmée par la Cour constitutionnelle comme faisant partie du cadre constitutionnel<sup>634</sup>. Outre la mise en place de la Commission vérité et réconciliation dans le cadre plus général de la fin de l'*apartheid*, il faut signaler, à partir de 1998, la tenue de négociations entre le gouvernement et les communautés autochtones vulnérables auto-identifiées. Ce processus a donné lieu à la restitution aux autochtones de terres dont ils avaient été dépossédés après le 19 juin 1913<sup>635</sup>. Le processus de restitution foncière voit également la jurisprudence interne se prononcer en faveur des peuples autochtones, ouvrant la voie à la maîtrise de leur destin. A

---

<sup>633</sup> Ce cadre conceptuel opérant une scission entre le droit-cadre et ses droits constitutifs se retrouve dans la jurisprudence canadienne à un autre niveau dans l'approche du Juge Lamer en l'affaire *Delgamuukw c. Colombie britannique*, 11 décembre 1997, Cour suprême du Canada, 154 *D.L.R.* (4th) pp. 240-241. En l'espèce, une distinction systémique était opérée entre le titre autochtone et les activités des peuples autochtones sur le territoire en cause à prendre en compte afin de déterminer l'existence dudit titre. L'application de cette approche au droit à l'autodétermination apparaît ici féconde et fondée dans la doctrine.

<sup>634</sup> *Certification de la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996*, arrêt, Cour constitutionnelle, 6 septembre 1996, affaire 1996 C.C.T. 23/96, [1996] Z.A.C.C. 26, 1996 (4) SA 744 (CC), 1996 (10) *B.C.L.R.* 1253 (CC), annexe 2, principe constitutionnel XIII.

<sup>635</sup> V. notamment le succès de la plainte en restitution foncière présentée par le peuple Khomani San, débouchant sur la conclusion d'un accord avec l'Etat à Askham le 21 mars 1999 : *Mission en Afrique du Sud*, additif au rapport principal du Rapporteur spécial, Rodolfo Stavenhagen, 15 décembre 2005, E/CN.4/2006/78/Add.2, §39 p. 11.

cet égard, l'affaire *Richtersveld*, ayant donné lieu à plusieurs recours en justice, peut être retenue comme précédent d'autorité en la matière<sup>636</sup>.

En Argentine, la valeur opérative de l'article 75.17 de la Constitution de 1853 révisée en 1994 a été rappelé par la jurisprudence<sup>637</sup>. La loi n° 23 302 de 1985 sur la protection des communautés autochtones a créé un Institut national des questions autochtones (I.N.A.I.) chargé d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques en faveur des peuples autochtones. L'I.N.A.I. a créé en 2004 le Conseil de participation autochtone en vue d'assurer l'inclusion des peuples autochtones dans l'élaboration et l'application desdits programmes et politiques, notamment en matière foncière et de services sociaux<sup>638</sup>. En matière foncière, la loi n° 26 160 adoptée en 2006 (art. 3) ordonne la suspension de l'éviction des communautés autochtones des territoires à la propriété contestée en attendant que l'I.N.A.I. en établisse clairement le cadastre<sup>639</sup>. Cette mesure représente une approche préventive de protection des droits fonciers autochtones. En matière d'éducation, la loi n° 26 206 sur l'éducation nationale de 2006 établit un programme d'éducation interculturel bilingue en vue de réaliser le droit des peuples autochtones à l'éducation dans leur langue et culture garanti par la Constitution. Ces développements sont à mettre en regard avec les propos du représentant de l'Argentine sur l'autodétermination dans son explication de vote sur le projet de Déclaration au Conseil des droits de l'homme<sup>640</sup>, ce qui semble suggérer que ces comportements internes constituent des formes d'exercice du droit à l'autodétermination sous sa forme interne.

---

<sup>636</sup> *Communauté Richtersveld et autres c. Alexkor Ltd et un autre*, Land Claims Court, 2001 (3) S.A. 1293 (L.C.C.) et [2001] 4 All S.A. 563 (L.C.C.) ; *Communauté Richtersveld et autres c. Alexkor Ltd et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud*, Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud, 24 mars 2003, affaire n° 488/2001, [2003] Z.A.S.C.A. 14 ; *Alexkor Ltd et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud c. Communauté Richtersveld et autres*, Cour constitutionnelle, 14 octobre 2003, affaire n° C.C.T. 19/03, [2003] Z.A.C.C. 18. Le cadre juridique de cette affaire est la loi n° 22 de 1994 sur les droits à la restitution foncière.

<sup>637</sup> Cour suprême de Justice de la Nation, affaire *Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable* s. amparo, recurso de apelación, 8 septembre 2003. L'article 75.17 de la Constitution attribue au Congrès les compétences suivantes : « Reconnaître la préexistence ethnique et culturelle des peuples autochtones argentins. Garantir le respect de leur identité et le droit à une éducation bilingue et interculturelle ; reconnaître la personnalité juridique de leur communauté et la possession et la propriété communautaires des terres qu'ils occupent par tradition ; déterminer la remise d'autres terres suffisantes et favorables à leur développement humain ; leurs terres sont inaliénables, intransmissibles et insaisissables. Assurer leur participation dans la gestion relative à leurs ressources naturelles et à d'autres intérêts y afférents. Les provinces peuvent exercer concurremment ces attributions ». V. aussi *Informations reçues des gouvernements*, Argentine, 3 août 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2, §4 p. 2.

<sup>638</sup> V. *Situation des peuples autochtones en Argentine*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, 4 juillet 2012, A/HRC/21/47/Add.2, §§11-13 pp. 5-6.

<sup>639</sup> *Ibid.*, §14 p. 6.

<sup>640</sup> *Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, Conseil des droits de l'homme, 1<sup>e</sup> session, 29 juin 2006, A/HRC/1/SR.21 (*doc. cit.*, v. note 528 *supra*), §48 p. 9.

En Bolivie, l'élection en 2005 du président Evo Morales Ayma constitue la première accession d'un autochtone à la fonction de chef d'Etat en Bolivie. Sous son impulsion, une politique ambitieuse en faveur de l'avancement des droits des peuples autochtones a été mise en place, dont notamment les mesures de nationalisation d'entreprises. Des ministres autochtones ont été désignés et les institutions gouvernementales refondues pour donner naissance à un ministère transversal dépendant de la Présidence<sup>641</sup>. Cette approche qui se veut globale illustre l'aspect multidimensionnel du droit à l'autodétermination.

Au Botswana, la Constitution garantit la représentation des huit plus grandes tribus autochtones au sein d'une entité dédiée, la Chambre des Chefs<sup>642</sup>. Cette entité exerce des fonctions consultatives auprès du Parlement et du gouvernement en matière de questions autochtones. En 2001, la Haute Cour du Botswana a déclaré inconstitutionnel le *Cheftainship Act 1933* en raison de son aspect discriminatoire à l'encontre des peuples autochtones<sup>643</sup>.

Au Brésil, la Constitution du 5 octobre 1988 (art. 210.2) garantit le droit des peuples autochtones à leur langue et à leurs méthodes d'enseignement. Le décret présidentiel n° 1775 et le règlement (« *portaria* ») n° 14 du Ministère de la Justice de 1996 ont initié un processus de reconnaissance et de démarcation des terres autochtones. En application de la Constitution, le Code civil amendé en 2002 (loi n° 10 406 du 10 janvier 2002) élimine les discriminations contre les peuples autochtones dans la jouissance des droits civils et politiques. Les politiques du gouvernement touchant aux peuples autochtones sont exécutées par une agence gouvernementale (la F.U.N.A.I.) créée en 1967. Le Brésil a ratifié la Convention n° 169 de L'O.I.T. en 2002 et le décret présidentiel n° 5051 du 19 avril 2004 en a ordonné l'exécution.

Le Chili s'est doté d'une loi complète sur les peuples autochtones en 1993<sup>644</sup>, de manière contemporaine à la finalisation du texte du projet de Déclaration par le Groupe de travail sur les populations autochtones. Cette loi définit et reconnaît les peuples autochtones

---

<sup>641</sup> *Note préliminaire sur la mission en Bolivie*, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, Rodolfo Stavenhagen, 11 décembre 2007, A/HRC/6/15/Add.2, §4 p. 2.

<sup>642</sup> Constitution du Botswana du 30 septembre 1966, sections 77-79. *La situation des peuples autochtones au Botswana*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, 2 juin 2010, A/HRC/15/37/Add.2, §10 pp. 5-6.

<sup>643</sup> *Kamanakao I et autres c. Avocat-Général et un autre*, Haute Cour du Botswana, 23 novembre 2001, (2002) A.H.R.L.R. 35, §64.1. Le titre autochtone et les droits fonciers autochtones sont également reconnus par la jurisprudence, v. *Roy Sesana Keiwa Setlhobogwa et autres c. Avocat-Général*, Haute Cour du Botswana, Misc. n° 52 de 2002, 13 décembre 2006 (faisant référence à certains principes du projet de Déclaration).

<sup>644</sup> Loi autochtone n° 19 253 (« *ley indígena* »), promulguée le 28 septembre 1993.

du Chili comme « les descendants des groupes humains présents sur le territoire national depuis l'époque précolombienne, qui conservent des caractéristiques ethniques et culturelles propres, la terre étant pour eux l'élément central qui fonde leur existence et leur culture »<sup>645</sup>. La loi garantit les droits des peuples autochtones dans des domaines représentatifs de l'autodétermination interne et de l'intégrité autochtone : droit à la participation, droits fonciers, droits culturels et droit au développement<sup>646</sup>. Afin de mettre en œuvre les objectifs de la loi et les politiques en matière autochtone, la loi crée la Corporation nationale du développement autochtone (C.O.N.A.D.I.) comme organisme de service public<sup>647</sup>. Cette entité a un rôle de prise de décision en matière de politiques autochtones et inclut des représentants autochtones. Le bureau du Sous-Secrétaire au Ministère du développement et du plan a mis en place un large programme de développement intitulé « Origines » adressé notamment aux peuples autochtones. Enfin, couronnant ce renouveau des relations entre l'Etat et les autochtones, le gouvernement a mis en place une Commission de la vérité historique et de la nouvelle donne.

En Colombie, la Constitution de 1991 consacre la reconnaissance de certains droits autochtones qui ont été précédemment identifiés comme constitutifs du droit à l'autodétermination, lui-même cité à l'article 9. La loi n° 160 de 1994 adoptée en application de la Constitution octroie des terres aux communautés autochtones. A cet égard, les *Resguardos* sont constitués des territoires autochtones de propriété collective. Le droit au consentement libre et éclairé est également matérialisé par la tenue de consultations préalables en vertu de la Convention n° 169 de l'O.I.T. dont la Colombie est membre<sup>648</sup>. En outre, les juridictions ont consacré la reconnaissance du droit à l'intégrité ethnique et culturelle de dimension collective non individualisable<sup>649</sup>.

---

<sup>645</sup> Loi autochtone n° 19 253, art. 1.1.

<sup>646</sup> *Mission au Chili*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2003/56 de la Commission des droits de l'homme, 60<sup>e</sup> session, 17 novembre 2003, E/CN.4/2004/80/Add.3, §13 p. 7.

<sup>647</sup> Loi autochtone n° 19 253, art. 38-42.

<sup>648</sup> V. Explication de vote présentée par M. Montoya au nom de la Colombie concernant le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Assemblée générale, A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 18.

<sup>649</sup> *Communauté autochtone – Consultation préalable/Action de protection – Mécanisme judiciaire pour la consultation des peuples autochtones*, arrêt SU.383/03, Cour constitutionnelle, 13 mai 2003. Cet arrêt, qui consacre une grande partie de son raisonnement au droit à la consultation préalable, fait explicitement référence à l'autodétermination autochtone entendue comme un droit.

Ayant ratifié la Convention n° 169 de l'O.I.T. en 1992, le Costa Rica s'est doté d'une loi autochtone en 1997 qui confère aux peuples autochtones un droit à la territorialité. Le droit coutumier autochtone jouit d'un statut constitutionnel.

En Equateur, la Constitution reconnaît les droits collectifs des peuples autochtones depuis 1998<sup>650</sup>. Au Guatemala, les peuples autochtones du pays ont été reconnus par l'Accord de 1995 sur l'identité et les droits des populations autochtones. L'article 66 de la Constitution de 1985 prévoit que l'Etat doit reconnaître, respecter et promouvoir les modes de vie, coutumes, traditions et formes d'organisation sociale des peuples autochtones, y compris le respect des traditions coutumières autochtones.

En Malaisie, la jurisprudence interne a consacré la reconnaissance du titre autochtone à partir de 1997<sup>651</sup>.

En Namibie, le droit coutumier autochtone est incorporé dans l'ordre juridique interne de l'Etat par l'article 66.1 de la Constitution de février 1990 affirmant que le droit coutumier et le droit commun sont tous deux valides tant qu'ils ne sont pas en conflit avec la Constitution ou d'autres lois statutaires<sup>652</sup>. La loi sur les autorités traditionnelles (loi n° 25 du 21 décembre 2000, section 3) confirme et complète cet aspect. Ce régime suggère une certaine forme de reconnaissance de l'autodétermination autochtone qui tairait son nom car par leurs coutumes, les peuples autochtones conservent le contrôle sur leurs destinées. Alors qu'elle finira par voter en faveur de l'adoption du projet de Déclaration à l'Assemblée générale en septembre 2007, c'est la Namibie qui avait présenté en novembre 2006 la demande au nom du Groupe des Etats africains en vue de repousser l'adoption finale du texte afin de mener des consultations supplémentaires propres à dégager un consensus le plus large possible. A cet égard, elle avait attiré l'attention de la Troisième Commission de l'Assemblée générale sur la forte abstention des Etats africains lors du vote d'adoption du projet de

---

<sup>650</sup> E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (v. note 603 *supra*), §102 p. 18.

<sup>651</sup> *Adong bin Kuwau et autres c. Kerajaan Negeri Johor et un autre*, Haute Cour de Jahor, injonction initiale n° 24-828-94, 21 novembre 1996, [1997] 1 *M.L.J.* 418 ; *Nor Anak Nyawai et autres c. Borneo Pulp Plantation Sdn Bhd et autres*, Haute Cour de Malaisie, [2001] 6 *M.L.J.* 241 ; *Sagong bin Tasi et autres c. Kerajaan Negeri Selangor et autres*, Haute Cour de Malaisie, [2002] 2 *M.L.J.* 591 ; Peter CROOK, « After Adong : The Emerging Doctrine of Native Title in Malaysia », *Journal of Malaysian and Comparative Law*, tome 32, n° 1, 2005, p. 71.

<sup>652</sup> *La situation des peuples autochtones en Namibie*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 25 juin 2013, A/HRC/24/41/Add.1, §14 p. 6.

Déclaration par le Conseil des droits de l'homme en juin 2006, qu'elle avait justifié par le fait que le texte était incompatible avec les dispositions constitutionnelles de nombreux Etats<sup>653</sup>.

Au Népal, les premières politiques autochtones ont été mises en place en 1997. Elles aboutissent à l'adoption en 2002 de la loi instaurant la Fondation pour le développement des nationalités autochtones qui constitue la première politique et le premier cadre institutionnel complets concernant les peuples autochtones. Sans se référer expressément aux peuples autochtones, certaines dispositions constitutionnelles et législatives<sup>654</sup> offrent un cadre général pour la protection des droits des peuples autochtones du Népal.

Aux Philippines, la Constitution de 1987 représente un progrès par rapport à l'approche assimilationniste du cadre juridique antérieur. Notamment, l'article II section 22 « reconnaît et promeut les droits des communautés culturelles autochtones dans le cadre de l'unité nationale et du développement ». Les terres ancestrales, la culture, les traditions et institutions autochtones sont également protégées<sup>655</sup>. La loi sur les droits des peuples autochtones du 29 octobre 1997 (RA8371) codifie les droits autochtones en s'appuyant sur la Constitution, reconnaissant notamment le droit autochtone coutumier. Cette loi porte également création de la Commission nationale sur les peuples autochtones (N.C.I.P.).

La Fédération de Russie a admis implicitement devant le Groupe de travail l'existence du droit à l'autodétermination dans son exercice interne pour les peuples autochtones dans son ordre juridique interne<sup>656</sup>. Il faut ajouter que l'abstention de la Fédération de Russie lors du vote de septembre 2007 suit un vote négatif en juin 2006 pour lequel l'autodétermination *per se* ne semblait pas être en cause, mais plutôt l'insuffisance des clauses de protection de l'intégrité territoriale<sup>657</sup>. L'article 69 de la Constitution russe du 12 décembre 1993 garantit

---

<sup>653</sup> Déclaration de M. Mbuende (Namibie) au nom du Groupe des Etats d'Afrique, Troisième Commission de l'Assemblée générale, *Compte-rendu analytique de la 53<sup>e</sup> séance*, 28 novembre 2006, A/C.3/61/SR.53, §27 p. 6.

<sup>654</sup> Notamment la loi de 2055 sur l'auto-administration locale, 1999.

<sup>655</sup> *Visite aux Philippines*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission des droits de l'homme, 5 mars 2003, E/CN.4/2003/90/Add.3, §10 p. 9.

<sup>656</sup> Compte-rendu de la déclaration du représentant de la Fédération de Russie lors de la 6<sup>e</sup> session du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration, E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (v. note 603 *supra*), §90 p. 16.

<sup>657</sup> Notamment, tout en tentant de délimiter l'exercice de l'autodétermination à sa forme interne, la Fédération de Russie semblait pourtant bien en accepter la formulation, v. la proposition faite pour l'article 3bis §2 in E/CN.4/2006/79, *doc. cit.*, 22 mars 2006 (v. note 537 *supra*), p. 19. Pour comparaison et bien que de sincérité douteuse, l'article 72 de la Constitution de l'U.R.S.S. du 7 octobre 1977 autorisait expressément la sécession des Républiques fédérées.

les droits des peuples autochtones « en conformité avec les principes généralement reconnus et les normes du droit international ». Cela suggère que la Russie peut être liée par des normes auxquelles elle n'a pas expressément souscrit, ce qui fournit un éclairage précieux sur la portée de l'abstention de cet Etat lors du vote final d'adoption de la Déclaration devant l'Assemblée générale. La définition juridique des peuples autochtones en droit interne russe impose un caractère de faiblesse numérique qui apparaît dans l'appellation même de « *korennye malochislennye narody* » – « *коренные малочисленные народы* » – officiellement employée. Ce qui pourrait apparaître comme une restriction malheureuse semble être dû en réalité aux circonstances propres à la démographie russe et ne pose pas de problème particulier en matière de discrimination. Du reste, la Fédération de Russie accepte l'emploi dans le cadre international de l'expression « peuples autochtones » tout en conservant dans son ordre juridique interne, à l'image de nombreux autres Etats, l'appellation de son choix. Complétant les dispositions constitutionnelles, plusieurs lois présentent un intérêt notable vis-à-vis de la pratique du processus coutumier à l'étude. Plusieurs formes possibles d'autonomie sont garanties aux peuples autochtones par la loi de 2000 sur les principes généraux d'organisation des « *obshchinas* » (clans ou communautés de type clanique) des peuples autochtones peu nombreux du nord, de Sibérie et des régions orientales de la Fédération de Russie. Les Nénets et les Chukchs ont leurs districts – « *okrug* » – autonomes respectifs garantis par la Constitution (art. 65). Concernant le droit aux ressources naturelles et aux territoires ancestraux, il faut noter la loi de 1999 sur les garanties des droits des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie ainsi que la loi de 2001 sur les territoires d'utilisation traditionnelle naturelle par les peuples autochtones peu nombreux du nord, de Sibérie et des régions orientales de la Fédération de Russie. Un problème persistant en Fédération de Russie est la faible application des lois en vigueur<sup>658</sup>, ce qui conduit à nuancer l'appréciation du cadre juridique en place.

En Suède, la loi n° 437 de 1971 sur les pâturages des rennes (« *Rennäringslag* ») reconnaît le droit des Sami d'utiliser les pâturages et l'eau pour eux-mêmes ou pour leurs rennes dans certaines zones géographiques définies par la loi. Le gouvernement a mis en place la Commission suédoise sur les questions autochtones en 1983. La loi sur le Parlement sami

---

<sup>658</sup> *Situation des peuples autochtones en Fédération de Russie*, additif au rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 23 juin 2010, A/HRC/15/37/Add.5, §79 p. 19.

(n° 1433 de 1992) a établi le Parlement sami suédois avec pour principale fonction de « superviser les questions relatives à la culture sami en Suède. »

L'examen des comportements internes des Etats, eu égard notamment à la dimension chronologique et aux déclarations faites devant les Groupes de travail, révèle une coïncidence chronologique entre la période du processus d'élaboration du projet de Déclaration et l'adoption des réformes internes de nombreux Etats. Ceux-ci en font souvent état au cours des discussions des Groupes de travail, ce qui suggère que les réformes entreprises répondent aux incitations des institutions internationales, et conditionnent en retour les déclarations internationales des Etats au sein des Groupes de travail. Le fait que les Etats signalent ainsi leurs réformes et mesures internes devant les forums internationaux semble suggérer qu'un certain sentiment de droit anime ces réformes internes. Se matérialise ici le phénomène de systématisation de la pratique étatique sous l'effet institutionnel. Exemples parmi d'autres, la résolution 1589 (L) – art. 4 – du Conseil économique et social de 1971 et le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones incitent à la systématisation des comportements étatiques en formulant des demandes et invitations aux Etats d'adopter ou de revoir leurs législations internes. Cette supervision institutionnelle des comportements étatiques a pour effet de dépasser les limites posées par le cadre étatique et de confirmer la destruction du domaine réservé des Etats, du moins en matière de droits de l'homme. Les développements internes reflètent la direction du consensus naissant au sein de l'O.N.U. et répondent ainsi à un sentiment de droit.

## Section 2 – Dynamiques institutionnelles et incitation envers les Etats à clarifier et à juridiciser leur position : affermissement de l'*opinio juris*

L'inscription du processus coutumier dans le cadre institutionnel de l'O.N.U. lui confère certaines dynamiques propres à en accélérer la vitesse et à en renforcer la cohérence et la visibilité, tant en termes de pratique que d'*opinio juris*. Outre certains aspects de l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier déjà relevés jusqu'à présent, plusieurs éléments semblent devoir faire l'objet d'un examen particulier, dans la mesure où l'institutionnalisation du processus coutumier à partir des années 1970 apparaît bien dans le cas à l'étude comme un de ses traits majeurs duquel dépend, pour une grande



part, le résultat ultime qui est le passage de la norme émergente de la *lex ferenda* vers la *lex lata*.

Il apparaît ici deux tendances. D'une part, la plate-forme commune fournie par la dimension institutionnelle stimule la publicisation des comportements étatiques, des réactions et des prises de positions. D'autre part, les changements intervenus dans les relations internationales depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle et l'ouverture des organisations internationales à des acteurs non-étatiques et à la société civile contribuent à faire perdre aux Etats leur position de monopole de décision habituel au sein de ces organisations pourtant interétatiques. Cela semble avoir une incidence notable sur l'*opinio juris* dont la structuration ne dépend plus seulement des Etats. La relation de façonnement mutuel constatée plus tôt entre la pratique et l'*opinio juris*, particulièrement dans le cadre institutionnel, assoit par répercussion le rôle des acteurs de société civile dans la structuration de la pratique.

#### *§1 – Publicisation des comportements et opinio juris*

Le rapport entre la publicisation des comportements étatiques dans l'enceinte institutionnelle et la consolidation de l'*opinio juris* – et, par répercussion, la consolidation de la pratique – semble se produire par le truchement de la responsabilisation<sup>659</sup> des Etats.

#### *A – Rôle de la publicisation des comportements étatiques : responsabilisation des Etats*

Le caractère public des déclarations, prises de positions et réactions des Etats découlant de l'enceinte commune dans laquelle ils participent ensemble aux travaux d'élaboration de normes est appelé à jouer un rôle de catalyse quant à la consolidation de l'*opinio juris* et de la pratique. L'examen des débats des travaux des deux Groupes de travail

---

<sup>659</sup> Le terme anglais « *accountability* » rend mieux compte du phénomène que le français « responsabilité ». Il ne s'agit pas de la responsabilité au sens de celle susceptible d'être engagée pour fait illicite commis par l'Etat, mais seulement du phénomène psychologique conduisant les délégations des Etats à s'expliquer, à rendre des comptes sur leurs comportements.

montre que les Etats se révèlent sensibles à la critique de leurs comportements<sup>660</sup>. Se trouvant au sein d'un forum commun, ils ne peuvent empêcher la critique et n'ont alors d'autre choix que de se retirer des travaux ou de répondre en se justifiant, et, partant, de participer au débat. Parmi de nombreux exemples fournis par les rapports, les documents de travail, les déclarations et les comptes-rendus de séance, il faut en mentionner quelques-uns qui apparaissent particulièrement évidents et représentatifs du phénomène de responsabilisation provoqué par la publicité.

Certains Etats, à l'image de l'Argentine, de la Chine et du Maroc, dénoncent les déclarations d'autres Etats qui semblent pouvoir être interprétées comme des critiques à leur encontre. Leur réaction peut parfois prendre la forme d'une justification de leurs comportements face à la critique publique, mais cette stratégie conduit à fragiliser la position de ces Etats avec le temps. Il faut noter au passage que les critiques faisant l'objet de réaction d'Etats proviennent majoritairement d'autres Etats. Les Etats semblent en revanche accorder moins d'importance aux critiques, pourtant parfois virulentes, formulées par des organisations non-gouvernementales autochtones à l'encontre de leurs politiques, dénonçant le double langage parfois employé par certains Etats. Ils se contentent alors de remettre en cause la légitimité et la représentativité des O.N.G. en cause. Cette relative indifférence peut s'expliquer par la conception traditionnelle, mais déjà en voie d'être dépassée à l'époque, d'un droit international fait par les Etats pour les Etats. Le rôle essentiel pourtant joué par la société civile dans le processus d'élaboration du projet de Déclaration et le texte final arrêté révèlent cependant l'écart entre cette position traditionnelle et la réalité naissante. Les Etats réservés se sont trouvés dépassés par l'évolution de la situation, particulièrement vers la fin du processus d'élaboration, en raison de leur manque d'anticipation de l'évolution du rapport de forces entre Etats et société civile<sup>661</sup>.

---

<sup>660</sup> Pour des descriptions de l'atmosphère générale des travaux des Groupes de travail, v. Erica-Irene DAES, *op. cit.*, 2008 (v. note 311 *supra*) ; « The United Nations and Indigenous Peoples from 1969 to 1994 » in Terje BRANTENBERG, Janne HANSEN, Henry MINDE (dir.), *Becoming Visible – Indigenous Politics and Self-government*, Centre pour les études Sámi, Université de Tromsø, 1995 ; « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal » in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), pp. 11-40 ; Megan DAVIS, *op. cit.*, 2008 (v. note 529 *supra*).

<sup>661</sup> Si les organisations non-gouvernementales de société civile jouent un rôle significatif au sein du cadre institutionnel des Nations Unies dans le cadre de l'élaboration du projet de Déclaration ainsi qu'en matière de supervision des comportements étatiques, elles exercent leur influence également en dehors du cadre de l'O.N.U., à l'image du Groupe de travail international pour les affaires autochtones (I.W.I.G.A.) ou encore du Forum mondial de société civile qui a mis en place un Groupe de travail sur le droit des peuples à l'autodétermination et la prévention des conflits. Celui-ci inclut notamment les questions autochtones sur son agenda (v. la session du Forum de 2002).

L'exposition des comportements étatiques à la critique publique guide également leur attitude au sein des Groupes de travail dans une autre direction. Un nombre croissant d'Etats prennent l'initiative de faire état de leurs politiques internes et de signaler leurs progrès accomplis et les mesures prises reflétant les attentes du Groupe de travail<sup>662</sup>. Ces comportements étatiques internes allant dans le sens de la norme naissante sont qualifiés de bonnes pratiques par les Etats eux-mêmes et répondent à la partie du mandat du Groupe de travail sur les populations autochtones en matière de revue des faits nouveaux. Certains Etats optent pour un degré plus actif de participation en formulant des propositions au texte du projet de Déclaration<sup>663</sup>. Si ces propositions et déclarations justificatives peuvent être détournées dans certains cas afin de permettre aux Etats de s'abriter derrière elles pour ne rien entreprendre de significatif ou pour gagner du temps, elles ne peuvent être interprétées qu'à la lumière du principe de bonne foi dans les relations internationales. Il faut noter en outre la tendance à une convergence de contenu entre les attentes formulées par le Groupe de travail et les déclarations des Etats.

D'autres phénomènes ont conduit à la responsabilisation des Etats dans le contexte institutionnel. La stratégie des participants autochtones a répondu à ce qui a été qualifié de « mobilisation de la honte »<sup>664</sup>. En raison de l'état du droit international positif au tournant des années 1970 et en l'absence d'un fondement juridique consolidé en matière de droits des peuples autochtones, l'approche des peuples autochtones au sein des débats des Groupes de travail s'est principalement fondée sur le caractère moral de leur cause<sup>665</sup>. Cette approche a conduit à une révolution au sens premier du terme, c'est-à-dire à une rupture caractérisée par un développement imprévisible car ne reposant sur aucun fondement juridique existant<sup>666</sup>. Cette révolution s'est matérialisée par un développement du droit sans proportion avec les précédents de la période initiale.

---

<sup>662</sup> V. notamment les informations fournies par la Thaïlande (*Informations reçues des gouvernements*, 12 mai 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/4, §§4-14 pp. 3-4), l'Equateur et le Panama (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/2, *doc. cit.*, 9 juin 1994 (v. note 505 *supra*)).

<sup>663</sup> V. observations du Canada du 1<sup>er</sup> juin 1988 (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, *doc. cit.*, 14 juin 1988 (v. note 508 *supra*) se référant aux comportements internes et aux propositions de cet Etat à propos du texte), Finlande (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/1, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juillet 1992 (v. note 436 *supra*), §§5, 9 (se référant aux conclusions du séminaire de Nuuk de 1991), 10, 12 (se référant à ses propres propositions et à son rôle constructif)).

<sup>664</sup> Andrea MUEHLEBACH, *op. cit.*, août 2001 (v. note 315 *supra*), p. 417, reprenant l'expression d'un participant autochtone à la session de 1997 du Groupe de travail sur les populations autochtones.

<sup>665</sup> George MANUEL, Michael POSLUNS, *The Fourth World: An Indian Reality*, Ontario, Collier-Macmillan Canada, 1974, 294 p.

<sup>666</sup> Pour un examen détaillé du phénomène de révolution juridique qui s'apparente à une rupture épistémologique, v. Frederic M. (Jock) BROOKFIELD, *Waitangi & Indigenous Rights – Revolution, Law & Legitimation*, édition mise à jour, Auckland, Auckland University Press, 2006, 299 p.

B – Le résultat de la responsabilisation : l'émergence et l'affermissement  
d'une opinio juris

Le lien entre d'une part l'évolution des comportements internes des Etats et d'autre part leurs déclarations devant les Groupes de travail témoigne de l'émergence d'un sentiment de droit parmi les Etats. La responsabilisation des Etats mise en évidence apporte la preuve de leur conformation aux attentes créées par les Groupes de travail et de leur participation au consensus naissant. Ce phénomène de justification ou de signalement de leurs propres bonnes pratiques touche aussi les Etats les plus hostiles à la consécration d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination, en témoignent par exemple les déclarations de l'Argentine. Ce phénomène de questions-réponses entre les Etats et les Groupes de travail illustre la dynamique de formation et de l'affermissement de l'*opinio juris* au sein des Groupes de travail, et par retour, de la pratique.

La réduction du nombre d'Etats hostiles et l'évolution des positions de certains Etats allant vers une acceptation progressive des termes de « peuple autochtone » et « autodétermination » révèle l'émergence de l'*opinio juris*. Si l'existence réelle d'un consensus total à la fin du processus peut prêter le flanc au doute, ce consensus unanimiste n'est pas nécessaire à l'émergence d'une *opinio juris*, un consensus général étant généralement admis par la doctrine comme suffisant. Les quelques Etats formulant des réserves ne peuvent pas s'opposer à la naissance d'une norme coutumière de portée générale, pas plus que ne le pourrait un objecteur persistant. C'est également sous cet angle que peuvent être appréciées les déclarations de quelques Etats refusant de reconnaître dans les travaux des Groupes de travail un reflet ou un développement du droit international coutumier. Relativisées, ces prises de position laisseront place pour la plupart à un ralliement ultérieur des Etats au projet de Déclaration, illustrant ainsi le caractère diachronique et progressif de la prise de conscience collective de la nécessité sociale de la norme émergente.

§2 – *Processus institutionnel, société civile et remise en cause de la primauté des Etats*

L'affaiblissement du rôle de l'Etat dans les activités normatives des Groupes de travail et leur perte d'emprise sur le processus de décision répondent à la fois à la logique du fonctionnement institutionnel et à la pénétration en force des acteurs non-étatiques – au premier chef desquels la société civile – dans l'enceinte des Nations Unies.

A – Remise en cause de la primauté des Etats par le jeu institutionnel

La diminution du contrôle des Etats sur le processus d'élaboration de la Déclaration dans le cadre institutionnel d'activités normatives résulte de plusieurs facteurs.

Premièrement, le choix des méthodes de prise de décision éclaire l'appréciation du consensus obtenu. Les procédures de prise de décision utilisées pour adopter les versions successives du projet de Déclaration suggèrent que l'atteinte d'un consensus de façade et forcé sur le texte définitif masque l'absence même de consensus parmi les Etats. Les dynamiques propres aux méthodes d'adoption du vote et du consensus ont des implications distinctes sur l'appréciation du consensus obtenu et de l'*opinio juris*<sup>667</sup>. Alors que le consensus opère par l'absorption des réserves et des positions minoritaires qu'il pénalise, le vote au contraire les expose. Le projet de Déclaration dans sa version arrêtée par le Groupe de travail sur les populations autochtones en 1993 a été approuvé soit par vote soit par consensus par tous les organes parents du Groupe de travail sur les populations autochtones. Ce processus a culminé lorsque l'Assemblée générale, l'un des organes hiérarchiques suprêmes de l'O.N.U., a pris note du texte et a invité la Commission des droits de l'homme à l'examiner.<sup>668</sup> Ce texte avait été adopté par la Sous-Commission sans être mis aux voix<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (v. note 603 *supra*), §54 p. 10.

<sup>668</sup> Résolution A/RES/49/214 « Décennie internationale des populations autochtones » adoptée par l'Assemblée générale lors de sa 94<sup>e</sup> séance plénière le 23 décembre 1994, §5. La formulation ambiguë ne permet pas cependant d'affirmer que l'Assemblée générale a approuvé le texte : l'Assemblée générale « Encourage la Commission des droits de l'homme à examiner le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones [...], afin que l'Assemblée générale puisse adopter un projet de déclaration dans le courant de la décennie ».

<sup>669</sup> *Compte-rendu analytique de la 36<sup>e</sup> séance*, Genève, 26 août 1994, Sous-Commission, 46<sup>e</sup> session, E/CN.4/Sub.2/1994/SR.36, §§91-100 pp. 12-13. V. aussi le *Compte-rendu analytique de la 29<sup>e</sup> séance* tenue le 21 août 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/SR.29, §67 p. 14 qui fait état d'une adoption « par consensus ».

L'adoption du texte par consensus par un organe permanent dépendant de la Commission des droits de l'homme aboutira à fragiliser la position des Etats hostiles ou réservés dans les travaux ultérieurs<sup>670</sup>. En effet, si le Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration a techniquement le même rang hiérarchique que la Sous-Commission – tous deux sont organes subsidiaires de la Commission des droits de l'homme –, il est dénué du caractère permanent de la Sous-Commission. Cela autorise la présomption selon laquelle l'adoption du texte par la Sous-Commission par voie de consensus a contribué à l'affermissement de l'*opinio juris* dans le processus coutumier à l'étude.

Par contraste, l'adoption du texte par le Conseil des droits de l'homme en juin 2006 – ainsi que de la proposition de conduire des consultations supplémentaires par la Troisième Commission en novembre de la même année – s'est faite par la mise aux voix. Tout en dégagant une majorité écrasante d'Etats en faveur du texte et en isolant un peu plus le groupe restreint d'Etats réservés, la mise aux voix a eu pour conséquence de compromettre le consensus et à cet égard marque en 2006 un retrait de celui-ci par rapport à 1994. Dans le cadre institutionnel, un jeu subtil entre les deux méthodes de prise de décision par vote et par recours à la technique du consensus a ainsi permis la réalisation d'un tour de force consistant à présenter le texte adopté comme consensuel en dépit de signaux patents du contraire émis par les Etats eux-mêmes. La volonté de certains Etats a été pour ainsi dire forcée, suivant la logique du consentement présumé. Pour autant, le dégagement d'une minorité porteuse de réserves clairement délimitée ne semble pas en l'espèce devoir poser un obstacle à l'affermissement de l'*opinio juris*. En effet, le groupe d'Etats réservés en l'espèce est numériquement très restreint, ce qui les assimilerait davantage à des objecteurs persistants qu'à un groupe susceptible de faire obstacle à l'affermissement du consensus. Ainsi ils n'apparaissent pas en mesure de s'opposer à l'émergence de la norme en dépit de certaines déclarations contraires<sup>671</sup>. Ensuite, la doctrine aujourd'hui dominante dite communautariste en

---

<sup>670</sup> En dépit même du fait que la décision de l'Assemblée générale de renvoyer l'examen du texte à la Commission des droits de l'homme apporte le signe évident du défaut de consensus à son égard. Il serait autrement difficile d'expliquer pourquoi l'Assemblée n'a pas adopté immédiatement le projet de Déclaration tel qu'arrêté par le Groupe de travail sur les populations autochtones. La question de l'atteinte d'un consensus au sein du Groupe de travail sur le droit des peuples autochtones à l'autodétermination a fait l'objet de déclarations confuses et contradictoires, notamment de la part du Président-Rapporteur lui-même.

<sup>671</sup> V. notamment les déclarations du Canada (A/HRC/1/SR.21, *doc. cit.*, 29 juin 2006 (v. note 528 *supra*), §31 p. 6 : « *the declaration would have no legal effect in Canada and did not represent customary international law* »), de la Fédération de Russie (*Ibid.*, §35 p. 7 : « *There had been no genuine consensus on the draft declaration, and the proposed procedure for its adoption would set a bad precedent for the work of the Council and for all standard-setting activities of the United Nations* ») ou encore de l'Ukraine (*Ibid.*, §49 p. 9 : « *the declaration, which was not legally binding and had no legal effect in Ukraine, established important political norms that*

matière de formation du droit international coutumier admet que le consensus nécessaire doit affecter l'ensemble – et non la totalité – des Etats, ce qui semble être précisément le cas en l'espèce<sup>672</sup>. Le fait que le groupe réservé comprenne des Etats importants et particulièrement intéressés a néanmoins eu pour effet de retarder l'aboutissement du processus coutumier<sup>673</sup>.

Une autre incidence des méthodes utilisées par les deux Groupes de travail, en particulier le second, sur la nature usurpée du consensus tient à la limitation des travaux dans le temps. Un examen des rapports des sessions du Groupe de travail et des déclarations des participants à partir de 2003, lorsque la notion d'autodétermination a commencé à faire l'objet d'un débat approfondi, suggère des travaux dirigés à marche forcée faisant peu de cas des réticences répétées de certains Etats. Cette accélération du processus durant les quatre dernières sessions du Groupe de travail, dictée par l'objectif annoncé de permettre l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale avant la fin de la Première décennie internationale des peuples autochtones, semble répondre à la stratégie consistant à maintenir une certaine pression sur les participants en vue de mener les travaux à bien dans les temps. Alors que les Etats participants demandent plus de temps, l'O.N.U. redoute les conséquences financières d'un enlisement du processus. Néanmoins, la limitation de temps dans l'arrêt des positions finales semble avoir eu un effet contraire à celui escompté par le Président-Rapporteur : au lieu de stimuler l'atteinte d'un consensus, elle a au contraire cristallisé les divisions et a conforté le groupe des Etats hostiles dans leur opposition. Dans leur demande présentée à la Troisième Commission en novembre 2006 en vue de repousser l'examen du texte par l'Assemblée générale en vue de poursuivre les consultations, le Groupe des Etats d'Afrique ont précisément avancé le manque de temps pour améliorer le texte et parachever le consensus. Le Président-rapporteur, soutenu par d'autres Etats tels le Mexique, s'est borné à répondre qu'il n'y avait plus de temps, semblant indiquer par-là que le débat sur le texte était

---

*could be used to justify claims inconsistent with modern international law and contrary to the legitimate interests of sovereign States*”). V. la poursuite de l'examen des positions minoritaires pp. 383-401 *infra*.

<sup>672</sup> E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (V. note 603 *supra*), §29 p. 6. La plupart des instruments internationaux généralement admis comme ayant contribué à l'émergence de normes du droit international coutumier ont été adoptés à l'écrasante majorité – mais non à l'unanimité – des voix. V. dans ce sens C.I.J., *Sud-Ouest africain* (Ethiopie et Liberia c. Afrique du Sud), arrêt, 18 juillet 1966, opinion dissidente du juge Kōtarō TANAKA, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 292 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, §71 p. 255 (cette fois sur l'insuffisance du consensus atteint) ; Hans KELSEN, *Principles of International Law*, 2<sup>e</sup> édition revue par Robert W. TUCKER, New-York, Holt, Rinehart et Winston, 1966, p. 453 n° 28 (« la coutume résulte du consentement général des Etats ») ; Jonathan I. CHARNEY, « The persistent objector rule and the development of customary international law », *B.Y.I.L.*, tome LVI, 1985, pp. 1-24 ; Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), pp. 401-408.

<sup>673</sup> En témoigne la longueur du processus d'élaboration du projet de Déclaration. L'examen reviendra sur cette catégorie d'Etats à l'occasion de l'adoption de la Déclaration, pp. 383-401 *infra*.

clos<sup>674</sup>. En définitive, la crispation des positions autour de la gestion du temps a semblé conduire à l'adoption du texte au prix du consensus. Ce trait suggère qu'en l'espèce un consensus total n'était ni recherché ni nécessaire et que la persistance d'une minorité réservée était compensée par l'ampleur écrasante de la majorité dégagée. Il faut ici distinguer le consensus comme technique d'adoption d'un instrument du consensus comme adhésion générale des membres de la société internationale à une norme donnée. Les procédures utilisées ont réduit les oppositions et limité les marges de manœuvre des Etats réservés. Ce traitement de l'opposition semble confirmé par la pratique des autres forums d'activité normative mis en place dans divers domaines au sein de l'O.N.U.<sup>675</sup>

Un deuxième aspect du dépassement des Etats par la dimension institutionnelle dans la cristallisation du consensus autour de la norme d'autodétermination au bénéfice des peuples autochtones, tient aux mesures prises en vue d'assurer la cohérence de l'action des Nations Unies. Cette cohérence se développe dans deux directions. D'une part, il s'agit de renforcer la cohérence d'ensemble entre les activités des diverses organisations internationales au sein du système des Nations Unies et en dehors de celui-ci. D'autre part, il s'agit d'assurer l'application par les Etats membres des mesures et instruments adoptés par l'O.N.U. au moyen de la mise en place de divers mécanismes de supervision.

La cohérence de l'ensemble des activités et programmes des diverses organisations internationales au sein du système des Nations Unies et en dehors de celui-ci se matérialise dans le cas d'espèce en une incorporation par d'autres organisations internationales dans leurs programmes et projets des normes en cours de développement au sein des Groupes de travail et reflétées par le texte du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Notamment, la Banque mondiale a adopté la directive opérationnelle 4.20 en septembre 1991. Intégrant la protection des droits des peuples autochtones dans les projets et programmes de la Banque mondiale, cet instrument n'opère pas de référence directe au droit à l'autodétermination mais couvre certains de ses droits constitutifs, tels les droits économiques et fonciers (§15.c), de droit à la participation (§18) ou encore l'intégrité culturelle, au service d'une forme de développement qui satisfasse à la fois le besoin d'inclusion et la sauvegarde

---

<sup>674</sup> *Compte-rendu analytique de la 53<sup>e</sup> séance*, 28 novembre 2006, Troisième Commission, A/C.3/61/SR.53 (*doc. cit.*, v. note 545 *supra*), §§29 et 33 p. 7.

<sup>675</sup> V. *Rapport du Secrétaire général établi conformément à la résolution 1994/19 de la Commission des droits de l'homme – Inventaire de toutes les activités normatives concernant les droits de l'homme menées sur le plan international*, 20 décembre 1994, E/CN.4/1995/81 et la *Note du Haut-Commissaire aux droits de l'homme*, 18 décembre 1996, E/CN.4/1997/75.



de l'identité distincte des peuples autochtones (§7). La directive opérationnelle 4.20 abonde dans le sens des activités normatives des deux Groupes de travail tendant à faire du droit au développement une composante essentielle du droit des peuples autochtones à l'autodétermination entendu comme processus<sup>676</sup>. L'O.I.T. applique également les normes émergentes en matière de droits des peuples autochtones dans ses activités et programmes, non seulement en application de ses propres normes prévues par la Convention n° 169 mais également en coordonnant son approche avec celle des activités normatives au sein des deux Groupes de travail successifs. A ce titre, l'O.I.T. a joué un rôle actif dans les travaux d'élaboration du projet de Déclaration<sup>677</sup>. Autres organisations internationales du système des Nations Unies ayant pour certaines participé aux travaux des Groupes de travail, le Programme des Nations Unies pour le développement (P.N.U.D.), l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (U.N.I.C.E.F.), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (F.A.O.) et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (U.N.E.S.C.O.) ont incorporé les normes émergentes reflétées par le projet de Déclaration dans leurs activités, projets et programmes respectifs. Cette incorporation a débuté antérieurement à l'adoption du texte final en 2007, pour une part en application des objectifs du millénaire pour le développement. Ces développements ont pour effet d'accélérer la structuration de la pratique et l'affermissement de l'*opinio juris*.

Autre aspect de la structuration de la pratique et de l'*opinio juris* par une coordination institutionnelle, il faut noter l'incidence cumulée des instruments non obligatoires consensuels ou multilatéraux réaffirmant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination qui ont déjà été évoqués, telle la Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993. Emergent également des mécanismes évoqués précédemment de contrôle de la bonne application par les Etats de leurs obligations conventionnelles, tels que le Comité des droits de l'homme<sup>678</sup> ou le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Le

---

<sup>676</sup> V. notamment les rapports d'évaluation de la mise en œuvre de la directive opérationnelle 4.20 sur les peuples autochtones réalisés par le département d'évaluation des opérations de la Banque mondiale: *Background Paper I – A Review of Selected Issues Related to IP* (v. tableau 2 pp. 5-40 détaillant les mesures prises par les Etats en vue de donner effet aux droits concernés par la directive opérationnelle), Rapport n° 25332 du 10 janvier 2003 – *An Independent Desk Review*, Rapport n° 25754 du 10 avril 2003 – *An Evaluation of Results*.

<sup>677</sup> V. parmi d'autres les observations fournies par l'O.I.T. au Groupe de travail sur les populations autochtones le 14 juin 1993 au titre de ses activités normatives concernant le projet de Déclaration in E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/2/Add.1, *doc. cit.*, 2 juillet 1993 (v. note 569 *supra*), pp. 2-4.

<sup>678</sup> Procédure de soumission par les Etats de rapports périodiques et de la formulation par le Comité d'observations finales, procédure de soumission d'information par les Etats à la demande du Comité sur la réalisation de leurs engagements, ainsi que la procédure de requêtes présentées par des individus donnant lieu à

contrôle des comportements étatiques en matière de droits des peuples autochtones<sup>679</sup> se situe également hors des obligations conventionnelles, en témoignent notamment les activités du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, de l'Instance permanente sur les questions autochtones et du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones. Il peut s'agir d'enquêter sur des allégations de violation des droits des peuples autochtones par un Etat ou simplement d'apprécier la situation globale des droits des peuples autochtones dans un Etat donné. Il peut également s'agir de recueillir des informations des Etats sur les mesures prises en vue de mettre en œuvre des recommandations émises<sup>680</sup>. Cette activité donne lieu à la compilation des comportements des Etats<sup>681</sup>, à la délivrance de rapports pays et de rapports thématiques soulignant les bonnes pratiques et adressant des recommandations aux Etats. Ces recommandations font souvent l'objet de mesures de suivi afin d'en assurer l'exécution<sup>682</sup>. Les rapports et conclusions de ces divers organes sont relayés dans les rapports périodiques du Secrétaire général à propos du point de l'ordre du jour de l'Assemblée générale portant sur la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination, qui font également état du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le projet de Déclaration<sup>683</sup>.

Ces techniques de pression peu contraignante contribuent à orienter progressivement les comportements des Etats en les publicisant. Exemple évident des effets réels de la *lex ferenda*, les recommandations de ces systèmes et mécanismes généralement non obligatoires peuvent être néanmoins difficilement ignorées par les Etats, mettant en évidence le poids politique de la publicisation des comportements étatiques. Ce phénomène politique affecte en

---

la délivrance de Communications. Bien qu'ils en soient distincts, ces mécanismes de contrôle de la bonne application du Pacte par les Etats présentent, dans leur fonctionnement et leurs effets, certaines similarités avec la procédure de recours juridictionnel. Ces procédures ont suscité de la part du Comité des observations en matière d'autodétermination autochtone, v. *inter alia* le rapport précité (v. note 596 *supra*) sur le Canada (CCPR/C/79/Add.105), le rapport sur le Mexique (CCPR/C/79/Add.109, §19 p. 5), ou encore celui sur la Norvège (CCPR/C/79/Add.112, §17 p. 3).

<sup>679</sup> Dont la clé de voûte est le droit à l'autodétermination, en témoignent les dispositions du projet de Déclaration.  
<sup>680</sup> V. notamment pour le Rapporteur spécial l'examen des situations par Etat, des cas signalés et des réponses reçues des gouvernements (additifs E/CN.4/2003/90/Add.1, E/CN.4/2004/80/Add.1 et E/CN.4/2005/88/Add.1 *inter alia*).

<sup>681</sup> Ces compilations sont appelées à tenir dans le processus coutumier une place similaire à celle des recueils de comportements étatiques et des exposés élaborés par la C.D.I. touchant à la pratique dans d'autres domaines, et au mécanisme de l'examen périodique universel qui sera mis en place en 2008. Ce recensement contribue à renforcer la visibilité de la pratique et à en accélérer la structuration. Cette nécessité a été reconnue dès 1950 par la C.D.I. qui avait entrepris un exposé, en application de l'article 24 de son Statut, sur les « Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier » (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950*, documents officiels de l'Assemblée générale, 5<sup>e</sup> session, supplément n° 12, doc. A/1316, pp. 4-11 ; v. aussi doc. A/CN.4/16).

<sup>682</sup> V. notamment les missions successives du Rapporteur spécial dans les mêmes Etats (Bolivie, Nouvelle-Zélande) afin d'évaluer la mise en œuvre de ses recommandations précédentes.

<sup>683</sup> V. *inter alia* le Rapport périodique du Secrétaire général sur la Réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination, 12 septembre 2006, A/61/333, §§7 et 11 p. 4, §§16 et 18 p. 6.

dernier ressort le processus coutumier. Il faut enfin noter la montée de l'intérêt pour les droits des peuples autochtones dans le milieu de la doctrine, en témoignent les travaux de l'Association de droit international sur le sujet et la mise en place en son sein d'un Comité sur les droits des peuples autochtones actif de 2006 à 2012, sous la présidence de Siegfried Wiessner (Etats-Unis d'Amérique)<sup>684</sup>.

*B – Remise en cause de la primauté des Etats par les acteurs de la société civile*

Les acteurs non étatiques relevant de la société civile, au premier chef desquels les organisations non gouvernementales autochtones, ont joué un rôle essentiel dans l'élaboration du texte dont la version finale excède le résultat auquel les Etats auraient été en mesure de parvenir seuls. Ce mouvement de pénétration de la société civile dans les activités et prises de décisions des organisations internationales, originellement un cadre strictement interétatique, contribue à faire perdre aux Etats leur monopole en matière de prise de décision et d'élaboration des normes de droit international auxquelles ils sont pourtant liés. Les organisations non gouvernementales accréditées jouissant d'un statut consultatif auprès du Conseil économique et social se retrouvent ainsi parfois sur un pied d'égalité avec les délégations étatiques dans le cadre des débats des Groupes de travail. Profitant de ce cadre, certaines O.N.G. joueront un rôle actif prééminent tout au long du processus d'élaboration du projet de Déclaration<sup>685</sup>. A mesure que la participation aux travaux des Groupes de travail s'élargit à la demande des peuples autochtones, des organisations sans statut consultatif enverront également des délégations. Un examen des notes et des communications officielles que les O.N.G. sont habilitées à adresser au Groupe de travail suggère que ce canal de communication a conduit à la formulation de nombreuses revendications et propositions sur lesquelles se fonde le texte final du projet de Déclaration. Participent également de ce

---

<sup>684</sup> V. note 630 *supra*. V. aussi *inter alia* Pekka AIKIO et Martin SCHEININ (dir.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, 262 p. ; Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law – The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford University Press, 2005, 432 p. ; James ANAYA, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Aspen Publishers – Kluwer Wolters, 2009, 400 p.

<sup>685</sup> Notamment le Grand Conseil des Cris du Québec (Canada), le Conseil des points cardinaux (Canada), la Commission des Aborigènes et des Insulaires du détroit de Torres (Australie), l'*Indian Law Resource Centre* (Etats-Unis d'Amérique), le Conseil international de traités indiens ou encore la Conférence circumpolaire inuit. Ces O.N.G. autochtones ont participé aux débats et ont soumis de nombreuses communications officielles (v. parmi de nombreuses autres E/CN.4/Sub.2/1983/NGO/6, E/CN.4/Sub.2/1983/NGO/13, E/CN.4/Sub.2/1987/NGO/3, E/CN.4/Sub.2/1987/NGO/9).

processus de démocratisation des institutions internationales les experts individuels, les Rapporteurs spéciaux et les Présidents-Rapporteurs<sup>686</sup> dont les personnalités ont joué en l'espèce un rôle déterminant dans les progrès accomplis par les Groupes de travail. Bien que seuls les Etats soient appelés à se prononcer lors de l'adoption des versions successives du projet de Déclaration, les délégations autochtones acquièrent de fait un pouvoir de décision en raison de leur participation active au processus de rédaction du texte. La plupart des Présidents-Rapporteurs successifs des deux Groupes de travail tiennent souvent pleinement compte des propositions et revendications des participants autochtones qu'ils défendent face aux Etats. Preuve de cette souscription générale des Présidents-Rapporteurs aux aspirations des participants autochtones, le caractère forcé et apparent du consensus final qui masque en réalité une ligne assez nette de fracture entre une majorité substantielle favorable au texte et une minorité réduite mais persistante présentant de fortes réserves, tant vis-à-vis de certaines dispositions du texte que des méthodes du processus d'élaboration.

Reconnu par la doctrine<sup>687</sup>, ce rôle accru des acteurs de société civile au détriment de celui des Etats dans l'élaboration du droit se retrouve dans d'autres conférences et forums des Nations Unies, ce qui suggère une confirmation générale de cette tendance et, partant, la nécessité d'en prendre acte et d'en tirer les conséquences qui s'imposent dans le processus coutumier. Les activités normatives de Groupes de travail à composition non limitée créés par la Commission des droits de l'homme dans d'autres domaines confirment une large participation et le poids des acteurs de société civile dans la prise de décision, suggérant qu'il s'agit là d'une pratique affermie des Nations Unies en matière d'activités normatives. C'est le cas notamment du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus créé en 1984<sup>688</sup>, du Groupe de travail chargé d'élaborer un protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants créé en 1992<sup>689</sup> ou encore des Groupes de travail chargés d'élaborer des protocoles facultatifs à la

---

<sup>686</sup> E/CN.4/2001/85, *doc. cit.*, 6 février 2001 (v. note 603 *supra*), §57 p. 10, témoignant de leur influence dans le débat sur l'autodétermination.

<sup>687</sup> Smilja AVRAMOV, *Међународно јавно право* («*Droit international public*»), 6<sup>e</sup> édition, Belgrade, Savremena administracija, 1980, §106 pp. 129-130 ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 421 pp. 721-723.

<sup>688</sup> V. le *Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa deuxième session*, 25 mars 1997, E/CN.4/1997/92, §§9-10 p. 4.

<sup>689</sup> V. le *Rapport du Groupe de travail*, 23 décembre 1996, E/CN.4/1997/33, §§8-9 p. 4.

Convention relative aux droits de l'enfant ayant trait à diverses questions créés en 1994<sup>690</sup>. La Commission des droits de l'homme suit en outre la pratique consistant à soumettre un projet de Déclaration non obligatoire élaboré par des experts aux Etats et aux O.N.G. pour observations<sup>691</sup>. Il faut également rappeler le rôle substantiel joué par les O.N.G. dans l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale de 1998. Ces procédures témoignent de pratiques à finalité normative – dont le produit doit revêtir le caractère de *lex lata* ou de *lex ferenda* – échappant en partie au contrôle des Etats mais dont le résultat les assujettit néanmoins.

En arguant de la moralité de leurs causes, les organisations de société civile impulsent la dynamique de prise de conscience des Etats. Le phénomène de prise de conscience collective par les Etats de la nécessité sociale de la nouvelle norme à l'étude répond à la théorie dite de la formation spontanée du droit international coutumier et offre une explication à l'effet *erga omnes* de la nouvelle norme. La prise de conscience résulte en l'espèce d'une dynamique complexe formée de plusieurs strates. Comme déjà examiné, la publicisation des comportements – à la fois compatibles avec le processus coutumier tout comme contraires à celui-ci – résulte de l'institutionnalisation ainsi que de l'activité des organisations non-gouvernementales de société civile et des mouvements transnationaux. Une précision s'impose ici quant au rôle exact des O.N.G. dans le processus coutumier à l'étude. Généralement, les O.N.G. ne participent à la formation de la pratique étatique que de manière indirecte au moyen de leur activité d'influence<sup>692</sup>, mais ces activités ne sont pas en elles-mêmes constitutives de la pratique dans le cadre du processus coutumier<sup>693</sup>. Dans le cas d'espèce, la participation des O.N.G. autochtones au processus d'élaboration de la Déclaration dans le cadre du Groupe de travail, particulièrement celles bénéficiant d'un statut consultatif auprès des Nations Unies, est de nature à lever cet obstacle en clarifiant et renforçant le lien direct entre l'activité des O.N.G. autochtones au sein du Groupe de travail et les propositions

---

<sup>690</sup> V. le *Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa troisième session*, 2 avril 1997, E/CN.4/1997/97, §§10-11 p. 4, et le *Rapport* du 13 mars 1997, E/CN.4/1997/96, §§10-11 p. 4. Le premier Groupe de travail a mené ses travaux en étroite collaboration avec le Rapporteur spécial désigné sur la question.

<sup>691</sup> V. *inter alia* la procédure suivie concernant le projet de Déclaration de règles humanitaires minimales ainsi que le rapport du Secrétaire général concernant les observations reçues des Etats (24 décembre 1997, E/CN.4/1997/77).

<sup>692</sup> A cet égard, tout en déniant à l'activité des O.N.G. le caractère de pratique étatique, l'A.D.I. admet que « *the conduct of [...] non-governmental bodies undoubtedly contributes to the customary process in its extended sense* », v. *Rapport final du Comité* sur la formation du droit international coutumier (général), A.D.I., 69<sup>e</sup> session, Conférence de Londres, 2000, section 7 p. 16 (italique dans l'original). V. aussi la *Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général* accompagnant le rapport, *doc. cit.*, v. note 266 *supra*.

<sup>693</sup> *Ibid.* V. aussi Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 186-187.

et travaux de celui-ci. Il faut d'ailleurs souligner que la participation au Groupe de travail réunit des O.N.G. et des délégations étatiques qui travaillent et négocient ensemble en vue de remplir le mandat du Groupe de travail. Ainsi, les solutions retenues résultent d'un compromis entre O.N.G. et Etats, et les réactions et prises de position des Etats au sein du Groupe de travail apparaissent souvent comme une réaction par rapport à des propositions des membres du Groupe de travail issus de la société civile<sup>694</sup>. Ainsi, le contexte du Groupe de travail et le mécanisme d'accréditation des O.N.G. auprès de l'ONU au moyen du statut consultatif contribuent en l'espèce à créer une situation inédite dans laquelle la contribution des O.N.G. autochtones au processus coutumier est médiatisée et par là-même accrue et garantie par l'O.N.U.<sup>695</sup> Dans le cadre des deux Groupes de travail successifs, les O.N.G. autochtones et les Etats se retrouvent de fait sur un pied d'égalité fonctionnel en matière d'activités normatives. Le rapport de forces entre Etats et O.N.G. est ainsi modifié au préjudice de l'exclusivité de l'Etat dans le processus institutionnel des Nations Unies. Comme le montre l'examen des développements intervenus dans le cadre du processus d'élaboration de la Déclaration sous l'égide des deux Groupes de travail, cette structure atypique aura néanmoins un effet déterminant sur le cours du processus coutumier et sur l'accession de la norme postulée à la normativité.

### Conclusion

La période des années 1970 à la veille de l'adoption par l'Assemblée générale du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en septembre 2007 voit une accélération et une maturation du processus coutumier à l'étude, et notamment la structuration de la pratique et l'affermissement de l'*opinio juris*. Bien que l'examen des comportements pertinents reflète parfois leur « télescopage » admis par la doctrine générale, la mise en évidence de l'aspect essentiel du *continuum* semble pouvoir être validée. Le

---

<sup>694</sup> Sur l'incidence de ce dialogue entre O.N.G. et Etats sur le processus coutumier, v. *inter alia* Hilary CHARLESWORTH et Christine CHINKIN, *The Boundaries of International Law ; A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 77 : « NGOs can assist in generating state practice by campaigning in domestic arenas for appropriate statements in parliaments and other official bodies ». Le cadre intergouvernemental des Groupes de travail ne peut que renforcer ce rôle. Alors que la doctrine générale ne reconnaît aux O.N.G. qu'un rôle indirect dans l'élaboration de normes coutumières, l'originalité du cas d'espèce semble tenir au fait que l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier ait conduit notamment à un accroissement inhabituel de la place fonctionnelle des O.N.G. dans les activités normatives.

<sup>695</sup> C'est également sous cet angle qu'il faut comprendre le processus de « place making » décrit par Andrea MUEHLEBACH, *op. cit.*, août 2001 (v. note 315 *supra*), pp. 415-448.

processus d'élaboration du projet de Déclaration conduit dans le cadre des activités normatives des deux Groupes de travail successifs joue un rôle moteur dans cette maturation progressive en systématisant et en publicisant les positions des Etats. Bien qu'elle constitue un facteur de retardement du processus coutumier, la persistance d'un groupe d'Etats réservés sur la norme en cours d'émergence vers 2007 n'apparaît pas de nature à faire obstacle à sa maturation progressive vers le statut de norme coutumière générale. En outre, les comportements internes de ces Etats réservés suivent généralement un changement parfois spectaculaire de politique et témoignent d'un état d'avancement relativement élevé dans la mise en œuvre de l'autodétermination autochtone. Contribuant à renforcer le consensus naissant autour de la norme émergente, les développements au sein d'autres organisations internationales vont dans un sens convergent.

Les conclusions de l'examen mené dans ce deuxième titre établissent l'atteinte par la norme émergente d'une valeur de *lex ferenda* vers 1994. L'examen des développements postérieurs à cette date voient une cristallisation et un isolement du groupe des Etats réservés. Ces développements autorisent une forte présomption en faveur du rapprochement de la norme à l'étude vers la *lex lata* à partir de cette période. Le degré perfectible du consensus reflétant l'*opinio juris* et le développement continu de la pratique attestent de l'espace d'évolution qui demeure et témoignent du caractère inachevé, vers 2007, du processus coutumier.

## **PARTIE II**

### **L'ADOPTION DE LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LES DÉVELOPPEMENTS ULTÉRIEURS : PASSAGE DANS LA *LEX LATA***



## Introduction

Les développements examinés dans la première partie révèlent un processus coutumier puisant ses racines dans un passé lointain<sup>696</sup>. Lent dans un premier temps, ce processus coutumier s'est ensuite accéléré et systématisé, offrant aux développements précoces une cohérence partiellement rétrospective ainsi qu'une profondeur temporelle qui en compense le manque relatif d'unité<sup>697</sup>. A la faveur de son institutionnalisation à partir des années 1970, le processus coutumier a vu un consensus se consolider progressivement. Bien que ce consensus reste certes perfectible à la veille de l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, l'examen qui précède a permis d'établir qu'à cette date il existe une pratique affermie ainsi qu'une *opinio juris* cristallisée.

L'existence constatée de deux éléments perfectibles, la tâche de l'analyse dans cette seconde partie consiste essentiellement en un travail d'appréciation de franchissement d'étapes ou de paliers successifs séparant la *lex ferenda* de la *lex lata* en vue de déterminer si la norme a effectivement accédé à la normativité. En effet, à la veille du vote de l'Assemblée générale, la constatation faite de l'existence des deux éléments du processus coutumier est sujette à qualification. La cohérence de chacun des deux éléments reste en effet perfectible, et les réserves formulées par certains Etats viennent pour le moins nuancer le consensus

---

<sup>696</sup> Ces développements précoces font partie des facteurs que l'analyste doit prendre en compte lors de l'examen des origines et de l'émergence de la norme coutumière postulée : v. Charles CHAUMONT, « Méthode d'analyse du droit international », *R.B.D.I.*, 1975, p. 37 ; Milan ŠAHOVIĆ, « Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1986-IV, tome 199, pp. 171-232. L'idée d'un renforcement progressif de la norme émergente *via* plusieurs processus simultanés ou progressifs, qui reflète le cas d'espèce, trouve écho dans la doctrine. C'est alors en prenant l'ensemble de ces processus en considération et en appréciant leurs effets cumulatifs que peut être établie l'accession de la nouvelle règle à la normativité : v. *inter alia* Alain PELLET, « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement », *Thesaurus Acroasium*, tome XIX (Sources of International Law), 1992 (Cours à l'Institut de droit international public et des relations internationales de Thessalonique, septembre 1988), pp. 308-309.

<sup>697</sup> Rejetant le formalisme classique, une partie de la doctrine contemporaine en matière de formation du droit international envisage celle-ci comme processus plutôt que comme procédure : v. Patricia BUIRETTE-MAURAU, *La participation du Tiers-Monde à l'élaboration du droit international*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 40 ; Jacques DEHAUSSY, « Sources du droit international – Introduction générale », *J.Cl.D.I.*, fasc. 10, n° 7 ; Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), pp. 306-307. La doctrine anglo-saxonne a recours quant à elle à la notion de « *legal development* » qui insiste sur le caractère non nécessairement conscient du processus : v. Douglas M. JOHNSTON, « The Heritage of Political Thought in International Law » in Ronald St. J. MACDONALD et Douglas M. JOHNSTON (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Nijhoff, 1983, p. 196. Dans le processus coutumier à l'étude, la notion de temps joue un rôle primordial et justifie la structuration de l'étude selon une logique temporelle diachronique, correspondant au déploiement et à l'affermissement progressif des deux éléments. V. également Gudumur S. ALFREDSSON, Maria STAVROPOULOU (dir.), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes – Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 421 p.

imparfait atteint. La trajectoire du processus coutumier sera par la suite affectée par les conditions de l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale en septembre 2007 (titre 1) puis par les développements intervenus dans les quelques années qui ont suivi cette étape essentielle et qui en consacrent la finalisation (titre 2).

Ce premier titre examine l'adoption de la Déclaration comme étape essentielle du processus coutumier. Cette étape touche à des domaines du droit international exposés à des controverses doctrinales assez vives. La démarche suivie dans le cadre de l'administration de la preuve du processus coutumier n'a pas pour objectif d'adhérer de manière cohérente à un modèle doctrinal d'explication particulier. Il s'agit au contraire de procéder à partir d'une démarche empirique, appelée à recourir à certains aspects de diverses doctrines, reflétant à la fois leur pertinence partielle et leurs limites respectives. De fait, aucune des théories doctrinales n'est à même d'expliquer le phénomène dans sa totalité et de manière cohérente, mais leur force explicative vient de leur combinaison. Cette démarche ne s'exonère pas pour autant de la nécessité de maintenir une cohérence d'ensemble. Plutôt que de prendre parti sur le plan doctrinal, il s'agit avant tout de trouver la voie propre à mener l'administration de la preuve à son terme avec succès.

## **Titre 1 – Cristallisation des standards *de lege ferenda* : l’adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

### Introduction

En arrêtant un texte final et définitif, l’adoption de la Déclaration par l’Assemblée générale en 2007 acte la fin du processus institutionnel d’élaboration qui aura duré vingt-cinq ans. La Résolution à laquelle la Déclaration est annexée constitue à ce jour l’instrument adopté par l’organe le plus élevé de l’O.N.U. articulant une combinaison de normes à caractère *de lege ferenda* et *de lege lata* concernant les peuples autochtones. Pour cette raison, il s’agit d’une étape centrale du processus coutumier en ce que la Déclaration acte la formulation écrite de la norme postulée (chapitre 1). Les développements ultérieurs ne sont appelés qu’à en préciser l’application contextuelle à mesure que les deux éléments du processus coutumier achèvent de se consolider. L’examen du statut de la Déclaration et des conditions de son adoption permet d’en établir la place indéniablement centrale dans le processus coutumier et d’en établir l’effet sur l’accession de la norme émergente à la normativité (chapitre 2).

### Chapitre 1 – Le droit à la lumière des dispositions de la Déclaration : l’articulation d’un droit des peuples autochtones à l’autodétermination interne

Aboutissement du processus d’élaboration dans le cadre des activités normatives des deux Groupes de travail successifs, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* adoptée par l’Assemblée générale le 13 septembre 2007 se compose d’un préambule de 24 alinéas et d’un dispositif de 46 articles<sup>698</sup>. Dans la mesure où cette adoption constitue l’acte final du processus institutionnel d’élaboration de normes dont elle réalise l’objectif ultime, il apparaît nécessaire d’examiner les dispositions du texte final de la Déclaration concernant le droit des peuples autochtones à l’autodétermination. Indépendamment des évolutions et précisions ultérieures de ce droit ainsi que du caractère distinct de la Déclaration vis-à-vis de la norme coutumière à l’étude, la présente étude suggère qu’il est raisonnable de considérer les dispositions pertinentes de la Déclaration comme un

---

<sup>698</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, annexée à la Résolution 61/295 de l’Assemblée générale du 13 septembre 2007 (61<sup>e</sup> session, 107<sup>e</sup> séance plénière), reproduite en Annexe 1, *infra*.

reflet, imprécis et non-exhaustif, de la norme coutumière en cours de développement (section 1). Affiner la portée de cette norme suppose en outre de déterminer sa place au sein du système général des droits de l'homme et sa relation avec d'autres catégories juridiques avec lesquelles elle entretient un lien de proximité dans l'édifice du droit international (section 2).

### Section 1 – Le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones comme droit-cadre

A la lumière de l'examen des titres précédents, il résulte du processus coutumier, dont la formalisation transparaît à travers la Déclaration, que le droit des peuples à l'autodétermination s'est développé, au contact de la notion juridique de peuples autochtones, dans un sens actant une structuration en droit-cadre, duquel découlent une série de droits constitutifs (§1). Ce droit n'en conserve pas moins sa place fondamentale dans l'édifice des droits de l'homme (§2).

#### *§1 – Structure et contenu de ce droit général*

Cette structuration qui ressort de l'examen des comportements pertinents du processus coutumier dans le cas d'espèce fait état du stade de développement de la norme au moment de l'adoption de la Déclaration. Le droit international étant une réalité dynamique et fluide suivant les évolutions sociales qui le secrètent, cette structuration de la norme coutumière n'est évidemment pas définitive. Elle correspond à l'état du rapport de forces entre les décideurs à un moment donné et est appelée à évoluer, à se préciser et à s'affiner avec la pratique ultérieure des Etats ainsi qu'à la faveur de son interaction avec d'autres normes du droit international.

## A – Les peuples autochtones : des peuples au sens du droit international

Le droit des peuples à l'autodétermination occupe une place centrale dans l'édifice du droit international. De nature à la fois coutumière et conventionnelle<sup>699</sup>, il s'agit d'une norme bien établie dont l'existence ne peut être remise en doute. La doctrine générale et la jurisprudence rangent parmi les principes essentiels ou fondamentaux du droit international cette norme qu'ils qualifient d'opposable *erga omnes*<sup>700</sup>. De manière plus contestée, certains n'hésitent pas à y voir une norme impérative du *jus cogens*<sup>701</sup>. Les titulaires de ce droit sont les peuples. Ainsi, de la reconnaissance des peuples autochtones comme peuples au sens du droit international découle comme conséquence logique et nécessaire la jouissance par ceux-ci du droit à l'autodétermination. Le caractère de peuple reconnu aux peuples autochtones fournit alors le fondement de leur jouissance du droit à l'autodétermination.

Le droit international ne définit pas la notion de peuple de manière précise et arrêtée. Pour autant, rien ne permet d'écarter les peuples autochtones du champ couvert par la notion de peuple<sup>702</sup>. Au contraire, ils présentent les caractéristiques du peuple, ensemble plus intégré que la minorité nationale et sujet à un régime juridique distinct. Leur présence antérieure sur tout ou partie du territoire de l'Etat contemporain, à laquelle est souvent attachée une forme de souveraineté initiale, justifie en outre le rattachement des peuples autochtones à la catégorie des peuples en raison de leur organisation sociale préexistante à l'établissement de la souveraineté de l'Etat sur leur territoire. Si une certaine hésitation peut parfois persister quant à l'emploi du terme « peuples autochtones »<sup>703</sup>, elle apparaît marginale, et il semble que

---

<sup>699</sup> V. *inter alia* Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, art. 1.2 et 55 ; article 1 commun aux deux Pactes internationaux de 1966 ; résolutions précitées de l'Assemblée générale (v. partie I, titre 2) ; C.I.J., *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, §§52-53 pp. 31-32 ; *Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil 1975*, §§54-59 pp. 31-33. V. partie I de la présente étude.

<sup>700</sup> C.I.J., *Timor oriental* (Portugal c. Australie), arrêt, 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil 1995*, §29 p. 102.

<sup>701</sup> Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2006, n° 127 p. 141 ; *Annuaire de la Commission du droit international – 1966*, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, tome II, p. 270 (développement précité, v. partie I, titre 1) ; Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie, avis n° 1, 29 novembre 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 265, classant parmi les « normes impératives du droit international, le droit des peuples et des minorités », sous une formule certes ambiguë.

<sup>702</sup> V. examen précédent, partie I *supra*.

<sup>703</sup> Les termes de « populations autochtones » ou de « communautés autochtones » figurent encore parfois dans la littérature, v. notamment James CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, New-York, Oxford University Press, 2006, p. 260. La littérature spécialisée semble néanmoins s'être plus nettement ralliée au terme de « peuples autochtones ». Comme observé tout au long du processus coutumier, l'emploi de cette expression s'est lentement généralisé dans le cadre institutionnel de l'O.N.U. depuis la constitution de la

la désignation de « peuples autochtones » soit définitivement adoptée, notamment sous l'impulsion des institutions et organes de l'O.N.U. Cette évolution témoigne de la diminution des inquiétudes des Etats et de la maturation progressive de la norme.

La Déclaration, qui fait un emploi clair et délibéré de l'expression « peuples autochtones », confirme l'assimilation des peuples autochtones aux peuples au sens du droit international. L'alinéa 2 du préambule affirme « que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels », auquel fait écho l'article 2 du dispositif qui précise que « [l]es autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits, d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones ». L'alinéa 3 poursuit en « *[a]ffirmant également* que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité ». Le contexte de la Déclaration et la position de cet alinéa suite au précédent conduisent à interpréter le terme « peuples » comme s'identifiant avec le peuple au sens du droit international. Toute autre interprétation serait frappée d'incohérence, ce que confirme l'alinéa 17 : « aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international ». Si la formulation vague vise à ménager la susceptibilité de certains Etats, le contexte de cet alinéa dans la Déclaration conduit à présumer que l'expression « un peuple quel qu'il soit » couvre également les peuples autochtones. De fait, les alinéas 2 et 3 apportent une précision ou confirmation quant au caractère multiforme et divers du peuple. Les traits distinctifs du peuple autochtone répondent à cette diversité de formes du peuple en droit international, ce que confirme l'alinéa 23 du préambule concernant la diversité au sein même des peuples autochtones : « la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et [...] il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels ».

La reconnaissance d'une forme de souveraineté autochtone initiale fournit en outre une indication sur le caractère de peuple au sens du droit international reconnu aux peuples autochtones. Sur ce point, l'alinéa 14 du préambule apporte un détail révélateur, précisant que

---

première structure institutionnelle en matière de droits des peuples autochtones en 1982. V. les considérations sur ce point, notamment p. 105 *supra* et p. 513 *infra*.

« les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les Etats et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international ». Apparaît ici le caractère confirmatoire de tels traités vis-à-vis de la détention initiale d'une forme de souveraineté par les peuples autochtones. L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones va même jusqu'à évoquer des « accords d'autodétermination »<sup>704</sup> conclus entre les Etats et leurs peuples autochtones.

L'appartenance des peuples autochtones à la notion plus large de peuple au sens du droit international tire son fondement d'au moins deux traits constitutifs du caractère et de l'intégrité autochtones. Le premier critère est objectif, et le second, subjectif. Ces deux critères sont cumulatifs, c'est-à-dire que c'est la réunion simultanée de chacun d'eux, à lui seul nécessaire mais non suffisant, que le caractère autochtone d'un peuple peut être validé ou constaté.

Premièrement il s'agit de l'antériorité d'occupation ou de présence sur tout ou partie un territoire actuel de l'Etat existant<sup>705</sup>. Le développement de la doctrine du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* ainsi que les traités et autres arrangements constructifs conclus entre les Etats et les peuples autochtones<sup>706</sup> constituent des preuves confirmatoires ou des indices de cette antériorité de présence mais n'ont pas de valeur constitutive vis-à-vis d'elle. Il n'est pas nécessaire que la présence sur ou le lien avec les territoires ancestraux aient été ininterrompus ni même qu'ils reflètent toujours la situation contemporaine. De fait, la politique des Etats a fréquemment conduit à la perte par un peuple autochtone de la continuité du lien initial avec tout ou partie de ses territoires ancestraux. L'antériorité d'occupation a pour corollaire l'existence d'une souveraineté autochtone antérieure à l'établissement des

---

<sup>704</sup> Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de sa sixième session (14-25 mai 2007)*, Conseil économique et social, documents officiels, supplément n° 23, New-York, Nations Unies, E/2007/43 – E/C.19/2007/12, §53 pp. 11-12.

<sup>705</sup> Ce trait est constant dans les diverses tentatives de définition du peuple autochtone examinées dans le titre précédent et se retrouve dès la première tentative de définition par José R. Martínez COBO dès le début de son mandat de rapporteur spécial : *Indigenous peoples are « composed of the existing descendants of the peoples who inhabited the present territory of a country wholly or partially at the time when persons from a different culture or ethnic origin arrived there from other parts of the world »*, in, *Rapport préliminaire sur l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Commission des droits de l'homme, 29 juin 1972, E/CN.4/Sub.2/L.566, chapitre 2, §34 p. 10 ; Rüdiger WOLFRUM, « The Protection of Indigenous Peoples in International Law », *Z.a.ö.R.V.*, tome 59, 1999, p. 369.

<sup>706</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, "Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties", *Revue d'études constitutionnelles*, tome IV, n° 2, 1998, pp. 239-289.

souverainetés étatiques actuelles. Confirmée par la doctrine<sup>707</sup> et par les travaux d'élaboration du projet de Déclaration, cette souveraineté autochtone préexistante trouve à s'appliquer à l'époque, sans que cela constitue un anachronisme, et tient compte de l'état du droit international de l'époque. En effet, la colonisation et la subjugation des peuples autochtones est intervenue majoritairement de manière contemporaine ou postérieure à l'émergence de la notion de souveraineté de l'Etat dans le droit international issu du système westphalien<sup>708</sup>. La question de savoir si cette souveraineté autochtone initiale a survécu à la colonisation demeure problématique, et plusieurs cas semblent s'être produits. Certaines ont pu survivre pour coexister avec la souveraineté de l'Etat alors que d'autres ont été éteintes à la faveur du processus d'internalisation des traités autochtones ou de l'intégration des peuples autochtones, favorisée notamment par le caractère éteignable du titre autochtone. Dans ce second cas, les violations par les Etats de leurs engagements au titre du droit international de l'époque ont été ultérieurement dénoncées et reconnues. Dans tous les cas, la reconnaissance récente des peuples autochtones comme peuples titulaires du droit à l'autodétermination apparaît comme la conséquence soit de la survivance d'une souveraineté autochtone résiduelle, soit de la nécessité de corriger la situation et les violations passées des droits autochtones<sup>709</sup>. Il s'agit notamment d'établir la situation telle qu'elle aurait dû être si les Etats, en établissant leur souveraineté sur les peuples autochtones, s'étaient pleinement conformés aux arrangements éventuellement conclus avec eux<sup>710</sup>. Cette réhabilitation voit le rétablissement d'une forme de

---

<sup>707</sup> Malgré l'établissement par certains d'un test de civilisation et d'organisation sociale en vue de déterminer l'éligibilité des peuples autochtones au statut d'Etat souverain, v. James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), pp. 260-267 (section 6.2). Pour la reconnaissance par la doctrine des peuples autochtones comme Etats souverains au moment de leur absorption par la puissance administrante, v. partie I, titre 1 de la présente étude *supra*, et note 734 *infra*.

<sup>708</sup> A certaines exceptions près. Les premiers contacts entre colons et autochtones ont eu lieu antérieurement à cette période notamment sur les territoires faisant aujourd'hui partie des Etats-Unis d'Amérique, de l'Afrique du Sud ou encore de la Fédération de Russie. Cependant, même sur ces territoires, l'immense majorité des arrangements entre l'Etat colonisateur et les peuples autochtones sont postérieurs à l'émergence de la notion de souveraineté.

<sup>709</sup> D'où le recours aux nombreux processus de réparation dans les comportements internes des Etats, et l'insistance de cette correction ou réhabilitation dans la conceptualisation du droit à l'autodétermination (S. James ANAYA, notions d'autodétermination *constitutive* et d'autodétermination *continue* comme formes possibles de l'autodétermination substantielle, qui se distingue quant à elle de l'autodétermination remède).

<sup>710</sup> De nombreux cas peuvent s'analyser en un mouvement de colonisation qui n'aurait jamais été suivi d'un mouvement de décolonisation (notamment aux Etats-Unis d'Amérique, en Australie, au Canada, en Nouvelle-Zélande, au Brésil). Cette situation, qui s'explique souvent par le fait qu'il s'est agi d'importantes colonies de peuplement, apporte une justification supplémentaire à l'éligibilité des peuples autochtones au droit à l'autodétermination en tant que peuple. La différence de situation, au premier chef le caractère mixte de la population, commande que ce droit soit en principe réduit à son expression interne là où le droit des peuples coloniaux à l'autodétermination s'exerçait principalement par leur accession à l'indépendance souveraine. Sur le caractère correctif de la Déclaration, v. S. James ANAYA, « Why there should not have to be a declaration on the rights of indigenous peoples » in *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Aspen-Wolters Kluwer, 2009 et 2011, p. 58 ; A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §36 p. 12 : « [la Déclaration] n'établit pas de droits spéciaux *per se* ; elle a pour objectif de réparer les conséquences historiques persistantes



souveraineté autochtone entendue comme la faculté de déterminer son propre destin et qui soit compatible, par l'exercice d'une autodétermination essentiellement interne, avec la souveraineté de l'Etat.

L'approche dite « remède » apparaît comme le corollaire nécessaire et compensatoire d'une application postcoloniale – c'est-à-dire essentiellement interne – du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones. Les peuples autochtones apparaissent historiquement comme des peuples affectés par un mouvement de colonisation qui n'aurait pas été suivi d'un mouvement de décolonisation. Cette impossibilité, qui justifie la distinction doctrinale entre peuples coloniaux et peuples autochtones, tient à la nature spécifique de la colonisation affectant ces derniers. Les colonisations ou subjugations ayant affecté les peuples autochtones prennent essentiellement la forme d'établissement d'Etats indépendants sur d'anciennes colonies de peuplement – notamment en Afrique du Sud, en Argentine, en Australie, au Brésil, au Canada, aux Etats-Unis d'Amérique ou encore en Nouvelle-Zélande – ou d'annexion de territoires autochtones au sein du territoire national d'un Etat en expansion – notamment en Chine ou en Fédération de Russie. Ces développements apparaissent irréversibles pour des raisons démographiques, ce qui les exclut des situations coloniales classiques éligibles à la décolonisation. L'approche remède dans l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination compense alors l'impossibilité pratique d'une décolonisation à leur bénéfice sans porter atteinte à la stabilité des relations internationales que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est censé soutenir. Sous cet angle, l'aspect remède comme formation et consolidation d'une relation de partenariat entre l'Etat et ses peuples autochtones constitue la matérialisation essentielle de l'exercice interne du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, ce qu'exprime la Déclaration aux alinéas 15 : « les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les Etats » et 18 : « la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les Etats et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi ».

---

du déni du droit à l'autodétermination ». Il s'agit donc d'une application contextuelle et remède de droits existants.

Le second critère fondant l'appartenance des peuples autochtones au statut de peuples au sens du droit international est le principe d'auto-identification subjective des peuples autochtones<sup>711</sup>. Le peuple autochtone doit ainsi avoir la conscience de son particularisme et le désir de perpétuer son intégrité. N'est peuple autochtone que celui qui le revendique. De nombreuses communautés qui satisfont au critère d'antériorité d'occupation et possédant parfois des particularismes culturels visibles ne sont pourtant pas considérées habituellement comme des peuples autochtones en raison du fait qu'elles ne revendiquent pas cette identité. C'est le cas par exemple de la communauté valaque vivant notamment sur une partie du territoire actuel de la Serbie ou encore du peuple kurde dont l'antériorité d'occupation est attestée mais dont les revendications portent plus sur le statut de peuple au sens général que sur celui de peuple autochtone en particulier.

La formule de l'alinéa 7 du préambule de la Déclaration apparaît à cet égard ambiguë, se référant aux « 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 formulation ne doit pas prêter à confusion. Justifié par l'aspect remède caractérisant la démarche générale de reconnaissance des droits des peuples autochtones, le terme « découlent » paraît cependant ici mal choisi dans la mesure où les domaines cités constituent non des fondements du droit des peuples autochtones à l'autodétermination mais plutôt des domaines de son exercice. C'est afin de préserver l'identité et l'intégrité des peuples autochtones notamment dans ces domaines que la reconnaissance de leur existence et de leur souveraineté antérieures sur tout ou partie du territoire de l'Etat contemporain conduit à reconnaître le droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>712</sup>. Le lien avec le fondement du droit des peuples autochtones à l'autodétermination se retrouve ici dans la notion d'auto-identification touchant aux domaines mentionnés. L'aspect remède sous-tendant cet alinéa est confirmé par sa position dans le préambule, immédiatement après l'alinéa 6 faisant état des « injustices historiques » subies par les peuples autochtones et dont il apparaît

---

<sup>711</sup> Cette combinaison de critères objectifs et subjectifs dans la tentative de définition du peuple se retrouve chez Charles CHAUMONT, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », *Annuaire du Tiers-Monde*, n° II, 1975-1976, pp. 15-31.

<sup>712</sup> Ce que confirme l'alinéa 10 : « le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent [lire ici l'exercice de leur droit à l'autodétermination], eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins ».

comme une réponse<sup>713</sup>, puis immédiatement suivi de l'alinéa 8 sur les droits issus des traités et autres arrangements constructifs<sup>714</sup>. Du reste, la pratique interne bien établie d'Etats tels que les Etats-Unis d'Amérique, sous l'angle de la jurisprudence, confirme la conception souple en matière de doctrine du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*, et notamment la faiblesse des restrictions culturelles et, dans une moindre mesure, territoriales<sup>715</sup>.

### B – Déploiement, contenu et portée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination

Les dispositions de la Déclaration adoptée finalement par l'Assemblée générale en 2007 reflètent bien l'évolution de la norme émergente au cours des vingt-cinq années précédentes. Elles constituent un compromis de juste milieu entre les diverses tendances ayant présidé à son émergence, et ainsi il peut être raisonnablement présumé que la norme contenue dans la Déclaration reflète plutôt fidèlement le droit international coutumier, sans certes se confondre avec lui<sup>716</sup>. Néanmoins, la norme contenue par la Déclaration apparaît relativement fidèle à la norme coutumière émergente<sup>717</sup>. Elle en constitue ainsi un énoncé approximatif.

---

<sup>713</sup> Le début de l'alinéa 7 fait lui-même état d'une « nécessité urgente de respecter et de promouvoir » les droits des peuples autochtones. Le langage radical employé par cet alinéa semble ainsi répondre à une volonté de l'Assemblée générale d'afficher sa fermeté et sa détermination en vue de la protection et de la promotion des droits des peuples autochtones.

<sup>714</sup> L'apparente distinction en matière de source entre les droits couverts par l'alinéa 7 et ceux couverts par l'alinéa 8 ne résiste pas à une lecture attentive du texte, et il faut voir dans l'alinéa 8 une manifestation supplémentaire de l'approche remède qui caractérise l'adoption de la Déclaration dans son ensemble.

<sup>715</sup> V. titre 1 de la présente étude et Simon YOUNG, *op. cit.*, 2008 (v. note 58 *supra*), 483 p. La faiblesse des restrictions culturelles – et dans une certaine mesure territoriales – sur la détermination du titre autochtone s'accommode des changements inévitables dans le mode de vie des sociétés autochtones en refusant de lier la jouissance du titre autochtone à l'exigence du maintien, pratiquement impossible, de la situation antérieure à l'établissement de la souveraineté de l'Etat actuel.

<sup>716</sup> La démarche ici suivie suit la logique dite de préconstitution négative de la norme coutumière émergente décrite in Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), pp. 283-293. Cette approche inductive de la détermination de la norme coutumière se retrouve également chez Bruno SIMMA, « International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis », *R.C.A.D.E.*, tome 4, n° 153, 1993, p. 216 et C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »* (France c. Turquie), fond, arrêt, 7 septembre 1927, série A, n° 10, p. 18. Pour une approche critique sur ce point, v. Niels PETERSEN notant le passage d'une démarche inductive privilégiant la pratique vers une démarche interprétative accordant une plus grande place à l'*opinio juris* : « Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation », *American University International Law Review*, tome 23, n° 2, 2007, p. 278.

<sup>717</sup> Cette adéquation relative ressort de l'examen des développements antérieurs et postérieurs à l'adoption de la Déclaration de 2007, mené dans le cadre de la présente étude.

Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est ainsi conçu comme un droit-cadre, c'est-à-dire comme un droit principal premier duquel découle logiquement une série – aux contours encore flous – de droits constitutifs. L'article 3 du dispositif formule la norme émergente comme suit :

« Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. »

Il s'agit de la formule classique du droit des peuples à l'autodétermination que fait l'article premier commun aux deux Pactes internationaux de 1966 et reprise *mutatis mutandis* par la version du projet de Déclaration arrêtée par le Groupe de travail sur les populations autochtones en 1994 puis par celle adoptée par le Conseil des droits de l'homme en 2006<sup>718</sup>. Cet énoncé de principe épuré de toute qualification et rejetant les formes d'illustration concrètes d'exercice dudit droit à des dispositions distinctes dans le texte reflète également le compromis résultant des travaux du Groupe de travail en charge de rédiger un projet de Déclaration. Les consultations supplémentaires tenues en 2006-2007 n'ont pas altéré ce compromis, qui marque une avancée certaine des positions défendues par les représentants autochtones, mais a également contribué au maintien temporaire des positions minoritaires lors du vote final au détriment du consensus. Le caractère direct, non-équivoque et général de la formule ainsi que son inclusion dans un article du dispositif plutôt que dans un alinéa du préambule indiquent qu'il est ici fait clairement référence, sans confusion possible, au droit des peuples à l'autodétermination dont la valeur de *lex lata* et l'existence comme l'un des principes essentiels du droit international sont bien établies. L'alinéa 16 du préambule confirme cette absence d'équivoque en opérant une référence explicite à la Charte des Nations Unies de 1945, aux deux Pactes internationaux de 1966 ainsi qu'à la Déclaration et au Programme d'action de Vienne de 1993 comme sources de la définition générale du droit des peuples à l'autodétermination<sup>719</sup>. L'absence d'aucune forme de qualification dans l'article 3

---

<sup>718</sup> Comparer notamment les articles 3 respectifs de la Déclaration (document A/RES/61/295 du 13 septembre 2007, p. 4), du projet de Déclaration adopté par le Conseil des droits de l'homme en 2006 (document A/HRC/1/L.3 du 21 juin 2006, p. 6) et de celui adopté par la Sous-Commission en 1994 (document E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 du 20 avril 1994, p. 3). Seule la dénomination de « droit à disposer d'eux-mêmes » a fait place à celle de « droit à l'autodétermination », ces deux formules étant généralement employées de manière strictement équivalente, comme synonymes. La Déclaration elle-même emploie indifféremment les deux formules : v. d'une part l'alinéa 16 du préambule et d'autre part l'alinéa 17 du préambule ainsi que les articles 3 et 4 du dispositif.

<sup>719</sup> Le remplacement de la référence à la *Déclaration touchant les relations amicales entre les Etats* de 1970 par une référence à la *Déclaration et au Programme d'action de Vienne* de 1993 apparaît cumulatif, la seconde se

lui-même assure la sauvegarde de son essence et de sa force principielle. Ancien article 3bis inchangé, l'article 4 apparaît comme une extension de l'article 3 car il précise les modalités d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination : « [I]es peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes. » Le système formé par ces deux articles met en jeu une autodétermination essentiellement interne, c'est-à-dire consistant en une autonomie politique substantielle ou auto-administration à l'intérieur de l'Etat constitué. Cette conceptualisation de l'autodétermination est conforme aux évolutions de la pratique en matière d'exercice de l'autodétermination dans le contexte postcolonial, constaté par la doctrine générale<sup>720</sup>.

Les dispositions de la Déclaration concernant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination confirment, sans changement substantiel, celles du projet de Déclaration adopté en 2006. Les deux évolutions principales opérées lors des consultations supplémentaires de 2007 en réponse aux inquiétudes de certains Etats sont la réintroduction d'une référence expresse à l'intégrité territoriale des Etats à l'article 46.1 du dispositif ainsi que la mention de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993 à l'alinéa 16 du préambule aux côtés des autres instruments internationaux pertinents. Bien qu'en tant que production des réalités sociales qu'il reflète, le droit international constitue un champ souple appelé à une évolution constante, la Déclaration finalement adoptée par l'Assemblée générale,

---

référant expressément à la première (v. doc. A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, §2 p. 4). Il ne saurait donc s'agir d'un abandon pur et simple de toute référence à la Déclaration de 1970 qui demeure de manière indirecte.

<sup>720</sup> V. *inter alia* Alain PELLET, « Qui a peur du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? », *Critique socialiste*, 1984, pp. 89-104 ; James ANAYA, « A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination », *Transnational Law and Contemporary Problems*, tome 3, n° 1, printemps 1993, p. 131 ; Erica-Irene DAES, « Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination », *Transnational Law and Contemporary Problems*, tome 3, n° 1, printemps 1993, p. 1 ; Malcolm N. SHAW, « Peoples, Territorialism and Boundaries », *J.E.D.I.*, tome 8, n° 3, 1997, pp. 478-507 ; Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), pp. 587-613 ; James CRAWFORD, « The Right of Self-Determination in International Law: Its Development and Future » in Philip ALSTON (dir.), *Peoples' Rights*, R.C.A.D.E., tome IX, n° 2, Oxford University Press, 2002, p. 7 ; Jeff CORNTASSEL, « Toward Sustainable Self-Determination: Rethinking the Contemporary Indigenous-Rights Discourse », *Alternatives*, tome 33, 2008, pp. 105-132 ; Marc WELLER, *Escaping the Self-Determination Trap*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 23-29, 78-90 et 144-157 ; « Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments », *J.E.D.I.*, tome 20, n° 1, 2009, pp. 111-165. La problématique est ainsi mise en perspective par Michla POMERANCE, *Self-Determination in Law and Practice – The New Doctrine in the United Nations*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, pp. 73-74 : « the determination of which « self » is entitled to determine what, when, and how, remains the central question which eludes simple objective answers [...]. The problem becomes one of balancing conflicting principles, of maximizing individual and group rights while respecting the rights of other individuals and collectives and preserving international peace and security. Such complexity can only be handled by means of a flexible approach which sees self-determination as a continuum of rights, as a plethora of possible solutions, rather than as a rigid absolute right to full “external” self-determination”.

l'organe au rang et à la représentativité les plus élevés de l'O.N.U., marque un affermissement des positions et des normes contenues dans le texte. Leur consécration, au détriment d'une minorité persistante, trouve une indication en ce sens dans le texte de la Résolution 61/295 portant adoption de la Déclaration. En effet, la Résolution fonde la légitimité de son adoption du texte d'une part sur la Résolution 1/2 du Conseil des droits de l'homme adoptant le projet de Déclaration et qui constitue le résultat des travaux préparatoires menés dans le cadre de l'O.N.U., et d'autre part sur le résultat des consultations supplémentaires tenues en 2006-2007. Ces précisions dans le texte de la Résolution renforcent la valeur définitive des dispositions de la Déclaration entendues comme des normes minimales de comportement à l'adresse des Etats membres, autrement dit comme un acquis dont l'évolution future ne peut aller que dans le sens d'un progrès. Une évolution ultérieure régressive s'inscrirait effectivement en violation de l'esprit de la Résolution portant adoption de la Déclaration.

Le premier alinéa du préambule rappelle que l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale est « *Guidée* par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies ». La référence inclut logiquement le droit des peuples à l'autodétermination auquel la Charte fait référence à ses articles 1.2 et 55, et dont elle semble faire découler certaines obligations des Etats membres et de l'O.N.U. elle-même<sup>721</sup>. C'est donc de manière délibérée que la suite du premier alinéa fait référence aux obligations imposées par la Charte aux Etats membres. Le droit des peuples à l'autodétermination est ainsi consacré comme le principe central soutenant l'architecture de la Déclaration. Il sous-tend chaque disposition du texte, au-delà de ses droits constitutifs. Sous l'angle culturel, l'alinéa 3 du préambule exprime le principe éthique d'unité dans la diversité sous-tendant la dynamique de développement du droit des peuples à l'autodétermination et, au-delà, du droit international contemporain notamment sous l'impulsion du corpus des droits de l'homme. L'alinéa 6 place le droit à l'autodétermination dans le cadre de l'approche remède de laquelle ce droit tire une partie de son fondement. L'approche remède en affecte ainsi également les formes d'exercice.

L'exercice interne du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous forme d'une autonomie politique prévue par les articles 3 et 4 du dispositif voit sa portée détaillée plus loin dans le dispositif de la Déclaration, tant au plan des domaines couverts par l'exercice de ce droit que par la question de sa qualification ou limitation éventuelle à sa dimension

---

<sup>721</sup> V. en outre l'alinéa 19 du préambule exhortant les Etats à « mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux ».

interne. L'article 5 prévoit les domaines d'exercice de l'autonomie politique ou auto-administration. Le « droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes » fait écho à l'antériorité de présence des peuples autochtones en supposant la préexistence de ces institutions. Celles-ci constituent non la source mais autant de manifestations de l'antériorité autochtone et de la souveraineté résiduelle qui en découle.

L'article 5 explicite deux dimensions de l'exercice interne de l'autodétermination que sont d'une part l'autonomie politique – englobant l'ensemble des domaines énumérées en fonction du désir des peuples autochtones – et d'autre part la participation volontaire « à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'Etat », ce qui couvre essentiellement le droit à la consultation et concertation de bonne foi avec l'Etat à travers des mécanismes de prise de décision dans les affaires concernant les peuples autochtones. Il s'agit ici du principe de consentement préalable, libre et éclairé. Matérialisation de la relation de partenariat entre l'Etat et ses peuples autochtones évoquée au préambule, la consultation au sens large et inclusif de coopération est vue comme un principe d'application des autres droits garantis par la Déclaration, en témoignent les articles 10, 11.2, 12.2, 14.3, 15.2, 17.2, 18, 19, 22.2, 23, 27, 29.2, 30, 31.2, 32.2, 36.2 et 38.

Faisant écho à l'article 5, l'article 8.1 souligne le principe directeur de l'exercice par les peuples autochtones du droit à l'autodétermination : son objectif est de sauvegarder l'intégrité des peuples autochtones sous toutes ses formes, et notamment identitaire, politique, économique, juridique, culturelle ou encore linguistique. Il s'agit d'éviter les deux extrémismes contraires que sont l'assimilation forcée et la discrimination. D'autres articles vont dans le sens des articles 5 et 8, notamment les articles 9, 11.1, 12.1, 13.1, 14.1, 15.1, 16.1, 20, 24.1, 25, 26.1, 26.2, 27, 28.1, 29.1, 31.1, 32.1, 33.1, 34, 35 et 37. Ils peuvent être considérés comme autant de formes d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, ou comme autant de droits constitutifs ou corollaires<sup>722</sup> de ce droit-cadre. Ainsi, parmi les formes d'exercice interne de l'autodétermination par les peuples autochtones, il faut citer *inter alia* le droit des peuples autochtones à la jouissance de leurs ressources

---

<sup>722</sup> Il s'agit à proprement parler uniquement de droits constitutifs dans le contexte présent. L'emploi de l'expression « droits constitutifs ou corollaires » rend compte du fait que la plupart des droits constitutifs en jeu font l'objet d'une existence autonome lorsqu'ils sont situés en dehors de la problématique des peuples autochtones. Lorsqu'ils sont situés dans le contexte des peuples autochtones et mis en relation avec la norme à l'étude, ces droits « corollaires » deviennent *ispo facto* constitutifs de celle-ci.

naturelles et à la conservation de leurs liens avec leurs territoires ancestraux, le droit au développement<sup>723</sup>, le droit à l'intégrité culturelle, linguistique, juridique et religieuse, le droit à la propriété intellectuelle<sup>724</sup> portant sur les aspects spécifiques de leur culture, le droit à l'éducation suivant leur culture, le droit à créer et maintenir leurs institutions politiques leur garantissant une forme d'autonomie politique substantielle – auto-administration ou en anglais *self-government* – ou encore le droit à la démocratie ou à la participation dans la vie politique de l'Etat *via* un processus de consultation en matière de prise de décision dans les affaires les concernant<sup>725</sup>. Enfin, l'exercice de ces droits constitutifs du droit à l'autodétermination doit s'effectuer en vertu du principe du consentement libre, éclairé et préalable, ce qui ramène la mise en place de l'autonomie politique en pratique à un partage négocié du pouvoir entre l'Etat et ses peuples autochtones. L'autonomie politique peut avoir une assise territoriale lorsque les peuples autochtones ont maintenu le lien à leurs territoires ancestraux ou ont d'une autre manière un ancrage territorial<sup>726</sup>, mais peut aussi prendre la forme d'un régime déterritorialisé. La plupart de ces droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sont liés entre eux et difficilement dissociables, c'est-à-dire que leur plein exercice est facilité lorsqu'ils sont exercés simultanément, dans une dynamique de renforcement mutuel. Ce contenu et cette portée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ne prétendent pas ici à l'exhaustivité en raison de leurs contours encore

---

<sup>723</sup> *Les peuples autochtones et leur droit au développement, y compris le droit de participer au développement qui les concerne*, note, Groupe de travail sur les populations autochtones, 19<sup>e</sup> session, 20 juin 2001, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2001/2, §8 p. 3 : « le droit de l'homme au développement suppose aussi la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes qui comprend [...] l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles » (citant le projet de Déclaration).

<sup>724</sup> *Déclaration de Mataatua sur les droits culturels et de propriété intellectuelle des peuples autochtones*, juin 1993, alinéa 5 du préambule : « We declare that Indigenous Peoples of the world have the right to self-determination : and in exercising that right must be recognized as the exclusive owners of their cultural and intellectual property » ; *Protection de la propriété intellectuelle et des biens culturels des peuples autochtones*, Erica-Irene DAES, Rapporteur spécial, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 28 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/28, §4 p. 4 « La protection de la propriété culturelle et intellectuelle dépend pour l'essentiel de l'exercice des droits territoriaux et du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes » et §162 p. 44 : « Si l'érosion du patrimoine des peuples autochtones se poursuit, cela sera fatal à l'autodétermination et au développement de ces peuples ».

<sup>725</sup> Outre les références précitées sur ce point, v. Michla POMERANCE, *op. cit.*, 1982 (v. note 720 *supra*), p. 73 : « since at root it embodies the quintessentially democratic concept of « consent of the governed », self-determination ought to be approached from a truly democratic perspective. »

<sup>726</sup> Sans que cela ne représente une menace contre l'intégrité territoriale de l'Etat: V. Malcolm N. SHAW, *op. cit.*, 1997 (v. note 720 *supra*), p. 488 : « One cannot confuse internal territorial rights with territorial sovereignty », s'appuyant sur l'article 24 du projet de Déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones de 1995 (OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1). Cette interprétation est du reste confirmée par le refus constant de la plupart des Etats d'un exercice externe du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, tant chez les Etats opposés (v. notes 914-919 *infra*) que chez les Etats ayant voté en faveur du texte (v. note 901 *infra*).



flous<sup>727</sup>. Il s'agit néanmoins de s'en approcher le plus possible en gardant à l'esprit que la norme en question demeure fluide et évolutive.

A un tel contenu du droit des peuples autochtones à l'autodétermination répondent des modalités de mise en œuvre que l'on retrouve avec régularité dans la pratique des Etats à laquelle répond un sentiment de droit. Il faut d'abord noter les moyens législatifs, constitutionnels, la jurisprudence et les mécanismes institutionnels de représentation politique ou de réalisation de l'autonomie, consacrant la reconnaissance et la protection des droits constitutifs et des principes d'application du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne. Outre ces moyens à caractère contraignant, le recours à des moyens politiques négociés constitue également une forme de réalisation de ces droits. Il s'agit de la mise en place de négociations directes conduites de bonne foi entre l'Etat et ses peuples autochtones et aboutissant souvent à la conclusion de traités, d'accords négociés ou autres arrangements constructifs contemporains en matière de restitution ou de réparation. La résolution des différends peut être également médiate ou indirecte. Une institution indépendante s'intercale alors entre l'Etat et les peuples autochtones. Il s'agit notamment de la mise en place d'instituts ou d'agences de protection ou de promotion de certains droits autochtones, ou encore de commissions spécialisées, permanentes ou *ad hoc*, telles les commissions vérité et réconciliation ou des commissions d'enquête, parfois à caractère quasi-judiciaire. Les décisions ou conclusions de ces institutions ont le plus souvent un caractère de recommandation, mais leur poids politique fait qu'il est difficile pour l'Etat de les ignorer.

Bien que ces processus politiques constituent autant de formes d'application du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, leur originalité tient en ce qu'ils consacrent

---

<sup>727</sup> V. Malcolm M. SHAW, *op. cit.*, 1997 (v. note 720 *supra*), p. 484: "As Brownlie has noted, the principle [of self-determination] has a core of reasonable certainty and this consists in 'the right of a community which has a distinct character to have this character reflected in the institutions of government under which it lives'. Self-determination constitutes a collective assertion or manifestation of a bundle of human rights" (citant Ian BROWNLIE, "The Rights of Peoples in International Law", in James CRAWFORD (dir.), *op. cit.*, 1988 (v. note 53 *supra*), p. 5, et renvoyant à Antonio CASSESE, *op. cit.*, 1995 (v. note 542 *supra*), p. 302 et suiv.), et poursuit plus loin: "Quite which rights might fall within the principle of self-determination is perhaps unsettled and 'international as it currently stands does not spell out all the implications of the right to self-determination'" (citant l'avis n° 2 (sur l'autodétermination) de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie, 11 janvier 1992, *International Law Review*, 1992, p. 168). De fait, le contenu exact du droit des peuples à l'autodétermination et tous les droits qui en relèvent ne pas encore complètement fixés. Les marges ne sont pas importantes, seule compte en l'espèce la validation de l'existence de ce droit et le dégagement d'un corpus minimal constitutif certain. La démarche dans le cas d'espèce n'a pas d'ambition de fixer un corps exhaustif et immuable de droits constitutifs de la norme à l'étude mais à la meilleure approximation possible dans l'état du droit international contemporain.

une forme visible d'intrication entre des processus de prise de décision politique et des processus de prise de décision juridique, dont Sir Robert Jennings invoque la complémentarité en termes d'efficacité<sup>728</sup>. La différence du contexte dans lequel il développe cette considération ne rend pour autant pas celle-ci sans pertinence dans le cas présent. Cette « incursion » de la politique dans le droit apparaît comme un phénomène inévitable si on considère avec la doctrine objectiviste que le droit est avant tout le produit de relations sociales qu'il est censé accompagner. Propre à la notion même de droit, cette dimension politique trouve dans le cas des droits des peuples autochtones un reflet d'une acuité particulière, surtout s'agissant de la mise en œuvre de la dimension remède ou réparatoire concernant des violations par l'Etat de ses obligations à une époque reculée. L'état plus rudimentaire du droit international à cette époque peut être facteur d'incertitude quant à l'interprétation de la portée exacte de la ou des violations(s) à l'origine du préjudice et de la discrimination subis par les peuples autochtones. La double dimension politico-juridique dans le régime émergent représente alors une tentative de réponse au dilemme classique entre paix et justice qui affecte les réflexions en matière de gestion et résolution de conflits<sup>729</sup>.

L'interprétation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination en tenant compte du désir particulier de chaque peuple autochtone concernant les éléments nécessaires au contrôle de son destin propre implique que la réalisation de ce droit ne dépend pas de la réalisation de la totalité des droits prévus dans la Déclaration. Cette liste constitue un cadre général mais chaque peuple autochtone demeure libre de déterminer, en fonction de son contexte spécifique, si la réalisation de son droit à l'autodétermination nécessite l'exercice de tout ou partie des droits entrant dans son champ. Le caractère multiforme de ce droit qui ressort du texte de la Déclaration suggère que, tout en se situant dans le cadre général de la Déclaration, la réalisation de ce droit est essentiellement multiforme, partielle et variable suivant la diversité des contextes spécifiques. Le cadre général prévu par les articles 3 et 4 ainsi que ses illustrations fragmentaires par les autres articles pertinents interdisent de figer l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans un cadre rigide. Il ne

---

<sup>728</sup> Sir Robert Yewdall JENNINGS, "Presentation by Sir Robert Jennings" in Connie PECK, Roy S. LEE (dir.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Court*, La Haye, Kluwer Law International incorporating Martinus-Nijhoff Publishers, 1997, p. 79.

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 78 : "it has to be recognized that there are even essentially legal disputes where an attempt to settle by resort to a court or tribunal might only exacerbate tensions, rather than resolve them and where what is needed, instead, is clever "management" of the situation" (v. aussi Andrew K. COLEMAN, *Resolving Claims to Self-Determination – Is there a role for the International Court of Justice?*, New-York, Routledge, 2013, p. 317).

s'agit pas de la réalisation d'un résultat définitif qui remplirait chacune des modalités nécessaires à son atteinte, mais plutôt de la mise en place d'un processus continu dont les termes, situés dans le cadre large prévu par les dispositions de la Déclaration et en particulier les articles 3 et 4, feraient l'objet d'une négociation constante entre les peuples autochtones et l'Etat. En d'autres termes, l'essence du droit prévu à l'article 3 est le partage négocié du pouvoir politique entre l'Etat et ses peuples autochtones. Le processus importe plus que le résultat notamment parce que ce processus est permanent, sans cesse renouvelé. L'autodétermination comme processus continu qui ressort des dispositions de la Déclaration, de la pratique interne des Etats et du consensus progressif trouve écho dans la doctrine qui distingue plusieurs dimensions de l'autodétermination telles que l'autodétermination, constitutive ou constitutionnelle, l'autodétermination substantielle, l'autodétermination remède ou encore l'autodétermination continue<sup>730</sup>. Ces qualificatifs illustrent en outre les divers fondements du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, tant dans l'aspect remède ou réparatoire – consistant à rechercher autant que possible le rétablissement de la situation antérieure *via* un partage négocié du pouvoir, le cas échéant au moyen de traités et autres arrangements constructifs – que dans l'aspect essentiel ou intrinsèque. En vertu de ce double fondement, les peuples autochtones jouissent du droit à l'autodétermination comme forme de réparation des violations passées de leurs droits mais aussi en tant que peuple au sens du droit international. L'aspect remède s'ajoute à l'aspect intrinsèque mais ne constitue pas une condition nécessaire à la jouissance par les peuples autochtones du droit à l'autodétermination.

La force persuasive de la Déclaration est soutenue par le fait qu'elle incite les Etats à prendre des mesures volontaires pour assurer l'application de ses dispositions. L'article 8.2 prévoit que « Les Etats mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces ». Ce type de formule se retrouve dans les articles 11.2, 12.2, 13.2, 14.3, 15.2, 16.2, 17.2, 19, 21.2, 22.2, 26.3, 27, 29.2, 29.3, 30.2, 31.2, 32.2, 32.3, 36.2, 37.1 et 38. Le style normatif se retrouve dans l'énonciation de droits selon des formule de type : « les peuples autochtones ont le droit de ». Bien que la Déclaration soit dénuée en principe de force juridique obligatoire, son langage est normatif, rappelant le style de dispositions

---

<sup>730</sup> S. James ANAYA, *op. cit.*, 2004 (v. note 40 *supra*), pp. 103-110 ; Marc WELLER, *op. cit.*, 2009 (v. note 720 *supra*). Selon l'édifice théorique proposé par Anaya, distinction est faite entre autodétermination substantielle et autodétermination remède. Les dimensions constitutive et continue constituent deux aspects possibles de l'autodétermination substantielle. L'autodétermination remède consiste en des mesures prises en vue de remédier à une violation de l'autodétermination constitutive.

conventionnelles obligatoires<sup>731</sup>. Ces incitations ainsi formulées contribuent à placer la valeur de la Déclaration au-delà de la simple recommandation.

Le champ de déploiement du droit des peuples autochtones à l'autodétermination se trouve au point d'intersection entre les champs conceptuels d'intégrité territoriale de l'Etat, de la reconnaissance des peuples autochtones comme peuples au sens du droit international et de l'évolution postcoloniale du droit à l'autodétermination, ce qui lui confère sa dimension principielle interne. Découlant du caractère des peuples autochtones de peuples au sens du droit international, leur bénéfice du droit à l'autodétermination s'appuie sur la souveraineté antérieure et résiduelle de ces peuples. Tout se passe comme si la souveraineté initiale des peuples autochtones découlant de leur antériorité d'occupation avait survécu de manière résiduelle à l'établissement de souveraineté de l'Etat actuel, entraînant une situation contemporaine de cohabitation de deux souverainetés concurrentes sur un même territoire sans que cette situation ne présente nécessairement un caractère conflictuel ou contradictoire<sup>732</sup>. Elle présuppose plutôt une identification médiate des peuples autochtones à l'Etat : entre l'Etat et les peuples autochtones s'intercale la présomption du consentement libre et éclairé des peuples autochtones à l'établissement de la souveraineté de l'Etat, sans imposition de l'extérieur. Ce consentement préalable apparaît comme une trace de la souveraineté première puis résiduelle des peuples autochtones, de la souveraineté conditionnelle de l'Etat ou encore de la coexistence de deux souverainetés s'exprimant différemment et sans contradiction tant qu'elles cohabitent au moyen de la coopération et consultation. Cette interprétation offrirait l'avantage de dépasser le cadre « remède » envisagé par S. James Anaya<sup>733</sup> et d'inscrire l'autodétermination dans un cadre pérenne en lui conférant un aspect substantiel.

---

<sup>731</sup> V. examen *supra* sur ce point du projet de Déclaration, pp. 166-213.

<sup>732</sup> Pour un déploiement de la notion de souveraineté des peuples autochtones au sein de l'Etat constitué contemporain, v. Siegfried WIESSNER, « Indigenous Sovereignty: A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, tome 41, 2008, pp. 1141-1176. Il est intéressant de noter que dans un contexte distinct et partant de postulats différents, certains auteurs de la doctrine soviétique semblaient aboutir à une conclusion similaire, v. Lidiya A. MODJORIAN : « les nations et les peuples, luttant [activement] pour leur indépendance, sont des sujets souverains du droit international à égalité avec les Etats ». La raison en est « le principe d'autodétermination [qui] avait été reconnu [et accepté] par la vaste majorité des Etats du monde. » (*Субъекты международного права* (« Les sujets du droit international »), Moscou, Gosurizdat, 1958, p. 19 ; v. aussi dans ce sens Fiodor I. KOJEVNIKOV, *Учебное пособие по международному публичному праву – Очерки* (« Tutoriel de droit international public – Essais »), Moscou, Юрид. Изд-во, МЮ СССР, 1947, p. 51).

<sup>733</sup> S. James ANAYA, *op. cit.*, 2004 (v. note 40 *supra*), pp. 106-110. Il opère une distinction entre l'aspect substantiel et l'aspect remède d'un même droit à l'autodétermination.

Par contraste, l'approche d'un exercice du droit à l'autodétermination fondée sur le principe du remède ou de la réparation a pour objectif de rétablir, dans la mesure du possible, les peuples autochtones dans la situation dont ils ont été privés lors de leur subjugation, qui a entraîné essentiellement la disparition de leur personnalité juridique internationale. Les changements irréversibles nés de l'évolution et du développement des sociétés depuis ce moment limitent généralement fortement la possibilité même du mouvement à rebours de la réparation. Le droit international de l'époque reconnaissait parfois une certaine forme de souveraineté autochtone initiale<sup>734</sup>. Cette reconnaissance, parfois confirmée – mais pas nécessairement – par la conclusion de traités ou la reconnaissance du titre autochtone, peut être constatée notamment en Algérie, à Hawaii, à Madagascar, au Maroc, au Swaziland, aux Îles Tonga et en Tunisie. Également, la Confédération des tribus unies de Nouvelle-Zélande formée en 1834, peu avant la conclusion du Traité de Waitangi, constitue une reconnaissance expresse de la souveraineté māorie par le Royaume-Uni<sup>735</sup>. Même lorsque la reconnaissance d'une souveraineté antérieure fait défaut, l'existence juridique des peuples autochtones est généralement reconnue. En effet, les doctrines de la *terra nullius*, rejetées depuis par le droit international et par la Déclaration elle-même, ne semblent avoir été appliquées que dans des cas restreints<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> V. James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), p. 260 : « *it is clear that some indigenous communities were regarded not only as legal occupants of their territory but as fully sovereign States in international law* » ; M. F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law: Being a Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Londres, Longmans, Green & Co., 1926, pp. 10-47. V. aussi l'examen *supra* sur la reconnaissance du droit international de l'époque de la souveraineté des peuples autochtones antérieurement à leur colonisation. La persistance de l'influence du droit naturel y apparaît pour beaucoup. De fait, les traités conclus entre États et autochtones apparaissent comme l'absorption d'un sujet de droit international par un autre, un peu à l'image de l'absorption de la République démocratique allemande par la République fédérale d'Allemagne lors de la réunification allemande du 3 octobre 1990. La persistance d'une souveraineté autochtone résiduelle se fonde sur les vices lors de l'absorption, notamment la situation inégalitaire de négociation, l'absence de consentement libre, éclairé et préalable de la part des peuples autochtones, le caractère souvent contraint de la conclusion des traités et autres arrangements constructifs ainsi que leur violation ultérieure par l'État. Les approches dites remède et pérennes se mélangent ici. Pour le rôle des traités autochtones et autres arrangements constructifs dans la reconnaissance de la souveraineté autochtone initiale, v. partie I de la présente étude, *supra*.

<sup>735</sup> V. James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), pp. 261-263. La Confédération a été constituée sous l'impulsion du résident britannique et suivi par une déclaration d'indépendance le 28 octobre 1835. Le traité de Waitangi signé le 6 février 1840 consacre le début d'une controverse quant à sa consécration (notamment son article 1) d'une cession pleine et entière de la souveraineté māorie à la Couronne britannique. Cependant, c'est bien l'existence de cette souveraineté initiale qui sous-tend la reconnaissance contemporaine, au bénéfice des Māoris, de nombre de droits constitutifs du droit à l'autodétermination. La question de la cession de souveraineté, soulevée par la tribu Ngāpuhi, est actuellement examinée par le Tribunal de Waitangi (*Te Pāparahi o te Raki*, Wai 1040, affaire en cours). V. aussi sur ce point Paul MOON, *Te Ara Ki Te Tiriti : The Path to the Treaty of Waitangi*, Auckland, David Ling Publishing, 2002, 228 p.

<sup>736</sup> V. James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), p. 265, évoquant les cas de l'Australie et de l'Île du Sud de la Nouvelle-Zélande.

Quant au titre autochtone, il semble pouvoir s'interpréter dans ce cadre comme une preuve non nécessaire ou comme une confirmation de l'existence de la souveraineté autochtone antérieure ainsi que de sa survivance résiduelle dont la souveraineté de l'Etat s'accommode selon la formule usuelle de « *burden upon State sovereignty* » dans la doctrine anglo-saxonne du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*. En outre, le titre autochtone peut également raisonnablement constituer aujourd'hui une forme d'exercice de l'autodétermination autochtone au titre des droits fonciers. Son caractère théoriquement éteint sous des conditions strictes et restrictives requérant une manifestation d'intention unilatérale et claire de la part de l'Etat ne présente pas, à l'examen, un obstacle à une telle interprétation. En effet, loin d'être systématiques, de telles extinctions pourtant autorisées par la doctrine de *Common law* se sont généralement limitées aux besoins fonciers strictement nécessaires au développement de la colonisation. Cette retenue pourrait suggérer la tendance à une pratique d'abstention consciente et délibérée chez les Etats intéressés. L'article 45 de la Déclaration de 2007 va dans le sens du caractère de moins en moins acceptable de l'extinction du titre autochtone : « [a]ucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquérir à l'avenir ». Le champ d'application de cet article se limite à des droits. Cependant, la pratique consciente et délibérée d'abstention de la part des Etats en matière d'extinction de titre autochtone suggère qu'en dépit de la distinction de principe réaffirmée par ces Etats entre la notion de titre et celle de droit, notamment dans la doctrine du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*, les Etats ont en définitive tendu à traiter le titre autochtone comme un droit. Leur pratique d'abstention peut être raisonnablement interprétée comme reflétant un certain sentiment de droit dans le sens d'une obligation même vague de respect des acquis autochtones, alors même que la *Common law* ne les contraint pas aux efforts d'une telle accommodation et les autorise même expressément à y mettre fin. Le titre autochtone peut donc être présumé couvert par l'article 45. Quant à lui, l'article 10 exclut pratiquement la possibilité d'extinction du titre autochtone par l'Etat : « Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour ». C'est bien ici le titre autochtone qui est protégé par l'exercice du principe de consultation et du consentement libre, préalable et éclairé. En pratique, la subordination de modifications territoriales à ce principe rend impossible l'extinction unilatérale du titre autochtone par l'Etat. Sans se référer expressément

au titre autochtone, l'article 10 l'incorpore dans le champ d'application d'un droit foncier. Si la Déclaration ne reprend pas expressément la notion de souveraineté autochtone antérieure ou résiduelle, l'idée de souveraineté résiduelle semble sous-jacente dans les dispositions relatives aux possessions et ressources autochtones<sup>737</sup>. Dans le même sens, l'idée d'une souveraineté permanente des peuples autochtones sur leurs ressources naturelles s'est progressivement imposée<sup>738</sup>. Ainsi, l'extinction du titre autochtone, possibilité hautement théorique, semble se heurter aux développements tant en matière de pratique que d'*opinio juris*.

Le titre autochtone peut alors être appréhendé sous une double dimension. En tant qu'indice de l'existence d'une souveraineté première des peuples autochtones, le titre autochtone est éteignable car il se déploie dans le cadre prévu par les divers systèmes juridiques le régissant et le reconnaissant, notamment la *Common law*. Ce titre apparaît initialement comme une tolérance de l'Etat. En tant que forme d'exercice des droits ancestraux fonciers attachés au droit des peuples autochtones à l'autodétermination, le titre autochtone n'est pas susceptible d'extinction unilatérale de la part de l'Etat car il relève du droit international des droits de l'homme. Il devient alors assimilable à un droit. L'assise du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sur la qualité de peuple de ses titulaires, elle-même liée à leur souveraineté initiale, a pour conséquence de rendre la doctrine du titre autochtone de moins en moins tenable parce que cette reconnaissance se pose en contradiction avec la faculté d'extinction.

Ainsi, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination tire ses fondements d'au moins deux éléments. D'une part, il s'agit de la souveraineté première puis résiduelle des peuples autochtones, leur conférant le statut de peuple en vertu de leur présence antérieure suivie d'une cession non-consensuelle donc contestable de souveraineté – aspect dit substantiel ou intrinsèque du droit. Ce peuple est autochtone en raison de son antériorité de présence ainsi que de la revendication de cette identité. D'autre part, il s'agit de la nécessité juridique de réparer les violations par les Etats des obligations leur incombant envers les

---

<sup>737</sup> V. articles 8.2.b, 25, 26, 28 et 29.1.

<sup>738</sup> La Présidente-Rapporteur Erica-Irene Daes a proposé de reprendre pour les peuples autochtones l'idée de la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 relative aux peuples coloniaux : *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. DAES, Sous-Commission, 56<sup>e</sup> session, 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 28 p., et *Addendum*, 12 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30/Add.1, 56 p. V. aussi Jérémie GILBERT, *Indigenous Peoples' Land rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006, pp. 209-215.

peuples autochtones – aspect dit remède. Ces violations du droit international de l'époque, souvent une méconnaissance du principe de bonne foi présidant à une subjugation subie des peuples autochtones, donnent lieu aujourd'hui à la recherche d'une solution de compromis et de cohabitation respectueuse et négociée sur une base équitable, dans l'impossibilité de rétablir la situation antérieure. Présent dans la plupart des cas, ce fondement remède n'est pas nécessaire. Seul le premier fondement est requis, à savoir la souveraineté initiale attachée au peuple autochtone qui tire lui-même sa qualité de l'antériorité d'occupation et de son auto-identification autochtone.

*§2 – Insertion du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le cadre général des droits de l'homme*

Le processus coutumier place la norme émergente dans le cadre général des droits de l'homme, ce que confirme notamment l'alinéa 22 du préambule de la Déclaration : « *[c]onsidérant et réaffirmant* que les peuples autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples ». De même, l'article 1 prévoit que « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme. » Cet enracinement de la norme émergente dans le cadre général des droits de l'homme s'effectue *via* le caractère collectif du droit des peuples à l'autodétermination, entendu comme condition première de réalisation des autres droits, collectifs comme individuels, des peuples autochtones.

*A – Limites du droit-cadre*

La doctrine apparaît divisée sur la question de l'acceptation d'une structure en droit-cadre pour le droit des peuples à l'autodétermination. Si la doctrine générale semble ne pas y



faire obstacle, certaines réserves ont été formulées<sup>739</sup>. En substance, tout en reconnaissant la souplesse offerte par la notion de droit-cadre, ces objections rejettent le lien opéré entre le droit des peuples à l'autodétermination et d'autres droits de l'homme sous peine d'appauvrir et d'affaiblir l'ensemble de ces droits. Ce lien, perçu comme ténu et partiel, présenterait le double danger d'une part d'évacuer la dimension essentiellement politique du droit des peuples à l'autodétermination et d'autre part de figer les droits de l'homme qui y sont artificiellement rattachés, de les vider de leur substance et d'en empêcher l'évolution future. Un amalgame dangereux serait de plus opéré entre certains droits proches mais pourtant bien distincts. L'efficacité juridique de ces droits et la protection qu'ils sont censés garantir en seraient d'autant diminuées. De fait, certains Etats ont vu dans la conceptualisation du droit à l'autodétermination comme droit-cadre une occasion de tenter de le vider de son essence politique afin de le rendre conforme à leurs intérêts<sup>740</sup>. Ces tentatives d'établissement d'un double standard derrière le terme d' « autodétermination », on l'a vu, se sont soldées par un échec.

Ces limites de la conceptualisation du droit à l'autodétermination sous forme de droit-cadre doivent être reconnues. Cependant, leur portée doit être pondérée au regard de certaines caractéristiques de ce droit qui ressortent du présent examen du processus coutumier à l'œuvre. Premièrement, il convient de garder à l'esprit que quelle que soit sa forme partielle d'exercice ou les caractéristiques spécifiques de son peuple titulaire, le droit des peuples à l'autodétermination revêt toujours une essence éminemment politique. Ses droits constitutifs n'en sont que des expressions partielles dans des domaines variés. Ce caractère protéiforme du droit à l'autodétermination était déjà décelable dans les situations de décolonisation. Entendu essentiellement comme le droit pour un peuple de voir sa volonté reflétée dans son gouvernement, le droit à l'autodétermination ainsi conçu le plus largement possible trouve à s'appliquer tant aux situations de décolonisations qu'aux autres cas<sup>741</sup>. Si elle s'est accrue

---

<sup>739</sup> V. Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 128 ; Rodolfo STAVENHAGEN, "Self-Determination: Right of Demon?" in Donald CLARK, Robert G. WILLIAMSON (dir.), *Self-Determination: International Perspectives*, New-York, St Martin's Press, 1996, p. 7 ; Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007 (v. note 189 *supra*), pp. 153-154.

<sup>740</sup> V. notamment la déclaration du représentant de la République du Pérou du 8 décembre 1998 lors de la quatrième session du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones : « *self-determination would not be national in character, rather it would have a cultural and social identity within a national formation. Government delegations would find this approach much more fruitful* » (document non référencé, formule citée in Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007 (v. note 189 *supra*), p. 153).

<sup>741</sup> Dans son avis consultatif relatif au *Sahara occidental*, la C.I.J. affirme de manière similaire que « l'application du droit à l'autodétermination suppose l'expression libre et authentique de la volonté des peuples

dans le contexte postcolonial, la diversité des formes de mise en œuvre de l'autodétermination était déjà bien établie à l'époque de la décolonisation, comme le prévoit la résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1960, dont le principe VI en cite au moins trois. Ainsi, les critiques formulées semblent pousser à l'extrême des tendances que les développements ne suivent que modérément. Appréhendé sous cet angle, le caractère ouvert et à géométrie variable de l'ensemble des droits constitutifs ne semble donc pas présenter un risque de dilution de la norme.

Deuxièmement, les droits de l'homme appréhendés en termes de droits constitutifs du droit à l'autodétermination ne le sont que lorsque leurs titulaires sont des peuples au sens du droit international et ont par conséquent le droit à l'autodétermination. Autrement dit, parmi ces droits, ceux qui ne sont pas spécifiques aux peuples autochtones et qui se retrouvent dans le régime général des droits de l'homme possèdent une double existence. D'une part, ils ont une existence bien établie comme droits de l'homme au sens général du droit international, et sont donc applicables à leurs titulaires en dehors de tout lien avec le droit collectif des peuples à l'autodétermination – il s'agit ici notamment des individus et des minorités. D'autre part, ils ont une application dans le cadre spécifique de l'exercice par les peuples – et notamment par les peuples autochtones – de leur droit à l'autodétermination. Cette articulation cumulative permet de sauvegarder le contenu et l'évolution des droits de l'homme généraux, dans la mesure où leur expression dans le cadre du droit à l'autodétermination n'est que délimitée, c'est-à-dire restreinte aux situations mettant en jeu des peuples.

Troisièmement, le caractère multidimensionnel du droit à l'autodétermination apparaît comme la conséquence nécessaire de la tentative des Etats de limiter celui-ci à son expression interne. En effet, le caractère totalisant de la dimension politique qui se reflète dans la définition générale du droit des peuples à l'autodétermination ne peut manquer de s'exprimer dans tous les domaines concernés de la vie d'un peuple, surtout lorsque la mise en œuvre de ce droit ayant lieu au plan interne a pour motif de réaliser la cohabitation entre deux formes de souveraineté sur un même territoire de manière harmonieuse, c'est-à-dire non contradictoire. Il faut également noter que, loin de constituer un trait nouveau particulier aux peuples autochtones, le caractère protéiforme du droit des peuples à l'autodétermination se retrouvait déjà, dans une certaine mesure, dans l'application antérieure de ce droit aux situations de

---

intéressés », évoquant ensuite différentes manières de son exercice (avis consultatif précité (v. note 167 *supra*), *C.I.J. Recueil 1975*, §55 p. 32).

décolonisation. En effet, les instruments relatifs à l'autodétermination adoptés dans le contexte de la décolonisation prévoient que la réalisation de ce droit peut prendre plusieurs formes<sup>742</sup>. D'ailleurs, si pertinentes que puissent être les objections formulées quant aux limites de l'approche en termes de droit-cadre, l'observateur doit garder à l'esprit que cette orientation reflète les développements décidés en définitive par les Etats eux-mêmes, que ce soit au plan de leurs comportements internes ou dans le cadre des travaux normatifs menés par les divers organes de l'O.N.U. Une partie de la doctrine a beau le déplorer, l'examen des faits pertinents suggère qu'il s'agit là de la direction effectivement suivie par les développements actuels du droit international.

### B – Droit de l'homme relatif : accommodation

La centralité du droit des peuples à l'autodétermination à la fois dans le système des droits de l'homme et au sein du cadre général du droit international emporte plusieurs conséquences quant à son articulation avec d'autres principes et droits.

Premièrement, il ressort de l'examen du processus coutumier que le droit des peuples à l'autodétermination se déploie à la fois comme droit et comme principe<sup>743</sup>. Quelle que soit son application, comme droit ou comme principe, et quel que soit le domaine de ses formes d'exercice – économique, culturel, social, etc. –, l'autodétermination se caractérise par son essence avant tout politique. La souplesse et la multiplicité de son application interne permettent d'en sauvegarder le principe sans créer de double standard qui viendrait le dénaturer. Témoin de cette double nature comme droit et comme principe, l'autodétermination est de plus en plus utilisée comme principe fluide gouvernant l'élaboration de nouveaux modèles de résolution de conflits politiques<sup>744</sup>. Ces modèles reflètent dans la pratique le passage d'un droit rigide et monolithique à l'indépendance vers

---

<sup>742</sup> V. *inter alia* Résolution 648 (VII) du 10 décembre 1952 (annexe, liste de facteurs), Résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960 (principe VI) et C.I.J., *Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, C.I.J. *Recueil* 1975, §54-59 pp. 31-33 (v. notes 193 et 314 *supra*).

<sup>743</sup> Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007 (v. note 189 *supra*), pp. 155-166.

<sup>744</sup> V. notamment Hurst HANNUM, *op. cit.*, 1996 (v. note 542 *supra*), 552 p. ; Michael C. VAN WALT VAN PRAAG, Onno SEROO (dir.), *The Implementation of the Right to Self-Determination as a contribution to Conflict Resolution*, Rapport de la Conférence internationale d'experts tenue à Barcelone du 21 au 27 novembre 1998, Barcelone, U.N.E.S.C.O., 1999, 288 p. ; John Paul LEDERACH, *Building Peace: Sustainable Reconciliation in Divided Societies*, Washington, United States Institute of Peace, 1997, 208 p. ; Lee Joseph Marshall SEYMOUR, "Self-Determination as Hierarchy: Unbundling Authority in Secessionist Conflicts", Université de Leiden, 2007, 42 p. (non publié) ; Marc WELLER, *op. cit.*, 2009 (v. note 720 *supra*).

des processus permanents et des schémas contextuels de développement recourant notamment à diverses formes d'autonomie à l'articulation souple. Cela se retrouve notamment dans la notion d'autodétermination constitutionnelle développée par Marc Weller<sup>745</sup>, mais aussi les notions multidimensionnelles de droit à l'autodétermination constitutif, remède ou encore substantiel.

Deuxièmement, en tant que droit de l'homme fondamental, le droit des peuples à l'autodétermination tient une place particulière dans le corpus général des droits de l'homme en raison de son caractère collectif découlant de la nature de son titulaire qu'est le peuple. De fait, le droit des peuples à l'autodétermination a été régulièrement réaffirmé comme la clé de voûte ou la condition première d'exercice des autres droits de l'homme<sup>746</sup>. Cela a été particulièrement le cas concernant les peuples autochtones dans le cadre du processus coutumier à l'étude. En tant que droit de l'homme, ce droit apparaît relatif dans son

---

<sup>745</sup> Marc WELLER, *op. cit.*, 2009 (v. note 720 *supra*), v. aussi Lee Joseph Marshall SEYMOUR, *op. cit.*, 2007 (v. note 744 *supra*). Si le droit à la sécession est parfois constitutionnellement ou législativement autorisé (v. principe fondamental n° 1 de la Constitution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie du 21 février 1974 (v. sur ce point Richard F. IGLAR, « The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination : Slovenia's and Croatia's Right to Secede », *Boston College International and Comparative Law Review*, tome 15, 1992, pp. 213-239), l'article 72 de la Constitution de l'U.R.S.S. du 7 octobre 1977 ou encore l'article 1.4 de la loi sur le statut spécial de la Gagaouzie (Gagauz Yeri) adoptée par le Parlement de Moldavie en décembre 1994), certaines solutions de conflits ethniques semblent pouvoir raisonnablement être assimilées à un exercice interne de l'autodétermination par les peuples constituants du régime politique en place (v. notamment les négociations en vue de réintégrer la 'République moldave du Dniestr' dans la République de Moldavie sous la forme d'un Etat fédéral, l'enjeu similaire des négociations sur la réunification de Chypre et notamment la proposition du plan dit « Annan » en 2004 reposant sur le fédéralisme ou encore l'exemple certes plus discutable de la mise en place prévue d'une Association/Communauté de communes à majorité serbe (serbe : « *Зajeдница српских општина* ») comme forme d'autonomie substantielle de la communauté serbe au sein de la République du Kosovo, prévue par l'article 1 du « Premier accord de principes gouvernant la normalisation des relations » conclu à Bruxelles le 19 avril 2013). Concernant les peuples autochtones, il a déjà été vu que certains Etats offrent une garantie constitutionnelle à leur droit à l'autodétermination (cf. Mexique).

<sup>746</sup> *Avis n° 2* de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie, 11 janvier 1992, reproduit in Alain PELLET, « Notes sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *A.F.D.I.*, tome 37, 1991, §25 p. 340 : « l'article 1<sup>er</sup> de chacun des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966 établit que le droit d'autodétermination [...] est un principe protecteur des droits de l'homme ». Cette conception est compatible avec le droit à l'autodétermination entendu comme droit-cadre ou encore comme clé de voûte de l'exercice d'autres droits de l'homme, condition première d'exercice d'autres droits comme autant de formes partielles de sa réalisation. Il s'agit du cadre de leur exercice lorsque ceux-ci s'appliquent à un peuple au sens du droit international. Cette position particulière, *sui generis*, du droit des peuples à l'autodétermination dans le corpus des droits de l'homme, offre une garantie contre sa dilution ou son rapprochement du principe au détriment du droit, tendance qui semble parfois sous-jacente, v. dans ce sens la formule ambiguë de James ANAYA : « *Like all human rights, self-determination [...] applies universally and equally to all segments of humanity* » (« The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era », in Claire CHARTERS, Rodolfo STAVENHAGEN (dir.), *op. cit.*, 2009 (v. note 176 *supra*), p. 187) et la formule explicite de José R. Martínez COBO, Rapporteur spécial de la Sous-Commission, dans son *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, 1987, tome 5, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (doc. cit., v. note 210 *supra*), §274 p. 22 : « Le droit à l'autodétermination est aussi un droit des individus ». Il semble néanmoins que la place occupée par cette position dans la doctrine demeure marginale : si les individus profitent indéniablement de la mise en œuvre du droit à l'autodétermination, son titulaire demeure le peuple au sens du droit international.

application. Cela implique de suivre une démarche d'interprétation et d'accommodation mutuelle des droits de l'homme qui compense l'absence de hiérarchie formelle au sein du système des droits de l'homme. Il s'agit là d'une autre source de la souplesse du droit des peuples à l'autodétermination qui ne contredit pas le caractère essentiel de ce droit au sein du droit international. Absolu dans son principe, le droit des peuples à l'autodétermination apparaît relatif dans son application, c'est-à-dire exercé en accommodation harmonieuse avec les autres droits de l'homme qu'il conditionne pourtant. Il se rapproche ainsi du principe dans son caractère ordonnateur vis-à-vis de l'interprétation de ses droits constitutifs. Cette accommodation de plusieurs droits exercés conjointement caractérise l'exercice des droits identifiés comme constitutifs du droit à l'autodétermination lorsqu'ils sont exercés dans son cadre. Notamment, la mise en place des institutions d'autonomie politique et la réalisation des droits fonciers, économiques, culturels et au développement propres à préserver l'intégrité et l'identité des peuples autochtones ne peuvent être exercés de manière satisfaisante en dehors d'une consultation des peuples autochtones en vertu de leur droit consentement libre, préalable et éclairé, de leur droit à la participation et du principe d'auto-identification. Ces derniers expliquent que l'appréciation du contrôle effectif par les peuples autochtones de leur destinée ne peut se faire qu'à l'aune de leurs propres aspirations subjectives. Cette aspiration subjective explique l'application contextuelle par les peuples autochtones d'un droit à l'autodétermination à géométrie variable. Parmi l'ensemble des droits constitutifs du droit à l'autodétermination, seule la réalisation de ceux considérés par chaque peuple autochtone comme nécessaires à la maîtrise de sa destinée, en fonction de son contexte propre, est retenue comme critère afin de valider l'exercice effectif par ce peuple de son droit à l'autodétermination. Par conséquent, la réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination se présente comme un processus constant de renégociation du partage du pouvoir au sein de l'Etat constitué plutôt que comme un exercice ponctuel débouchant sur un résultat définitif.

Le droit des peuples à l'autodétermination tel qu'envisagé dans la Déclaration de 2007 apparaît clairement, notamment dans le cas des peuples autochtones, comme une tentative de résoudre harmonieusement la tension entre l'égalité de tous les citoyens et le respect de l'intégrité, de l'identité et de la spécificité des groupes, et plus essentiellement entre liberté et égalité. Il s'agit de trouver un juste milieu entre autonomie et participation, entre assimilation et discrimination. Si le dilemme est ancien, la direction prise par les développements à la

faveur du processus coutumier apparaît novatrice et prometteuse de solutions et d'équilibres nouveaux.

## Section 2 – Droit à l'autodétermination et peuples autochtones

Le contenu du droit des peuples autochtones à l'autodétermination identifié, il s'agit à présent d'examiner deux aspects liés à sa portée et auxquels la Déclaration apporte certaines précisions. Premièrement, il s'agit de la question de savoir si ce droit inclut ou exclut toute forme d'exercice externe, c'est-à-dire menant à la constitution, par voie de sécession, d'un Etat souverain et indépendant, compte tenu de la situation particulière des peuples autochtones (§1). Deuxièmement, il s'agit de déterminer la spécificité des peuples autochtones par rapport aux minorités nationales qui fonde leur jouissance du droit à l'autodétermination (§2).

### *§1 – Application spécifique du droit général à l'autodétermination*

Bien que les peuples autochtones constituent un cas spécifique d'application du droit des peuples à l'autodétermination en raison de leurs caractéristiques et de leur situation particulières, il n'est pas possible de parler d'un droit spécial à leur bénéfice. Le débat sur l'existence d'un droit à la sécession remède reste donc général et ne concerne pas spécifiquement les peuples autochtones.

### *A – Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination n'est pas un droit spécial : c'est le même que pour les autres peuples*

Déoulant logiquement de l'examen mené dans le cadre du processus coutumier, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination n'est pas un droit spécial au bénéfice des seuls peuples autochtones. Le principe dont ce droit découle est le même que celui du droit des peuples à l'autodétermination en général ; seule sa manifestation diffère. La Déclaration est claire sur ce point. Le deuxième alinéa du préambule affirme « que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples », auquel fait écho le dix-septième alinéa :

« aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international ». L'article 3 affirme le droit des peuples autochtones à l'autodétermination en reprenant la formule générale des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966. C'est donc bien dans le cadre général du droit des peuples à l'autodétermination que s'inscrit la situation spécifique concernée par la Déclaration. Il s'agit bien de l'autodétermination entendue comme droit et non comme principe. En dépit des tentatives constatées d'établissement de double standard, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination s'inscrit bien dans la dynamique d'évolution postcoloniale du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le droit international contemporain. Aucun doute ne peut subsister sur ce point, compte tenu des déclarations et des comportements dénués de toute ambiguïté provenant non seulement d'une bonne partie des Etats, mais aussi des organes et des acteurs relevant de l'O.N.U. et susceptibles de l'engager. Antérieurement à la date d'adoption de la Déclaration, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination a fait l'objet d'une reconnaissance non ambiguë ou d'une promotion par un certain nombre d'Etats dans leurs comportements internes<sup>747</sup>, par l'Instance permanente sur les questions autochtones, par le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones<sup>748</sup>, par le Conseil des droits de l'homme ayant adopté le projet de Déclaration en 2006, par l'Assemblée générale ayant adopté la Déclaration en 2007 ou encore par le Secrétaire général dans le cadre notamment de ses rapports périodiques sur la question de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination<sup>749</sup>.

L'application contextuelle qui est faite de ce droit au bénéfice des peuples autochtones n'est pas contradictoire avec son caractère universel et absolu, étant donné le caractère multiforme de l'exercice de ce droit de l'homme essentiel. C'est ainsi que les droits ancestraux et la souveraineté initiale comme l'un des fondements de l'existence des peuples autochtones en tant que peuples au sens du droit international sont des traits liés au droit à l'autodétermination qui sont propres aux peuples autochtones sans toutefois affecter la portée générale de ce droit. Le peuple autochtone constitue tout simplement une catégorie de peuple

---

<sup>747</sup> V. l'examen des comportements internes des Etats jusqu'à 2007 dans le titre précédent.

<sup>748</sup> E/2006/43 – E/C.19/2006/11, *doc. cit.*, 2006 (v. note 632 *supra*), §11 p. 4 et §33 p. 8 ; *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission*, 21 janvier 2003, E/CN.4/2003/90, §73 p. 25 ; v. aussi communication concernant le Mexique in E/CN.4/2002/97/Add.1, 6 mars 2002, §12 p. 4.

<sup>749</sup> A/61/333, *doc. cit.*, 12 septembre 2006 (v. note 683 *supra*), §§7 et 11 p. 4, §§16 et 18 p. 6. V. aussi résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.

parmi d'autres au sens du droit international – le peuple colonial, le peuple constituant ou encore le peuple opprimé en sont d'autres –, toutes titulaires, en tant que peuples, du droit à l'autodétermination. Le droit à l'autodétermination n'est donc ni qualifié ni limité ; il trouve une expression variable selon la catégorie de peuple à laquelle il s'applique mais procède toujours d'un principe unique.

Par conséquent, les tentatives de certains Etats<sup>750</sup> en vue d'établir un double standard consistant à accepter en apparence le terme d'autodétermination pour les peuples autochtones tout en le liant à une réalité juridique distincte de celle couverte par le droit du même nom bien établi en droit international, apparaissent à la fois contradictoires avec la logique ou le bon sens et contraires à l'objectif d'efficacité juridique. Ces vaines tentatives doivent s'interpréter comme autant d'indices positifs de l'évolution du droit international. Cette évolution, indicative d'un consensus nécessairement relatif, est le théâtre de la confrontation permanente entre les Etats favorables au changement et les Etats y résistant. L'Etat du droit international à un moment donné apparaît comme la résultante temporaire de ce rapport de forces.

*B – La question de l'exercice externe : le régime autochtone aligné sur le régime général via l'engagement de la responsabilité de l'Etat*

S'il ne peut être fait de distinction de principe entre les peuples autochtones et les autres peuples au sens du droit international dans le cadre de l'exercice du droit à l'autodétermination, il en découle logiquement une assimilation des peuples autochtones au régime général du droit des peuples à l'autodétermination. Indice de cette assimilation, la formulation finale de l'article 4 de la Déclaration abandonne toute qualification qui avait été proposée lors des versions successives du projet de Déclaration<sup>751</sup>. Conséquence de cette absence de distinction, la question de savoir si le droit des peuples autochtones à

---

<sup>750</sup> V ; notamment les prises de position des Etats-Unis lors du processus d'élaboration du projet de Déclaration et lors de l'adoption de la Déclaration : pp. 384-391 *infra*.

<sup>751</sup> V. Annexe 2, *infra*. La notion de forme spécifique de l'exercice de l'autodétermination propre aux peuples autochtones a été progressivement abandonnée, réduisant ainsi l'ambiguïté quant à la nature du droit en question : comparer la formulation de l'article 31 dans le projet de Déclaration de 1994 (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, p. 12 : « Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit... ») avec celle de l'article 4 de la Déclaration de 2007 (A/RES/61/295 : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit... »). L'exercice du dudit droit s'interprète évidemment à la lumière du contexte spécifique des peuples autochtones.



l'autodétermination inclut une forme d'exercice externe ne possède pas d'autonomie propre, mais fait au contraire partie de la controverse doctrinale générale sur la question de savoir si le droit des peuples à l'autodétermination inclut l'existence d'un hypothétique droit à la sécession remède. L'enjeu ici n'est pas tant de trancher sur l'existence de ce droit que d'affirmer que, si ce droit existe effectivement, il s'applique alors tant aux peuples autochtones qu'aux autres peuples, écartant ainsi toute charge discriminatoire. Il n'est donc pas approprié de parler de limite ou de qualification discriminatoire du droit à l'autodétermination qui serait imposée aux peuples autochtones car cela serait omettre le fait que le droit des peuples à l'autodétermination dans son application générale contemporaine est loin d'équivaloir automatiquement à un droit à l'indépendance.

Dans son état actuel, le droit international n'interdit ni n'autorise expressément la sécession de la part d'une collectivité humaine. Ni licite ni illicite, la sécession est une question de fait située hors du champ du droit international. Celui-ci se limite à constater ou entériner le résultat des tentatives de sécession de la part de communautés humaines aboutissant avec succès à l'établissement d'un nouvel Etat<sup>752</sup>, tant qu'il ne résulte pas d'un emploi illicite de la force et ne s'inscrit pas en violation d'une norme impérative du droit international<sup>753</sup>. Caractérisée ainsi par le règne du fait, la sécession ne se fonde pas, de

---

<sup>752</sup> Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, arrêt *Williams c. Bruffy*, octobre 1877, 96 *U.S.* 176 ; Cour suprême du Canada, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 20 août 1998, [1998] 2 *R.C.S.* 217, 161 *D.L.R.* (4<sup>e</sup>) 385, 55 *C.R.R.* (2d) 1 ; C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, §§49-56 pp. 423-426. V. aussi Thomas M. FRANCK, Rosalyn HIGGINS, Alain PELLET, Malcolm N. SHAW, Christian TOMUSCHAT, « L'intégrité territoriale du Québec dans l'hypothèse de l'accession à la souveraineté », *Les attributs d'un Québec souverain*, tome 1, Assemblée nationale du Québec, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, 1992, pp. 377-461 (en anglais in Anne BAYEFKY (dir.), *Self-Determination in International Law : Quebec and Lessons Learned*, La Haye, Kluwer Law, 2000, pp. 241-303) ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 365 pp. 620-622.

<sup>753</sup> V. notamment la condamnation par l'O.N.U. et la communauté internationale des tentatives de sécession en violation des normes impératives du droit international (Rhodésie-du-Sud entre le 11 novembre 1965 et le 18 avril 1980, notamment sous le régime ségrégationniste de Ian Smith, condamnée par les résolutions 216 (1965) et 217 (1965) du Conseil de sécurité) ou résultant d'un emploi illicite de la force par un Etat contre un autre Etat : déclaration unilatérale d'indépendance de la 'République turque de Chypre Nord' du 15 novembre 1983 déclarée illicite par les Résolutions 541 du 18 novembre 1983 et 550 du 11 mai 1984 du Conseil de sécurité ; 'République moldave du Dniestr' ou Transnistrie (déclaration unilatérale d'indépendance du 2 septembre 1990, négociations de 'réunification' sous l'égide de l'O.S.C.E.) ; la 'Republika Srpska Krajina' (19 décembre 1991 – 8 août 1995) ; la 'Republika Srpska' entre la déclaration unilatérale d'indépendance du 9 janvier 1992 et la conclusion des accords de Dayton-Paris le 21 novembre 1995 (condamnation par la Résolution 787 du Conseil de sécurité du 16 novembre 1992) ; la 'République du Somaliland' (déclaration unilatérale du 18 mai 1991 rétablissant l'indépendance de 1960) en raison du soutien éthiopien au mouvement sécessionniste lors de la guerre civile ; la 'République du Nagorno-Karabakh' (déclaration unilatérale d'indépendance du 2 septembre 1991) en raison de l'ingérence de l'Arménie et des exactions commises lors du conflit ethnique de 1991-1994 ; la 'République d'Abkhazie' (déclarations du 23 juillet 1992 et d'octobre 1999) et la 'République d'Ossétie du Sud' (déclaration d'indépendance du 29 mai 1992). Bien que la sécession du Kosovo de la Serbie soit généralement citée comme un exemple de la sécession remède, la déclaration unilatérale d'indépendance du 17

manière générale, sur le droit des peuples à l'autodétermination. Son autorisation éventuelle par le droit interne de l'Etat facilite évidemment son accomplissement, mais il semble à l'inverse que son interdiction par le droit interne ne puisse être prise en compte par le droit international<sup>754</sup>. Il n'est ainsi pas nécessaire que la communauté humaine faisant sécession constitue un peuple au sens du droit international ; seul le succès ultime de son entreprise constituera le critère à l'aune duquel il convient de valider ou d'invalidier la réalisation factuelle de la sécession revendiquée. Ainsi, chaque communauté humaine possède la faculté de faire sécession sans que cette question entretienne un rapport direct avec le droit international<sup>755</sup>.

Le problème est tout autre concernant l'existence d'un hypothétique droit de sécession remède<sup>756</sup>, qui serait autorisé lorsque l'Etat ne pourrait plus être considéré comme ayant un gouvernement représentatif de l'ensemble de la population sans discrimination. Cette perte substantielle de représentativité, qui ne saurait se déduire de la simple organisation politique de l'Etat, sous-entend généralement la commission de violations massives des droits de

---

février 2008 ne fonde pas cet acte sur le droit des peuples à l'autodétermination, ce qui plaide pour un découplage de principe entre sécession remède et autodétermination (v. *Déclaration d'indépendance du Kosovo*, 17 février 2008, doc. D-001, signé par le président de l'Assemblée du Kosovo, Jakup Krasniqi). La C.I.J. semble également admettre implicitement que le droit à l'autodétermination et l'hypothétique droit à la « sécession remède » ne se confondent pas nécessairement : *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, §§82-83 p. 438. La Cour note en outre que la déclaration d'indépendance ne se confond pas avec l'acte de sécession qui s'apprécie notamment à l'aune du critère d'effectivité (§79 p. 436 et §83 p. 438).

<sup>754</sup> La pratique manque singulièrement d'unité sur ce point et semble dictée principalement par des considérations d'opportunisme politique. La sécession unilatérale du Kosovo le 17 février 2008, pourtant contraire au droit interne de la Serbie (préambule et art. 182 de la Constitution du 8 novembre 2006), semble néanmoins reconnue par une majorité de la société internationale et acceptée par l'O.N.U. Par contraste, la condamnation des tentatives de sécession en Ukraine (sécession de la Crimée le 17 mars 2014 puis son rattachement à la Fédération de Russie le 18 mars 2014 ; établissement de la 'République populaire de Donetsk' et de la 'République populaire de Louhansk' en avril 2014, formant par fusion l'Etat fédéral de Nouvelle-Russie' le 24 mai 2014) se fonde non seulement sur l'intervention de la Russie comme emploi illicite de la force mais également sur la violation du droit interne ukrainien que constituent ces tentatives sécessionnistes. L'invocation du droit des peuples à l'autodétermination dans ces cas semble infondée en droit international.

<sup>755</sup> Pour un examen approfondi de cette question, v. le cas de la sécession de la Crimée puis de son rattachement à la Russie : Christian WALTER, « Postscript: Self-Determination, Secession and the Crimean Crisis 2014 », Christian WALTER, Antje VON UNGERN-STERNBERG, Kavus ABUSHOV (dir.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 293-311.

<sup>756</sup> Il faut rappeler ici la distinction conceptuelle entre d'une part la notion de remède rattachée à la sécession et caractérisant des cas de non-représentation extrême pour toute communauté humaine à l'époque contemporaine, et d'autre part l'aspect remède – correctif ou encore de réparation – qui constitue l'un des fondements du droit des peuples autochtones à l'autodétermination (l'autre étant le statut de peuple découlant de l'antériorité de présence), lié à la subjugation passée de ces peuples et qui n'appelle pas à un exercice externe dudit droit. L'aspect remède caractérise également les formes d'exercice interne du droit des peuples à l'autodétermination. S. James ANAYA théorise une dimension remède unifiée appelant à plusieurs formes d'application en fonction du contexte d'exercice du droit à l'autodétermination (cas de décolonisation, d'apartheid ou peuples autochtones), v. sur ce point son article in Claire CHARTERS, Rodolfo STAVENTHAGEN (dir.), *op. cit.*, 2009 (v. note 176 *supra*), pp. 189-190.

l'homme, par exemple d'un génocide<sup>757</sup>. Dans ces situations extrêmes, la sécession apparaît comme le seul moyen, employé en dernier ressort, de régler un conflit entre communautés ne pouvant plus cohabiter au sein d'un même Etat. A noter que le droit hypothétique à la sécession remède ne se fonde pas nécessairement sur le droit à l'autodétermination puisqu'il n'est pas octroyé qu'aux seuls peuples<sup>758</sup>. Ce droit est accordé aux groupes humains victimes d'une oppression par l'Etat. Or, le groupe humain opprimé ne se trouve être un peuple au sens du droit international que par coïncidence, et il s'agit plus souvent de minorités nationales dans le cadre de conflits identitaires, ethniques ou religieux. En revanche, les peuples autochtones constituant un peuple au sens du droit international, ils satisfont au critère d'éligibilité au droit à l'autodétermination. Une sécession remède opérée par des peuples autochtones pourrait ainsi se fonder sur leur droit à l'autodétermination, fondement qui fait défaut lorsqu'un droit à la sécession remède serait octroyé à des collectivités qui ne sont pas des peuples. Parce que la notion de sécession remède alimente l'idée d'une souveraineté conditionnelle de l'Etat, son développement peut être placé en parallèle des résultats de la présente étude tendant à investir la dimension remède ou réparation comme l'un des fondements du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, aux côtés de l'aspect substantiel, c'est-à-dire inhérent au statut de peuple.

Tout comme l'idée même de droit des peuples à l'autodétermination, la sécession remède répond à la conception d'une souveraineté étatique conditionnée de manière croissante à la notion de légitimité représentative de sa population. Cette tendance lie la légitimité de la prétention de l'Etat à sa souveraineté à un devoir lui incombant en matière de protection de sa propre population. D'où l'idée que le non-respect par l'Etat de cette obligation, qui peut prendre la forme d'une violation substantielle et massive des droits de l'homme ou d'une norme impérative envers son propre peuple entraîne une perte de légitimité pour l'Etat à prétendre à la souveraineté sur les groupes opprimés. Cela ouvrirait la porte à la mise en jeu d'une responsabilité collective de la communauté internationale en vue de protéger les groupes opprimés ou alternativement à l'octroi d'un droit à la sécession remède aux groupes opprimés. L'octroi de ce droit reposant sur la notion d'oppression d'un groupe humain par l'Etat, il apparaît évident qu'un groupe opprimé<sup>759</sup> ne constitue un peuple que de manière accidentelle et exceptionnelle, sauf à considérer, ce qui semble pour le moins

---

<sup>757</sup> Antonio CASSESE, *op. cit.*, 1995 (v. note 542 *supra*), pp. 119-120.

<sup>758</sup> Pour un examen approfondi sur ce point, v. pp. 334-344 *infra*.

<sup>759</sup> En dehors des situations de décolonisation.

douteux, qu'un groupe puisse revêtir la qualité de peuple sur le fondement même de son oppression. Cela invite à la conclusion que les groupes humains bénéficiaires de la sécession remède ne sauraient se limiter à la seule catégorie de peuple, au demeurant seul titulaire traditionnel du droit à l'autodétermination, et que par conséquent la sécession remède ne saurait se confondre avec le droit à l'autodétermination. Ainsi, l'oppression d'un peuple lui ouvrirait la perspective d'un exercice externe de son droit à l'autodétermination, alors que l'oppression d'autres communautés humaines les rendrait éligibles à un droit à la sécession remède qui ne se fonde pas sur l'autodétermination. Si les conséquences sont similaires dans les deux cas, les fondements juridiques apparaissent distincts. Une telle interprétation permet de préserver le formalisme catégoriel nécessaire en vue de garantir l'efficacité juridique du droit des peuples à l'autodétermination.

Il a pu être parfois avancé que la protection et le respect des droits des membres des minorités nationales constitue une norme impérative du droit international ou *jus cogens*<sup>760</sup>, bien qu'une telle opinion demeure controversée. On comprendrait dès lors que la sécession remède puisse être octroyée à une minorité nationale opprimée sans que celle-ci ne constitue un peuple et sans que cet octroi ne se fonde sur le droit à l'autodétermination, bien que l'objectif d'un tel octroi soit certes similaire à celui de l'autodétermination, à savoir la faculté pour un groupe humain de maîtriser son propre destin<sup>761</sup>. Cette conclusion doit être assortie néanmoins d'une grande prudence en raison de l'évolution rapide du droit international sur cette question depuis la fin de la Guerre froide<sup>762</sup>. Elle peut néanmoins s'appuyer sur une

---

<sup>760</sup> Avis n° 2 de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie, 11 janvier 1992, §2 : "As the Committee emphasized in its Opinion No. 1 of 29 November 1991, published on 7 December, the – now peremptory- norms of international law require states to ensure respect for the rights of minorities". Cette interprétation demeure controversée, v. notamment Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 427 p. 742.

<sup>761</sup> L'émergence progressive de cette opinion semble entretenir un lien logique avec la tendance contemporaine au développement de formes institutionnelles innovantes d'autonomie politique, de décentralisation, de dévolution, de fédéralisation ou encore d'auto-administration locale, qui correspondent à autant de moyens de répondre aux aspirations identitaires dans le cadre de l'Etat existant et en désamorçant les risques de sécession. Ces formes de réalisation de l'autodétermination interne sont souvent associées aux principes de bonne gouvernance, de consultation, de participation à la prise de décision, de consentement libre, éclairé et préalable ou encore de consensus.

<sup>762</sup> Elle est également ouvertement contredite par une partie de la doctrine qui fonde l'hypothétique droit à la sécession remède sur le droit des peuples à l'autodétermination et qui tend à élargir le bénéfice du droit à l'autodétermination à d'autres groupes que des peuples, notamment aux minorités nationales. V. par exemple Ieva VEZBERGAITĒ, *Remedial Secession as an Exercise of the Rights to Self-Determination of Peoples*, thèse de master sous la direction de Hurst Hannum, Budapest, Central European University, 2011, 104 p. L'auteur de la présente étude considère que l'état actuel du droit international, tant du point de vue de la doctrine que de la pratique, ne permet pas de confirmer ces points comme normes du droit positif, bien que des développements rapides en la matière semblent effectivement attester d'une tendance dans cette direction. Il ne peut donc être

pratique internationale limitée, à l'exemple controversé de l'accession du Kosovo à l'indépendance souveraine<sup>763</sup>.

Ainsi, si l'exercice d'un hypothétique droit à la sécession remède d'une part par une minorité nationale et d'autre part par un peuple autochtone peut se matérialiser, dans la forme de sa réalisation, de manière identique pour ces deux catégories, cette identité de forme ne doit pas occulter les fondements distincts de ce droit. Cette distinction conceptuelle entre similarité de forme et distinction de fondement se retrouve dans le régime juridique général de chacune de ces deux catégories, comme souligné par ailleurs. Alors que le régime dit « *idem plus* »<sup>764</sup> des peuples autochtones par rapport à celui des minorités nationales suppose que ces deux catégories de groupe humain partagent un certain nombre de droits visant à sauvegarder leur identité, spécificité et intégrité, il reste que le régime applicable aux peuples autochtones identifié dans la présente étude se distingue de celui des minorités nationales notamment en raison de certains droits propres aux peuples autochtones parmi les droits constitutifs de leur droit à l'autodétermination, et en raison du fondement différent de ces droits. En outre, si l'octroi d'un droit à la sécession remède aux peuples autochtones devrait logiquement suivre le régime général de ce droit aux groupes opprimés, le fait que le groupe bénéficiaire soit une catégorie de peuple titulaire du droit à l'autodétermination devrait évidemment faciliter l'exercice de la sécession remède comme exercice externe du droit à l'autodétermination. On pourrait alors supputer que le seuil d'oppression à satisfaire en vue d'invoquer le droit à la sécession remède soit moins restrictif pour les peuples autochtones que pour les minorités nationales. Dans la mesure où l'état actuel du droit international ne permet pas de conclure à l'existence d'un droit à la sécession remède comme norme de *lex lata*, ce raisonnement, du reste hautement spéculatif, se trouve à la marge de la problématique puisque la sécession remède tend à être abordée généralement sur un plan extra-juridique sous l'angle de la légitimité morale ou politique qui serait consacrée en définitive par la reconnaissance de l'entité sécessionniste<sup>765</sup>.

---

exclu que ce qui apparaît actuellement comme une anticipation quelque peu prématurée et riche d'incertitudes théoriques devienne une norme de *lex lata* à l'avenir.

<sup>763</sup> C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, opinion individuelle de M. le juge Antônio Augusto Cançado Trindade, *C.I.J. Recueil 2010*, §176 p. 593 qui semble employer le terme de « peuple » et de « population » de manière indifférente pour se référer aux victimes d'atrocités commises par l'État.

<sup>764</sup> V. pp. 344-348 *infra*.

<sup>765</sup> Jure VIDMAR, "Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice", *St Anthony's International Review* 6, n° 1, 2010, Université d'Oxford, 20 p.

Hors des cas spécifiques extrêmement rares donnant lieu à l'exercice d'un hypothétique droit de sécession remède, il paraît raisonnable de conclure que le droit des peuples à l'autodétermination dans son état actuel ne comprend pas de dimension externe sauf disposition expresse contraire dans le droit interne<sup>766</sup>. Les peuples autochtones constituant des peuples au sens du droit international, cette absence de dimension externe n'induit pas une forme de discrimination à leur égard, car cette absence concerne l'ensemble des peuples. Ce point explique logiquement pourquoi cette revendication formulée par les peuples autochtones lors du processus d'élaboration du projet de Déclaration est peut-être la seule à ne pas avoir été retenue dans la Déclaration finale de 2007<sup>767</sup>. En effet, la version finale de la clause limitative, qui avait fait l'objet du débat central entre les Etats et les peuples autochtones lors du processus d'élaboration, est libellée ainsi dans l'article 46.1 du dispositif : « [a]ucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée 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. » Ainsi, l'appréciation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination aux termes de la Déclaration doit s'apprécier à la lumière de la lecture combinée des articles 3 et 46.1. Cette absence de dimension externe entraîne une absence de fondement juridique dans le droit des peuples à l'autodétermination pour toute tentative éventuelle de sécession<sup>768</sup>, à la possible exception des cas extrêmes de sécession remède<sup>769</sup>. La faculté de sécession de manière extra-

---

<sup>766</sup> A l'inverse, s'agissant bien d'une norme essentielle du droit international, le droit des peuples à l'autodétermination ne saurait être défini, qualifié ou limité par le cadre du droit interne de l'Etat : v. James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), p. 128 : « *by definition, matters of self-determination are not within the domestic jurisdiction of the metropolitan state* ».

<sup>767</sup> Ce qui apparaît logique au regard de la préoccupation d'un grand nombre d'Etats examinée dans ce titre et dans le titre précédent en vue de protéger leur intégrité territoriale contre les risques sécessionnistes. Cette préoccupation touche une majorité d'Etats et se retrouve y compris parmi les soutiens à l'inclusion du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le texte de la Déclaration.

<sup>768</sup> Ce que nombre d'Etats ont du reste martelé tout au long des vingt-cinq ans du processus d'élaboration de la Déclaration, comme le montre l'examen détaillé des déclarations et prises de position des Etats réservés dans le titre précédent et dans le présent titre. Cependant, si ces déclarations témoignent de l'absence d'un droit autorisant la sécession dans le cadre de l'autodétermination, ces déclarations ne témoignent pas non plus de sa prohibition. Les déclarations des Etats prétendant limiter le droit à l'autodétermination à sa forme interne par une interdiction de sa forme externe sont des tentatives mais rien de plus que des interprétations des Etats pour eux-mêmes, sans que cela affecte le droit lui-même. Du reste, nombre d'Etats se bornent à constater l'absence de dimension externe dans l'état du droit mais restent généralement silencieux sur une hypothétique interdiction, et pour cause.

<sup>769</sup> Ce que note *inter alia* la Présidente-Rapporteur Erica-Irene DAES à l'occasion des travaux normatifs du Groupe de travail sur les populations autochtones, employant non sans ambiguïté une terminologie relevant plus du discours moral que de la formule juridique : « ils auraient sans doute raison de créer un nouvel Etat pour assurer leur sécurité » (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, *doc. cit.*, 19 juillet 1993 (v. note 327 *supra*), §21 p. 4).

juridique demeure cependant pour les peuples autochtones tant qu'elle respecte les conditions de non-emploi illicite de la force<sup>770</sup> et de non violation des normes impératives du droit international. Cela est corroboré par une lecture à la lettre de l'article 46.1 qui ne permet d'identifier aucune prohibition de la sécession.

Certains pourraient objecter que rien, dans le régime général du droit des peuples à l'autodétermination, ne constitue réellement un obstacle à son exercice externe. En particulier, il a pu être avancé que le principe du respect de l'intégrité territoriale n'étant applicable qu'aux relations entre Etats et non aux relations entre un Etat et un peuple, ce principe ne saurait s'opposer à l'exercice par un peuple de son droit à l'autodétermination sous sa forme externe. Cette objection, correspondant à une vue partielle du problème, apparaît peu convaincante pour au moins deux raisons. D'une part, cette considération apparaît peu compatible avec les buts et objectifs des deux normes en question, qui sont d'assurer la stabilité des relations internationales. D'autre part, elle apparaît contredite par les résultats du processus d'élaboration de la Déclaration lui-même. En effet, l'enjeu essentiel des négociations a été précisément de trouver une solution réaliste permettant une cohabitation harmonieuse entre le droit des peuples à l'autodétermination et le principe de l'intégrité territoriale des Etats. Du reste, la limitation du droit à l'autodétermination à son exercice interne se présente comme la condition *sine qua non* du soutien de nombreux Etats au texte. En outre, une lecture minutieuse des termes de l'article 46.1 de la Déclaration pourrait suggérer en apparence une tentative d'élargir l'application du principe du respect de l'intégrité territoriale de l'Etat au delà des seules relations entre Etats<sup>771</sup>. En effet, outre aux Etats, cet article encourage le respect de ce principe également par les peuples, les groupements et les individus. Une telle interprétation serait erronée car, loin d'articuler une quelconque prohibition juridique, l'article 46.1 se cantonne à des termes dissuasifs. Sa formulation indique qu'il se situe hors de la sphère du droit à proprement parler. Il paraît plus raisonnable de conclure que la limitation de l'application du principe d'intégrité territoriale aux seules relations entre Etats a pour conséquence non de créer un droit à la sécession au nom de l'autodétermination, mais à traiter la sécession comme une question essentiellement de fait<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> D'un Etat contre un autre Etat.

<sup>771</sup> V. dans ce sens C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, §80 p. 437.

<sup>772</sup> A condition de satisfaire aux conditions de non-emploi illicite de la force et de non-violation des normes impératives du droit international, et à l'exception des cas d'octroi d'un droit à la sécession remède au profit des

Concernant la fameuse limitation générale du droit des peuples à l'autodétermination rappelée par l'article 46.1 dans la Déclaration, il faut examiner si cette limite interne envisage l'exception du scénario remède<sup>773</sup>. L'article 46.1 ne se réfère qu'à la Charte des Nations Unies, abandonnant la référence à la Déclaration de 1970 sur les relations amicales entre Etats proposée lors des travaux préparatoires. Cette référence est néanmoins conservée de manière indirecte dans l'alinéa 16 du préambule qui mentionne la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993, se référant eux-mêmes à la Déclaration de 1970. La portée de ces références semble cependant faible, compte tenu du caractère controversé dans la doctrine générale d'une hypothétique lecture inversée des dispositions de la Déclaration de 1970<sup>774</sup>. Tout au plus mettent-elles en évidence l'importance du respect du principe de bonne foi dans les rapports entre Etats et peuples autochtones dans l'établissement de leur partenariat. Pour les mêmes raisons, il paraît hasardeux de soumettre l'interprétation de l'article 46.1 aux dispositions de l'article 46.2 formulé en ces termes « Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés » et poursuivant sur l'encadrement des restrictions éventuelles apportées par les Etats aux droits prévus. Il apparaît que la Déclaration n'a d'ambition de restreindre l'exercice du droit des peuples autochtones à sa forme interne que dans un contexte pacifié ne donnant pas lieu à des velléités centrifuges. En d'autres termes, la Déclaration n'aborde pas la question des conséquences juridiques de la violation par l'Etat de ses dispositions et du droit des

---

groupes opprimés. Le fait que le groupe opprimé soit un peuple facilite évidemment dans ce cas le fondement du droit à la sécession remède sur le droit à l'autodétermination.

<sup>773</sup> Pour le débat général sur le sujet, v. notamment *The Responsibility to Protect*, rapport de la Commission internationale sur l'intervention et la souveraineté de l'Etat (I.C.I.S.S.), décembre 2001, 108 p. et les rapports périodiques annuels du Secrétaire général sur la responsabilité de protéger depuis 2009 (par ex : rapport A/63/677, rapport A/66/874 – S/2012/578 du 25 juillet 2012, cinquième rapport A/67/929 – S/2013/399 du 9 juillet 2013 et diverses résolutions pertinentes de l'Assemblée générale).

<sup>774</sup> V. la fameuse formulation abondamment commentée dans l'avant-dernier paragraphe de la section de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies* (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970) consacrée au principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes : « Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembretrait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur. » La lecture inversée de ce paragraphe suggère qu'un Etat ne se conduisant pas conformément au droit des peuples à l'autodétermination s'exposerait à un possible exercice externe par son peuple de son droit à l'autodétermination. Il reste que, contrairement à l'article 46.1 de la Déclaration de 2007, ce paragraphe demeure muet sur les destinataires de ladite disposition. Pour un examen approfondi de la portée de cette conditionnalité, v. Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), pp. 296-297.



peuples autochtones à l'autodétermination. La controverse sur le droit hypothétique à la sécession remède est soigneusement évitée.

Si la Déclaration peut être interprétée comme excluant un exercice externe du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit seulement de la formulation par un instrument juridiquement non obligatoire d'une règle qui possède une existence distincte en droit international coutumier. Or, il a déjà été vu que l'identité présumée de ces deux normes aux sources et à la puissance juridique différentes n'est pas totale. En d'autres termes, si la Déclaration peut être interprétée comme excluant toute forme d'exercice externe du droit à l'autodétermination, rien n'indique que cette limitation existe en droit international coutumier. Au contraire, de manière cohérente avec l'objectif du droit international d'assurer la stabilité des relations internationales, la doctrine générale avance l'existence d'une obligation coutumière pour les Etats de protéger leur population tout en concédant certes l'imprécision de son contenu<sup>775</sup>.

En réalité, le droit international coutumier semble malgré tout traiter l'autodétermination externe essentiellement comme un fait extra-juridique. Celle-ci ne serait prise en compte comme phénomène juridique seulement dans les cas exceptionnels, et jusqu'à présent rares<sup>776</sup>, où il s'agit d'une mesure de dernier ressort ou de remède. Ainsi, aux termes du droit international coutumier tel qu'énoncé par la voie de la Déclaration, il s'agit en principe d'exercer ce droit dans sa dimension interne, c'est-à-dire compte tenu du respect du principe d'intégrité territoriale des Etats, dans la mesure du possible. De cela découle la dimension de négociation, de processus comme inhérente à la réalisation dudit droit. La formule « dans la mesure du possible » peut signifier qu'un échec de négociations conduites de bonne foi, un déficit manifeste de bonne foi ou encore le refus de négocier de la part de l'Etat sont susceptibles de conduire à une situation de non-représentativité, ouvrant alors la voie au droit à la sécession remède<sup>777</sup>. De cela ressort le caractère essentiel du principe de

---

<sup>775</sup> Christian TOMUSCHAT, « Self-Determination in a Post-Colonial World », Christian TOMUSCHAT (dir), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 9 ; Alain PELLET, « What Normativity for the Responsibility to Protect ? » in Anne-Laure CHAUMETTE, Jean-Marc THOUVENIN (dir.), *La responsabilité de protéger, dix ans après – The Responsibility to Protect, ten years on*, Actes du Colloque du 14 novembre 2011, Paris, Pedone, 2013, pp. 186-187.

<sup>776</sup> Par exemple le cas de la sécession du Bangladesh vis-à-vis du Pakistan en 1971.

<sup>777</sup> Il peut être toutefois présumé que le premier cas (échec de négociations conduites de bonne foi) conduirait à des conséquences moins radicales que les deux cas suivants dans la mesure où l'obligation pour l'Etat de consulter les peuples autochtones de bonne foi a été honorée en termes de moyens. Par contraste, un déficit manifeste de bonne foi de l'Etat ou son refus de négocier constituent une violation de l'obligation de consulter de bonne foi, tant en termes de moyens qu'en termes de résultat.

bonne foi dans les relations entre l'Etat et ses peuples autochtones en matière de réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. A noter également qu'en situant l'exercice externe du droit à l'autodétermination hors du champ juridique sans l'interdire, le droit international coutumier, tel qu'énoncé en 2007 dans la Déclaration, adopte une position prudente tout en laissant la porte ouverte à d'éventuels développements à venir en ce sens. En refusant de consacrer un droit à la sécession, l'article 46.1 situe d'ailleurs le droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le cadre général du droit des peuples à l'autodétermination mais aussi du débat sur la sécession. Partant, la question de l'exercice externe ne saurait être spécifique aux peuples autochtones mais doit être replacée plus largement dans la controverse générale à ce sujet.

De fait, d'autres développements récents intervenus dans le cadre du processus coutumier semblent pointer vers une tentative de prévenir l'émergence de situations extrêmes de non-représentation susceptibles d'ouvrir la voie à une hypothétique sécession remède sur le fondement du droit à l'autodétermination. Ces développements ont consacré un lien grandissant entre réalisation du droit des peuples à l'autodétermination et mise en jeu de la responsabilité de l'Etat. Il faut préciser à ce stade qu'un examen approfondi de la question de la responsabilité de l'Etat ne fait pas partie de la problématique. La question de la responsabilité est ici uniquement abordée en tant qu'indice confirmatoire de la progression du processus coutumier.

Inexistante dans la situation des peuples autochtones jusqu'à récemment, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, dans un degré pour l'instant atténué, semble devenir une tendance réelle qui sera appelée à se confirmer avec le temps. Ainsi, l'invocation de la responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit des peuples à l'autodétermination serait susceptible de jouer un rôle préventif en vue de désamorcer l'escalade vers des situations où l'exercice externe du droit à l'autodétermination serait devenu inévitable. La C.D.I. avait semblé elle-même s'engager dans un premier temps dans cette direction avant de revoir ses travaux : l'article 19 de la première partie de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats, abandonné en 2001, citait parmi les crimes internationaux la « violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». En dépit de cet abandon, il demeure raisonnable de considérer qu'en tant que norme *erga omnes* et l'un des principes essentiels du droit international, le droit des peuples à l'autodétermination entraîne des obligations pour les Etats, dont la violation peut

mettre en jeu leur responsabilité. Comme le rappelle la C.I.J., la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ne donne pas nécessairement lieu à une sanction<sup>778</sup>. La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat peut aussi avoir lieu sous une forme atténuée, comme simple condamnation. Il reste que la tendance progressive à un engagement d'une forme atténuée de la responsabilité de l'Etat pour violation de certaines formes de la norme à l'étude – responsabilité sur laquelle repose l'effectivité du droit international – constitue un indice du passage progressif de la norme dans le droit positif.

Dans le cas des peuples autochtones, ce lien entre droit à l'autodétermination et responsabilité de l'Etat semble se préciser progressivement, contribuant ainsi à stimuler l'accession de la norme coutumière émergente à la normativité. Entendue comme norme permissive dans le cadre *de lege ferenda* de la Déclaration, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination demeure susceptible d'entraîner la responsabilité de l'Etat en cas de non-respect, sans que cela se traduise nécessairement par la mise en œuvre d'une sanction. En tant que norme coutumière, le droit à l'autodétermination a une force obligatoire et sa violation doit entraîner logiquement une forme de responsabilité plus grande de l'Etat. Il peut être raisonnablement présumé que la susceptibilité d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour non-respect d'une norme coutumière émergente augmente avec le degré de maturation de la norme coutumière en question. Ainsi, la manière et le degré dont la responsabilité de l'Etat est invoquée constituent des témoins du passage progressif de la norme émergente dans la *lex lata*. A la faveur d'une incertitude quant au degré de normativité de la norme *in statu nascendi*, la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, sous une forme même atténuée, conduirait à stimuler l'accession de la norme coutumière émergente à la normativité<sup>779</sup>. La norme permissive – excluant la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat qui l'applique – devient alors prescriptive à la faveur de l'émergence progressive d'obligations pour l'Etat<sup>780</sup>. Il est ainsi possible de considérer que l'augmentation des condamnations de l'Etat par ses

---

<sup>778</sup> C.I.J., *Sud-Ouest africain* (Ethiopie et Liberia c. Afrique du Sud), arrêt, 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, §86 p. 46 : « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception ».

<sup>779</sup> Ce que corrobore l'examen des développements ultérieurs en terme de pratique interne des Etats, de pratique au sein des organes pertinents de l'O.N.U. et du renforcement général du sentiment de droit accompagnant ces pratiques. V. titre 2, *infra*.

<sup>780</sup> V. en ce sens Julian BURGER, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: From Advocacy to Implementation » in Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), p. 41. La question de la responsabilité de l'Etat en lien avec la norme émergente fait l'objet d'un examen plus détaillé dans le titre suivant, à la lumière des développements ultérieurs.

tribunaux internes en lien avec la violation de certains aspects de la norme à l'étude<sup>781</sup> installe progressivement une pratique de mise en cause d'une forme atténuée de la responsabilité de l'Etat, développement qui apparaît indicatif de la maturation progressive de ladite norme. Ce développement peut à son tour stimuler le comportement des Etats dans le sens de la norme émergente par crainte d'une condamnation par leurs tribunaux internes.

En dépit de la réticence des tribunaux et organes des Nations Unies à traiter les requêtes soumises par des représentants de peuples autochtones alléguant une violation de leur droit à l'autodétermination avant 2007, ces développements ont néanmoins présenté une menace ayant incité les Etats à composer avec les peuples autochtones. Cela s'est traduit par le crédit gagné progressivement par les positions autochtones au sein du processus d'élaboration puis dans la version finale de la Déclaration. Avec l'adoption de la Déclaration venant couronner en 2007 le processus analysé précédemment, il devient hypothétiquement possible d'engager un degré atténué de responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme norme coutumière du droit international contenue dans la Déclaration, c'est-à-dire sans encore nécessiter de sanction autre que le prononcé de la violation, voire une obligation de réparer par voie négociée. Cette considération se fonde non seulement sur l'état de la norme émergente au sein du droit international coutumier, en train de passer de la *lex ferenda* à la *lex lata* au moment de l'adoption de la Déclaration en 2007, mais aussi sur les obligations générales de l'Etat découlant d'une souveraineté de plus en plus conditionnelle dans le cadre de la direction prise par le droit international dans la période postcoloniale. Outre le respect des droits de l'homme, les Etats ont d'autres obligations générales, tel le respect du principe de bonne foi, y compris dans les relations qu'ils entretiennent avec leurs peuples autochtones. Loin de se cantonner à une dimension incidente aux peuples autochtones, cette direction est suivie dans plusieurs domaines du droit international, au premier chef desquels celui des droits de l'homme, ce qui en renforce la validité au plan méthodologique. Le développement postcolonial du droit des peuples à l'autodétermination tend effectivement davantage vers l'accommodation de droits dans son cadre plutôt que vers leur confrontation. Plus généralement, il s'agit en outre d'un reflet de la finalisation du passage d'un droit international de la coexistence vers un droit international de la coopération ainsi que de l'affermissement sans cesse renforcée du principe d'unité dans la diversité guidant

---

<sup>781</sup> Cette tendance ressort de l'examen de la jurisprudence interne des Etats particulièrement intéressés au cours de la présente étude, v. partie I, titre 2, *supra*, et titre 2, *infra*.

l'élaboration des normes générales en matière de droits de l'homme. La place grandissante de ce principe dans la formation des règles de droit reflète l'importance accrue de l'éthique et de l'équité<sup>782</sup>. La finalisation du plein passage de la norme coutumière émergente à l'étude vers la *lex lata* sera confirmée postérieurement, entre autres, par l'engagement d'une forme grandissante de la responsabilité de l'Etat en cas de violation, accroissant sans cesse sa sécurité juridique.<sup>783</sup>

Il apparaît de cet examen que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, tel qu'il se cristallise dans le droit coutumier, a une portée interne certaine, mais que son champ ne couvre pas les cas d'exercice externe, qui revêtent une dimension extra-juridique. Cette zone extra-juridique, marquée par l'incertitude, fait l'objet de mesures visant à la conjurer dans la mesure du possible. Notamment, les processus de réparation au plan interne des Etats, les formes souples et accommodantes de l'exercice interne de l'autodétermination autochtone *via* des processus négociés et consensuels de partage du pouvoir, la menace de la mise en œuvre d'une responsabilité de l'Etat pour l'instant vague et embryonnaire en cas de violation de ce droit ou encore les mécanismes institutionnels internationaux de coopération et de supervision apparaissent comme autant de mesures à caractère préventif en vue d'empêcher la survenance d'aspirations centrifuges chez les peuples autochtones. Il s'agit d'une tentative de maintenir une cohabitation la plus harmonieuse possible entre le droit des peuples à l'autodétermination et le principe d'intégrité territoriale de l'Etat, reflétant l'acuité de la controverse doctrinale générale contemporaine. L'éventualité, pour l'instant demeurée théorique, de situations susceptibles de conduire à la sécession de peuples autochtones n'a pas émergé jusqu'à présent comme une question distincte du thème général de la sécession ni de la question portant sur l'existence d'un hypothétique droit de sécession remède en droit international.

---

<sup>782</sup> V. Niels PETERSEN, *op. cit.*, 2007 (v. note 716 *supra*) ; Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 77-94 et 140-150.

<sup>783</sup> V. pp. 481-491 et 551-552 *infra*.

§2 – *Les peuples autochtones : les seuls sous-groupes nationaux ayant le droit à l'autodétermination*

La situation particulière des peuples autochtones, leur lien spécial à leurs territoires ancestraux et certains droits constitutifs de leur droit à l'autodétermination dans le cadre d'un exercice essentiellement interne<sup>784</sup>, pourraient rendre tentant le rapprochement des peuples autochtones des autres sous-groupes nationaux tels que les minorités nationales. La spécificité des peuples autochtones exclut cependant ce rapprochement. Si les peuples autochtones peuvent avoir certains points communs avec les minorités nationales tant du point de vue de leurs caractéristiques que de leurs droits, certaines différences irréductibles justifient un traitement distinct de ces deux catégories juridiques par le droit international (A). Les peuples autochtones se caractérisent alors par un régime qualifiable d' « *idem plus* », c'est-à-dire par la jouissance de l'ensemble des droits attachés au régime juridique des minorités nationales auquel s'ajoutent certains droits spécifiques répondant au statut des peuples autochtones de peuples au sens du droit international (B).

*A – Les minorités nationales : pas de droit à l'autodétermination*

Il est tentant pour une partie de la doctrine de voir dans les peuples autochtones une simple minorité nationale, balayant du même geste la spécificité de la question autochtone. Certains auteurs fondent ce point de vue sur l'imprécision ou l'indétermination de certains instruments internationaux, allant parfois jusqu'à voir dans les droits des minorités nationales liés à l'autonomie une forme d'exercice du droit à l'autodétermination<sup>785</sup>. Cette opinion ne

---

<sup>784</sup> entendu comme droit à l'autonomie politique atteint au moyen d'un partage démocratique et consensuel du pouvoir en vue de réaliser un partenariat négocié de bonne foi avec l'Etat garantissant aux peuples autochtones la protection de leur intégrité et la maîtrise de leur destin. V. Kristina ROEPSTORFF, "Self-Determination of Indigenous Peoples within the Human Rights Context: A Right to Autonomy?", *Law and Development Papers*, 46 p.

<sup>785</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 571 *supra*), p. 179: "the Court, without an express statement to that effect, appeared to link the rights of minorities to the rights of peoples"; Marc WELLER, "The Rambouillet Conference on Kosovo", *International Affairs*, tome 75, avril 1999, p. 2; Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, 2006 (v. note 701 *supra*), n° 129-c p. 145 : « Le droit à l'indépendance resterait l'apanage des peuples soumis à domination coloniale, cependant que les peuples minoritaires se verraient reconnaître le droit à l'identité culturelle ainsi qu'à un ensemble de droits collectifs [...] Cette dissociation du droit des peuples et du principe d'autodétermination hors les cas de domination coloniale [...] a reçu la caution du Secrétaire général des Nations Unies dans son « Agenda pour la paix » proposé aux Etats membres le 17 juin 1992 et complété depuis », mais ce document se limite à des considérations générales en la matière et rien, à l'examen, ne semble soutenir une telle opinion; Lee Joseph Marshall SEYMOUR, *op. cit.*, 2007 (v. note 744 *supra*), p. 23: "For some international lawyers, the Yugoslav crisis indicated a trend towards linking the rights of 'minorities' to those of

semble cependant pas résister à un examen plus approfondi des éléments pertinents du droit international. La Déclaration de 2007 elle-même n'abonde pas dans ce sens. Alors que les droits des membres de minorités nationales avaient déjà fait l'objet de l'adoption d'un instrument identique en 1992<sup>786</sup>, l'Assemblée générale a jugé nécessaire d'adopter la Déclaration de 2007 comme instrument distinct expressément dédié aux peuples autochtones. Ces deux Déclarations ont fait l'objet de travaux préparatoires distincts pour lesquels l'O.N.U. a jugé nécessaire d'établir des Groupes de travail séparés, n'entretenant aucun lien de coopération ni de communication entre eux. Le droit à l'autodétermination et le terme de peuples autochtones brillent par leur absence dans la Déclaration de 1992, expressément consacrée aux membres de minorités nationales. Par contraste, dans la Déclaration de 2007, dont l'article 3 sur le droit à l'autodétermination constitue le pivot central, le terme de « minorité nationale » ne figure nulle part, et l'examen des déclarations des Etats au titre des explications de vote suggère que les minorités nationales ne sont pas envisagées par les Etats comme faisant partie de l'enjeu de la Déclaration. De plus, alors que la Déclaration de 2007 reconnaît clairement aux peuples autochtones des droits collectifs qui leurs sont attachés en tant que groupe<sup>787</sup>, la Déclaration de 1992 n'attache de droits qu'aux membres individuels des minorités nationales, en témoigne éloquemment son titre lui-même.

Ces différences reflètent une distinction opérée de manière générale par le droit international et une grande partie de la doctrine<sup>788</sup> entre les minorités nationales et les peuples autochtones, tant au plan de leur statut que de leur régime juridique. Alors que les peuples autochtones constituent des peuples au sens du droit international – et cette reconnaissance constitue la grande avancée de la Déclaration –, ce n'est pas le cas des minorités nationales, traitées par le droit international comme des groupes identitaires distincts. Un exemple

---

*'peoples' indicative of a 'right to autonomy' in international law under which minority autonomies could be regarded as an exercise of self-determination, rather than compensation for its denial*", ajoutant néanmoins: "State practice is unclear on the matter". Ces formulations parfois confuses apparaissent minoritaires et peu convaincantes.

<sup>786</sup> Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, annexée à la Résolution 47/135 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992.

<sup>787</sup> Outre les droits collectifs reconnus aux peuples autochtones par la Déclaration de 2007, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, droit premier conditionnant l'exercice de ses droits constitutifs, est par essence un droit de l'homme collectif.

<sup>788</sup> V. note 201 *supra* ; Patrick THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1994 ; Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), pp. 554-560. V. aussi la remarque de la représentante de la Grèce lors de la discussion générale au sein de la Troisième Commission concernant l'article 1 durant les travaux préparatoires des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, 28 octobre 1955, A/C.3/SR.647, §6 : « il ne faut pas créer une confusion – confusion qui semble parfois voulue – entre la question des minorités et celle de la libre détermination, qui intéresse les grandes majorités nationales qui vivent sur leur propre territoire mais ne peuvent pas choisir librement leur statut politique » (Documents officiels de l'Assemblée générale, 10<sup>e</sup> session, p. 113).

révélateur sur ce point peut être fourni par l'avis n° 2 de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie du 11 janvier 1992. Alors que la question posée par la Serbie à la Commission aborde ce problème de manière explicite et univoque<sup>789</sup>, le raisonnement et les conclusions de l'avis suggèrent une réponse négative de la Commission, bien que celle-ci se soit gardée d'aborder la question directement. L'assimilation par la Commission des parties du peuple serbe vivant hors de Serbie à des minorités nationales dans les Etats respectifs où elles vivent suggère que le droit à l'autodétermination d'un peuple ayant déjà son Etat ne saurait être invoqué par les éléments de sa diaspora. En d'autres termes, l'exercice par un peuple de son droit à l'autodétermination conduisant à la création d'un Etat indépendant éteint le droit pour les sections de ce peuple situées en dehors de l'espace territorial de réalisation de l'autodétermination de se prévaloir une nouvelle fois dudit droit sous cette forme. Le peuple auquel ces communautés appartiennent est réputé avoir déjà réalisé son droit à l'autodétermination et, bien qu'elles appartiennent à ce peuple, elles sont considérées dans les Etats où elles vivent comme des minorités nationales. La Commission conclut ainsi que les populations serbes situées hors de Serbie jouissent de la totalité des droits réservés aux membres de minorités nationales, mais n'ont pas le droit à l'autodétermination<sup>790</sup>.

De manière générale, les minorités nationales – et notamment ethniques, linguistiques et religieuses – sont traitées comme cadres dont seuls les membres individuels sont titulaires des droits attenants au régime international visant à leur protection. Sauf exception, n'apparaissant qu'à la marge du régime, les droits sont attachés non au groupe mais à ses membres et, par corollaire, sont des droits essentiellement individuels<sup>791</sup>. Certains

---

<sup>789</sup> La question posée était la suivante: "La population serbe de Croatie et de Bosnie-Herzégovine, en tant que l'un des peuples constituants de la Yougoslavie, a-t-elle le droit à l'autodétermination?"

<sup>790</sup> *Avis n° 2*, 11 janvier 1992, §4. Le droit à l'autodétermination brille par son absence dans les conclusions de l'avis qui affirment par ailleurs l'applicabilité du régime des minorités nationales aux Serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine.

<sup>791</sup> V. Malcolm N. SHAW, *op. cit.*, 1997 (v. note 720 *supra*), p. 485. Il faut admettre cependant que droit international tend à évoluer sur ce point: v. Alain PELLET, « Nationalités et minorités dans l'ancienne Yougoslavie – Quelques aspects juridiques », *La Méditerranée, Espace de coopération*, ouvrage collectif en l'honneur du professeur Maurice Flory, Paris, Pedone, 1994, pp. 149-150 (mis à jour in Emmanuel DECAUX, Václav MIKULKA, Alain PELLET (dir.), *Succession d'Etats, nationalité et minorités en Europe de l'Est*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 289-299); « Individual Rights, Minority Rights, and Group Rights » in Ernest R. MAY, Ageliki E. LAIOU (dir.), *The Dumbarton Oaks Conversations and the United Nations, 1944-1994*, Washington D.C., Dumbarton Oaks Research Library, 1998, pp. 105-109; Will KYMLICKA, « Beyond the Indigenous/Minority Dichotomy ? », in Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), pp. 183-208. La pratique internationale abonde dans ce sens, v. notamment la Déclaration de Copenhague de la C.S.C.E. du 29 juin 1990 (§35), la *Recommandation 1201 (1993)* de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> février 1993, la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> février 1995 ou encore la pratique de conclusion de traités bilatéraux en



changements ont certes été amorcés sur ces points, mais ils demeurent lents à cristalliser. L'aspect de protection, envisageant les minorités sous un angle essentiellement passif, semble également en contraste avec l'aspect substantiel attaché au droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Autrement dit, alors que les droits attachés aux minorités nationales, comme distincts du régime général des droits de l'homme, ne tirent leur raison d'être que du caractère numériquement minoritaire et politiquement dominé du groupe, le régime des droits des peuples autochtones est indépendant de ce trait numérico-politique et apparaît intrinsèque à l'identité autochtone elle-même. Notamment, l'antériorité d'occupation, avec la souveraineté initiale et résiduelle qui y est attachée et sous réserve de satisfaire au principe d'auto-identification par les intéressés, apparaît comme le trait distinctif propre aux peuples autochtones et qui fait défaut aux minorités nationales.

Le critère objectif de l'antériorité d'occupation est, comme il a été vu, combiné au critère subjectif d'auto-identification. Ainsi, le caractère de « peuple autochtone » attaché à une collectivité humaine résulte d'une antériorité de présence qui non seulement répond aux faits réels – dimension objective – mais qui est également activement revendiquée par le groupe en question – dimension subjective. Il n'est pas suffisant que l'antériorité de présence du groupe soit constatée pour conclure à sa qualité de « peuple autochtone » de ce groupe ; il faut encore que ce groupe soit conscient de sa spécificité autochtone qu'il revendique activement et qu'il cherche à perpétuer. Autrement, sans l'éveil de cette conscience de groupe de son identité autochtone, il demeure parmi les minorités nationales<sup>792</sup>. D'autre part, le critère de minorité numérique ou la position de dominé, qui est intrinsèque à la notion de minorité nationale – dont il constitue une condition *sine qua non* – n'apparaît que comme un trait incident et non nécessaire de la notion de peuples autochtones. De fait, le caractère numériquement majoritaire ou dominant des peuples autochtones au sein de la population

---

matière de protection des droits des membres de minorités nationales en Europe centrale et orientale après 1991 (par exemple le Traité de compréhension, de coopération et de bon voisinage conclu à Timisoara le 16 septembre 1996 entre la Hongrie et la Roumanie) : Kinga GÁL, « Bilateral Agreements in Central and Eastern Europe : A New Inter-State Framework for Minority Protection? », Working Paper n° 4, Flensburg, European Centre for Minority Issues, mai 1999 ; Péter KOVÁCS, *International Law and Minority Protection – Rights of Minorities or Law of Minorities?*, Budapest, Akadémiai Kiado, 2000, 174 p.

<sup>792</sup> V. l'exemple précité de la communauté valaque présente notamment dans les régions de Transylvanie (Roumanie) et du Banat (Roumanie et Serbie). Bien que les historiens s'accordent généralement pour dire que les Valaques constituent un des peuples présents dans les Balkans avant l'arrivée des Slaves, et malgré la survivance de certaines particularités culturelles propres à l'identité valaque, cette communauté humaine ne revendique pas le statut de peuple autochtone et constitue aujourd'hui une minorité nationale en Serbie. En Roumanie, les Valaques sont parfois considérés comme des « proto-roumains » mais sans conséquence juridique dans le sens d'une reconnaissance d'un caractère autochtone.

nationale reflète la situation contemporaine dans plusieurs Etats<sup>793</sup>. La notion de peuple autochtone apparaît ainsi irréductible à la notion de minorité nationale.

A cette irréductibilité des notions de minorité nationale et de peuple autochtone au plan de la définition et des caractéristiques répond logiquement une distinction de leurs régimes juridiques respectifs en droit international, qui ont néanmoins tendance à se confondre partiellement. Le champ juridique commun déterminé par le recoupement partiel des deux régimes distincts couvre l'intégralité du corpus juridique international des droits de l'homme – composé essentiellement de droits de l'homme individuels – et l'intégralité du régime des droits de minorités nationales. Ce dernier est composé de droits individuels exercés en communauté avec d'autres<sup>794</sup> dont jouissent les membres des minorités nationales en raison de leur appartenance à une minorité nationale, ainsi que de certains droits collectifs dont l'émergence récente est discutée par la doctrine. Outre ce champ commun, le régime des droits des peuples autochtones se distingue de celui des droits des minorités nationales en raison de certains droits collectifs des peuples autochtones tels les droits ancestraux, fonciers ou encore de propriété intellectuelle, et principalement sur la question du droit des peuples à l'autodétermination. Découlant logiquement du caractère de peuple au sens du droit international attaché à une collectivité humaine donnée, le droit à l'autodétermination inclut parmi des titulaires les peuples autochtones mais non les minorités nationales, celles-ci n'étant pas éligibles à la qualité de peuple au sens du droit international. Les instruments internationaux en matière de droits des minorités et la pratique y relative abondent dans le sens de cette distinction opérée par une partie de la doctrine. En effet, alors que le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est expressément reconnu dans la Déclaration de 2007 comme aboutissement logique des développements antérieurs, nulle trace d'un tel droit au bénéfice des minorités nationales n'est décelable dans les instruments internationaux et la

---

<sup>793</sup> V. notamment les exemples aux Îles Fidji et au Guatemala, cités *supra* (v. partie I, titre 2) et dans la plupart des Etats d'Afrique.

<sup>794</sup> Cette approche individuelle répond à l'esprit et à la lettre de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 19 décembre 1966 (entré en vigueur le 23 mars 1976) : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » (*R.T.N.U.*, 1976, tome 999, I-14668, p. 195). V. aussi Francesco CAPOTORTI, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, *doc. cit.*, 1979 (v. note 196 *supra*), §208 p. 35 : “[*The International Covenant and Civil and Political Rights*] lays down an number of individual rights. The only right of collective bodies is the right of peoples to self-determination. But this is an entirely different matter from the rights of members of minorities, not only because it derives directly from a principle already included in the Charter of the United Nations but also because it conditions the enjoyment of all the other fundamental human rights.”

pratique en matière de droits des minorités nationales alors même que le régime des secondes est plus ancien que celui des premiers.

En tant que principe, l'autodétermination des peuples a certes fait son apparition au même moment et à l'occasion des mêmes événements que la mise en place du premier régime de protection des minorités nationales, en Europe au lendemain de la Première Guerre mondiale. Un examen plus approfondi<sup>795</sup> révèle cependant qu'il s'est agi – et qu'il s'agit encore aujourd'hui – de deux notions distinctes : l'autodétermination existe à la fois comme principe et comme droit. Deux remarques peuvent être faites en lien avec les minorités nationales. D'une part, l'autodétermination des peuples vers 1920 ne constitue encore qu'un principe politique, son accession au statut de droit n'intervenant qu'après 1945. Ce principe a pu avoir assez tôt certaines conséquences en termes de droit, à l'image du droit de pétition qui se situe dans son prolongement. Pour autant, cela ne reflète pas encore à proprement parler la cristallisation du principe comme droit. D'autre part, ce principe semble être apparu en dehors du champ de développement du régime de protection des minorités nationales avec lequel il n'entretient pas de lien particulier. Le principe d'autodétermination des peuples brille par son absence dans les fameux traités relatifs aux minorités nationales conclus au lendemain de la Première Guerre mondiale ainsi que dans la jurisprudence de la C.P.J.I. relative aux droits des minorités nationales<sup>796</sup>.

L'échec du système de protection des minorités nationales établi durant l'Entre-deux Guerres et son remplacement par le système des droits des minorités nationales après 1945 n'a pas induit de changement sur ce point, y compris après que l'autodétermination a acquis la valeur de droit. Dans leur pratique relative aux procédures en matière d'exécution par les Etats de leurs obligations conventionnelles concernant la *Convention internationale sur*

---

<sup>795</sup> V. l'examen conduit sur cette question pp. 95-108 *supra*.

<sup>796</sup> V. notamment les traités conclus entre les puissances alliées et les Etats vaincus, contenant des dispositions en matière de protection des minorités nationales : Traité polonais sur les minorités (dit « petit traité de Versailles », signé le 28 juin 1919, entré en vigueur le 10 janvier 1920, dénoncé par la Pologne le 13 septembre 1934), Traité de Saint-Germain-en-Laye (signé le 10 septembre 1919 avec l'Autriche, entré en vigueur le 16 juillet 1920), Traité de Paris (signé en 1919 avec la Roumanie), Traité de Sèvres (signé le 10 août 1920 avec l'Empire ottoman), Traité de Trianon (signé le 4 juin 1920 avec le Royaume de Hongrie, entré en vigueur le 31 juillet 1921), Traité de Neuilly-sur-Seine (signé le 27 novembre 1919 avec la Bulgarie) et Traité de Lausanne (signé le 24 juillet 1923 avec la Turquie, entré en vigueur le 6 août 1924) ; C.P.J.I., *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 26 avril 1928, série A, n° 15 ; *Colons allemands en Pologne*, avis consultatif, 10 septembre 1923, série B, n° 6 ; *Echanges des populations grecques et turques*, avis consultatif, 21 février 1925, série B, n° 10 ; *Question des « communautés » gréco-bulgares*, avis consultatif, 31 juillet 1930, série B, n° 17 ; *Accès aux écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie*, avis consultatif, 15 mai 1931, série A/B, n° 40 ; *Ecoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 6 avril 1935, série A/B, n° 64.

*l'élimination de toutes les formes de discrimination* de 1965 et les deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme, ni le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ni le Comité des droits de l'homme ne lient les minorités nationales au droit des peuples à l'autodétermination, pourtant prévu à l'article 1 commun des deux Pactes<sup>797</sup>. De même, l'étude d'autorité conduite par Francesco Capotorti (Italie), en sa qualité de Rapporteur spécial pour la Sous-Commission de la prévention de la Discrimination et de la protection des minorités, n'inclut pas le droit des peuples à l'autodétermination dans le régime des droits des minorités nationales<sup>798</sup>. Enfin, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*<sup>799</sup> de 1992 ne prévoit pas de droit à l'autodétermination au bénéfice des minorités. Si l'ambiguïté a pu persister tant que la définition vague du terme de « peuple autochtone » entretenait une carence dans le cadre juridique se rattachant à cette catégorie, les activités normatives de l'O.N.U. en la matière, culminant avec l'adoption de la Déclaration en 2007, ont contribué à réduire l'incertitude, rendant intenable une assimilation pure et simple des peuples autochtones aux minorités nationales. C'est d'ailleurs seulement récemment qu'une partie de la doctrine a tendu à étendre peu à peu le principe d'autodétermination aux minorités nationales<sup>800</sup>. Cette opinion demeure controversée et ne reflète tout au plus que la *lex ferenda*. Une telle évolution a été rendue possible seulement après que le droit à l'autodétermination a été confirmé, particulièrement dans le contexte post-décolonisation, comme confiné aux seuls peuples.

Etant donné l'intérêt récemment porté par la doctrine à la question de l'existence d'un droit de sécession remède au profit des groupes opprimés, et notamment des minorités nationales, il paraît utile d'examiner l'articulation entre les minorités nationales et l'hypothétique droit à la sécession remède d'une part, et le droit à l'autodétermination d'autre

---

<sup>797</sup> V. sur ce point l'examen conduit dans le titre précédent sur la pratique jurisprudentielle de ces deux Comités. Notamment, le Comité des droits de l'homme a refusé les requêtes fondées sur l'article 1, limitant la référence à cet article à un rôle contextuel. Si le Comité a opéré des références timides à l'article 1, toujours combinées de manière incidente à l'article 27, dans des requêtes présentées par des peuples autochtones, cela n'a pas été le cas concernant les cas de minorités nationales classiques. De même, il faut noter un refus de ces organes de reconnaître des droits collectifs au profit des minorités nationales, ou pour le moins leur extrême prudence à cet égard. Si l'exercice des droits de fait en commun et puise en dernier ressort son fondement dans l'identité collective du groupe, leurs titulaires ultimes sont toujours des individus.

<sup>798</sup> Francesco CAPOTORTI, *doc. cit.*, 1979 (v. note 196 *supra*). V. aussi la *Fiche d'information n° 18 (Rev.1) – Droits des minorités* (publiée par les Nations Unies en 1998) où l'autodétermination brille par son absence.

<sup>799</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Résolution 47/135 de l'Assemblée générale, 18 décembre 1992. V. aussi E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, *doc. cit.*, 31 mars 2005 (v. note 200 *supra*), §84 pp. 20-21 : « les droits des personnes appartenant à des minorités de distinguent des droits des peuples à disposer d'eux-mêmes ».

<sup>800</sup> V. note 791 *supra*.

part. Dans une étude de 1993 abordant la question de l'oppression des minorités nationales, le Rapporteur spécial Asbjørn Eide tente de théoriser les conditions d'exercice d'un droit à la sécession remède pour les groupes opprimés. Cependant, bien que la distinction de principe entre peuples et minorités soit reconnue et que le droit des peuples à l'autodétermination soit replacé dans le cadre des instruments internationaux pertinents, l'approche du Rapporteur spécial suggère un certain amalgame entre peuples et minorités. Le passage pertinent est en effet ainsi formulé : « [L]orsqu'un groupe minoritaire vit en communauté compacte dans une partie du territoire d'un Etat souverain, ses représentants prétendent parfois que le groupe constitue un peuple, ou une nation, et qu'il a par conséquent le droit à l'autodétermination. »<sup>801</sup> Procédant de cette position, l'examen se poursuit en portant sur les conditions d'exercice d'un droit à la sécession remède fondé sur l'autodétermination. Ce faisant, les minorités et les peuples sont indifféremment englobés dans le champ *rationæ personalis* de ce droit et souvent désignés communément sous le terme de « groupe ». Ce raisonnement apparaît manquer de rigueur eu égard au caractère distinct de catégories juridiques qu'il reconnaît pourtant.

Une tentative plutôt convaincante de clarifier cette contradiction apparente semble soutenue par une partie de la doctrine. Il s'agirait de se référer à la distinction entre l'autodétermination entendue comme principe et le droit du même nom. Les instruments internationaux pertinents sont clairs quant à la restriction des titulaires du droit à l'autodétermination aux seuls peuples, mais le principe d'autodétermination aurait une portée plus large et toucherait l'ensemble des groupes humains dans la diversité de leurs formes d'allégeance, allant même jusqu'aux individus. En tant que principe, l'autodétermination guiderait l'application des droits des divers groupes humains formant l'ensemble de la population de l'Etat et équivaldrait à un principe démocratique universel et de non discrimination devant être exercé au sein de l'Etat constitué. Ainsi, l'octroi d'un droit à la sécession remède aux minorités nationales se fonderait non sur un droit à l'autodétermination qu'elles n'ont pas, mais sur la violation par l'Etat du principe d'autodétermination interne ou démocratique universel à leur égard<sup>802</sup>. En cas d'oppression, les peuples, déjà titulaires du

---

<sup>801</sup> E/CN.4/Sub.2/1993/34, *doc. cit.*, 10 août 1993 (v. note 15 *supra*), §73 p. 17. V. la description du droit à la sécession remède, §§83-85 pp. 18-19.

<sup>802</sup> Cette perspective semble être permise par certaines analyses doctrinales : Théodore CHRISTAKIS, *op. cit.*, 1999 (v. note 1 *supra*), pp. 299-303. Cette position doit être nuancée : cet auteur fait référence au « droit » à l'autodétermination dans d'autres passages de son analyse (pp. 295-296). Il envisage par ailleurs le droit à la sécession remède au profit de « groupes » opprimés. De manière générale, même si les instruments internationaux font généralement un emploi interchangeable des termes « droit » et « principe » en matière

droit à l'autodétermination, se verraient ouvrir la voie à un exercice externe de ce droit. Il est donc possible, au moins théoriquement, de parler d'un droit à la sécession remède en l'absence de peuple.

L'examen laisse ainsi peu de place au doute quant au caractère distinct des minorités nationales et des peuples autochtones dans le droit international contemporain, tant en termes de définition que de régime juridique. Contrairement aux peuples autochtones, les minorités nationales ne constituent pas des peuples au sens du droit international. Elles sont par conséquent dénuées de la qualité nécessaire à la jouissance du droit des peuples à l'autodétermination. Reflétant la pratique et la doctrine dominantes, cette position est du reste celle défendue avec constance et succès par les délégations autochtones dans l'affirmation de leur spécificité au cours des vingt-cinq années du processus d'élaboration du projet de Déclaration<sup>803</sup>.

L'étroitesse du régime international des droits des minorités nationales peut être déplorée par certains commentateurs, l'évolution de ce régime demeure lente. Sans exclure la possibilité d'une évolution future dans le sens d'un développement plus affirmé des droits collectifs, voire du droit à l'autodétermination, au profit des minorités nationales, ces développements ne sauraient refléter l'état du droit international contemporain. Pour autant, il n'est pas dit que le régime de protection des minorités nationales doive nécessairement suivre une voie identique à celle des droits des peuples autochtones pour que son efficacité s'en trouve améliorée. Compte tenu des préoccupations et des craintes que provoque chez les Etats la reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, et malgré l'émergence d'une interprétation interne de ce droit de nature à garantir et à renforcer la stabilité des relations internationales plutôt que de la menacer, il apparaît risqué et peu raisonnable d'étendre le bénéfice de ce droit aux minorités nationales en raison de la différence d'enjeu. L'expérience montre en effet que si les velléités centrifuges constituent l'exception chez les peuples autochtones, elles sont en revanche traditionnellement beaucoup plus fréquentes chez les minorités nationales et fournissent le vecteur de nombreux conflits

---

d'autodétermination, rien de s'oppose à une telle interprétation. A cet égard, la formulation employée dans la *Recommandation n° XXI (48)* du C.E.R.D. du 8 mars 1996 confirme la réservation du droit à l'autodétermination aux seuls peuples, bien qu'il entretienne des liens étroits avec les droits de l'homme des citoyens et des minorités et que son respect ait des implications sur les droits de ces dernières catégories.

<sup>803</sup> V. examen du processus d'élaboration du projet de Déclaration dans le cadre des travaux normatifs des deux Groupes de travail, titre précédent. Corroborant indirectement cette position, le Groupe de travail sur les minorités ne revendique pas particulièrement le droit à l'autodétermination au profit des minorités (v. note 200 *supra*).

séparatistes contemporains<sup>804</sup>. Cet octroi du droit à l'autodétermination aux minorités nationales apparaît également non nécessaire, étant donné la diversité des solutions créatives et efficaces déjà mises en place dans la résolution des conflits postcoloniaux de ce type<sup>805</sup>.

Enfin, aspect capital, une telle extension *rationae personae* de ce droit présenterait le risque majeur d'en affecter l'efficacité juridique, voire de le vider de sa substance. Il paraît périlleux d'étendre le bénéfice de ce droit aux minorités nationales sans aboutir à une relativisation de la notion de peuple, voire à une telle distorsion que ladite notion se retrouverait privée d'une substance cohérente, contrainte ainsi à un grand écart permanent qui en compromettrait sérieusement l'applicabilité. Bien que l'évolution du droit international contemporain vers une souplesse et un éclatement accrues doive être reconnue<sup>806</sup>, son efficacité et la condition même de son applicabilité reposent en dernier ressort sur le maintien de catégories non nécessairement rigides mais néanmoins distinctes. Sous couvert d'inclusivité, un excès de confusion entre des catégories juridiques distinctes mettrait sérieusement en péril l'architecture du système des droits de l'homme. Au contraire, l'approche consistant à interpréter des droits de l'homme concurrents en recherchant leur accommodation, c'est-à-dire en tenant compte de la situation globale résultant de l'exercice simultané de droits distincts de manière harmonieuse, offre une solution qui apparaît bien plus prometteuse et propre à préserver l'efficacité juridique de l'édifice des droits de l'homme.

---

<sup>804</sup> Ces velléités sécessionnistes sont loin de prétendre toutes se fonder sur le droit des peuples à l'autodétermination, et pour cause puisque ce droit fait défaut aux minorités nationales. V. comme illustration le cas précité de la sécession du Kosovo en 2008. Au contraire, la sécession de la minorité roumaine de la Hongrie, réalisée par la proclamation de l'union de la Transylvanie avec la Roumanie le 1<sup>er</sup> décembre 1918, a pu prétendre s'appuyer sur le principe des nationalités et celui de l'autodétermination des peuples. Le fondement de cette référence en droit reste sujet à caution, particulièrement à l'époque où l'autodétermination des peuples n'existait pas en tant que droit. Du reste, le succès ultime des divers rattachements à la Roumanie ne dépend pas de cette référence mais a reçu l'aval des traités de paix. De manière générale, le refus d'octroyer le droit à l'autodétermination aux minorités nationales ne saurait relever de la discrimination, qui consiste en l'application de normes ou de critères distincts à des catégories ou objets identiques. Il a été constaté *supra* que les peuples autochtones et les minorités nationales constituent bien deux catégories juridiques distinctes. La jouissance par chacune d'elles d'un régime juridique distinct n'en apparaît qu'une conséquence logique.

<sup>805</sup> Pour un panorama des réflexions récentes sur cette question, v. Stefan WOLFF, « Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance », *International Journal on Minority and Group Rights*, tome 20, n° 1, 2013, pp. 27-50. Bien que la notion d'autodétermination fasse partie de ces réflexions, la démarche de compromis caractérisant les solutions de résolution de conflits vise précisément à prévenir les situations de revendications du droit à l'autodétermination, généralement tournées vers la sécession et peu promptes au compromis. En d'autres termes, l'autodétermination comme principe est utilisé afin d'éviter le recours au droit du même nom.

<sup>806</sup> Et les conclusions de la présente étude en prennent acte, car il s'agit ici de confirmer la consécration du droit des peuples à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation, c'est-à-dire la caducité de la conception étroite de ce droit comme appartenant exclusivement aux peuples coloniaux ou non autonomes et équivalant nécessairement pour eux à un droit à l'indépendance.

B – Les peuples autochtones : régime « idem plus »

Il a été à présent établi que les peuples autochtones jouissent d'un régime juridique propre qui englobe celui des minorités nationales mais s'en excède également par la jouissance de certains droits collectifs propres liés directement à la qualité de peuple autochtone et se déployant dans le cadre du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Dans leur jouissance du droit à l'autodétermination, les peuples autochtones exercent les droits constitutifs identifiés précédemment. Parmi ces droits constitutifs, les droits communs aux droits de l'homme et aux droits des minorités nationales acquièrent une dimension distincte lorsqu'appliqués aux peuples autochtones du fait du cadre et du fondement de leur exercice. Par exemple, s'il venait à être définitivement reconnu aux minorités nationales, le droit à l'autonomie politique serait commun dans son exercice aux minorités nationales et aux peuples autochtones mais aurait un fondement distinct dans chaque cas : là où il s'agit d'une forme d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, ce fondement fait défaut chez les minorités nationales pour lesquelles l'autonomie constitue un simple cadre de protection juridique. Les autres droits constitutifs propres aux peuples autochtones en raison de leur situation spécifique incluent notamment les droits ancestraux dans leurs manifestations diverses, et notamment les droits fonciers et le titre autochtone. De manière plus discutable, il est possible d'y inclure également le droit des peuples à la propriété intellectuelle en relation aux produits de leur culture, relativement novateur sous sa forme collective. Ces droits propres aux peuples autochtones sont directement liés à la revendication d'une identité autochtone et à l'antériorité de présence, deux dimensions sur lesquelles repose précisément la catégorie de peuple autochtone.

Cette situation permet de qualifier le régime des droits des peuples autochtones d'« idem plus » par rapport à au régime des droits des minorités nationales, répondant ainsi essentiellement à la dimension collective renforcée des peuples autochtones exprimée par les droits ancestraux et consacrée par le droit à l'autodétermination lui-même. Du reste, la reconnaissance de droits au profit du groupe apparaît nettement plus affirmée pour les peuples autochtones que pour les minorités nationales<sup>807</sup>. Cette proximité et cette juxtaposition

---

<sup>807</sup> Comparer d'une part la formulation des droits dans la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* du 18 décembre 1992 (approche expressément inspirée (alinéa 4 du préambule) de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et



partielle de régimes pourtant bien distincts ont pu expliquer l'emploi de formules parfois ambiguës ou confuses, ou encore justifier la tentation pour une partie de la doctrine de qualifier les peuples autochtones de « catégorie particulière de minorité »<sup>808</sup>.

L'examen des travaux normatifs des Groupes de travail et des déclarations des Etats au titre des explications de vote révèlent une certaine ambiguïté sur le caractère encore mal accepté des droits collectifs en raison de leur remise en cause supposée des droits individuels<sup>809</sup>. Le débat doctrinal sur l'existence de droits collectifs et sur leur articulation avec les droits de l'homme individuels n'affecte pas la question du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ni ne saurait mettre en doute son existence. En effet, il n'est généralement pas contesté que le droit des peuples à l'autodétermination revêt un caractère d'exception dans le cadre du droit international des droits de l'homme du fait de sa dimension collective. Du reste, la probabilité théorique de tension entre droits individuels et droits collectifs semble moins élevée que celle qui peut exister déjà entre droits individuels et intérêt national, et qui conduit parfois à des restrictions de ces droits<sup>810</sup>, comme l'envisage l'article 46.2 de la Déclaration. En effet, plus le lien d'appartenance ou d'identification de l'individu à une collectivité est proche et plus cette collectivité est restreinte, et moins la tension entre les intérêts individuels et ceux de la collectivité a de chances d'être forte.

---

droits formulés au profit des « personnes appartenant à des minorités ») et d'autre part la reconnaissance de droits collectifs par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* du 13 septembre 2007, notamment à l'article 7.2 : « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, ... ». Ceci dit, la question des droits collectifs ne constitue pas à proprement parler un critère de différenciation parmi les autres identifiés ici entre les peuples autochtones et les minorités nationales. Ces deux catégories juridiques sont en effet titulaires de droits collectifs, dans des proportions certes variables.

<sup>808</sup> E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, *doc. cit.*, 1987 (v. note 210 *supra*), §184 p. 16, employant la formule de « populations autochtones et d'autres groupes minoritaires défavorisés » ; Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, 2006 (v. note 701 *supra*), n° 129-c p. 145, employant la formule de « peuples minoritaires » ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), p. 740.

<sup>809</sup> Pour un exemple représentatif des préoccupations des Etats sur ce point, v. la déclaration du représentant du Royaume-Uni, Mme Pierce, lors du vote d'adoption du projet de Déclaration à l'Assemblée générale, A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 22 : « A l'exception du droit à l'autodétermination, nous n'acceptons [...] pas la notion de droits de l'homme collectifs en droit international ». Ce genre d'objection est généralement liée à la tentative de promouvoir un double standard par la création d'un droit nouveau et de portée restreinte sous l'étiquette d'« autodétermination ». La pertinence de cette objection apparaît douteuse dans la mesure où elle pose le problème à l'envers : les droits collectifs doivent non supplanter mais compléter les droits individuels selon la méthode interprétative d'accommodation, classique en matière de droits de l'homme (v. Gillian TRIGGS, « The Rights of Peoples and Individual Rights: Conflict or Harmony ? », in James CRAWFORD (dir.), *op. cit.*, 1988 (v. note 53 *supra*), pp. 141-157). Dans tous les cas, il serait erroné de considérer les droits collectifs comme une question nouvelle étant donné leur existence délimitée au sein des droits des minorités nationales, encore mal affirmée par la doctrine face aux droits individuels.

<sup>810</sup> L'intérêt national peut prendre la forme de la sécurité nationale ou de l'ordre public et constitue une raison possible de la restriction des droits de l'homme par l'Etat. Dans le contexte des peuples autochtones, la restriction de l'exercice par les peuples autochtones de leurs droits – y compris le titre autochtone envisagé comme droit – peut se justifier dans des cas de menace à l'ordre public ou en cas de contradiction avec les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

Comme il a été noté, loin de caractériser les peuples autochtones, la position numériquement minoritaire et la situation politique de dominé n'en sont qu'un trait incident, contrairement aux minorités nationales. Cet aspect touche à un élément commun aux minorités nationales et aux peuples autochtones qui met en scène la relation entre d'une part chacune de ces deux catégories et d'autre part l'Etat ou sa population dans son ensemble. Alors que la notion de minorité nationale est affectée d'une relativité spatiale, celle de peuple autochtone se déploie dans le cadre d'une relativité temporelle. La relativité spatiale des minorités nationales signifie qu'une collectivité humaine donnée peut constituer de manière simultanée une minorité nationale dans un Etat et le peuple constituant majoritaire d'un autre Etat. La relativité temporelle attachée aux peuples autochtones tient à la réalisation, à une époque antérieure, du phénomène de rencontre avec un autre peuple arrivé postérieurement, donnant lieu à une situation de cohabitation sur un même territoire. Le plus souvent, cette rencontre a eu lieu sous la forme d'une subjugation du peuple autochtone par le nouvel arrivant établissant sa souveraineté, donnant lieu à une situation actuelle de préjudice et de discrimination. Ces deux cas traduisent *in fine* des expressions différentes d'un rapport de forces au service d'un même enjeu, celui du partage du pouvoir au sein de la société politique.

Cette distinction permet de dégager un trait distinctif des peuples autochtones, à savoir le caractère indépendant de leur statut de peuple vis-à-vis du rapport de forces politiques actuel. Contrairement à la notion de minorité nationale intimement liée au rapport numérique de forces et à la position de dominant ou dominé<sup>811</sup>, l'identité autochtone est intrinsèque aux peuples autochtones et ne dépend pas du rapport de forces car elle puise son fondement dans le phénomène passé de subjugation, s'ajoutant le cas échéant aux critères d'antériorité d'occupation et de revendication de l'identité autochtone. Les peuples autochtones sont titulaires de droits propres indépendamment de leur caractère numériquement ou politiquement dominant ou non au sein de la population ou des institutions politiques de l'Etat, contrairement aux minorités nationales qui ne détiennent leurs droits propres que tant qu'elles constituent une minorité numérique au sein de la population ou tant qu'elle ne détient pas le pouvoir politique qui la placerait alors en situation de dominant. Cela plaide pour une

---

<sup>811</sup> Francesco CAPOTORTI, *doc. cit.*, 1979 (v. note 196 *supra*), §566 p. 96 : "A third objective criterion [to define the term « minority »] consists in the non-dominant position of the groups in question in relation to the rest of the population: dominant minority groups do not need to be protected; on the contrary they violate, sometimes very seriously, the principle of respect for the will of the majority which is a corollary of the right of peoples to self-determination."

reconnaissance de la jouissance du droit des peuples à l'autodétermination au profit des seuls peuples autochtones, ainsi que leur passage progressif, que leur autorise ce droit, vers le statut de sujet passif puis éventuellement actif du droit international. La boucle est alors bouclée avec l'alignement des peuples autochtones sur le peuple au plein sens du droit international, c'est-à-dire le détenteur de la souveraineté dont l'Etat est le simple dépositaire et qu'il partage avec le reste de la population. En effet, le peuple autochtone s'entend comme une catégorie particulière de peuple aux côtés des autres peuples acceptés par le droit international. Ce peuple est proprement « autochtone » en raison de son antériorité de présence sur tout ou partie du territoire actuel de l'Etat consacrée par sa rencontre avec le reste de la population et la situation de subjugation, de préjudice et de discrimination qui en a résulté la plupart du temps. Autrement dit, il ne peut exister de « peuples autochtones » que dans une société plurielle ou a minimum biculturelle, que ceux-ci se situent en position politique dominante ou dominée<sup>812</sup>. On voit en effet difficilement comment un peuple habitant originellement le territoire d'un Etat qui n'aurait pas fait l'objet de cette rencontre ou subjugation ultérieures pourrait constituer un peuple autochtone ; il s'agirait simplement du peuple constituant d'un Etat<sup>813</sup>. Dans un tel Etat, les droits autochtones se confondraient alors avec le droit commun.

Le peuple autochtone n'existe, dans sa jouissance d'un corpus juridique propre en droit international, que par contraste avec les autres sections non autochtones de la population. L'aspect remède des droits des peuples autochtones – et de leur droit à l'autodétermination – se retrouve alors : le droit à l'autodétermination, avec les droits qu'il couvre dans la situation particulière des peuples autochtones, doit conduire à aligner les peuples autochtones sur les autres peuples, c'est-à-dire à leur fournir les moyens de maîtriser leur propre destinée. Si l'aspect remède suggère indubitablement une approche de protection déployée dans une situation similaire à celle des minorités nationales – c'est-à-dire lorsque les peuples autochtones sont en situation politique de dominés – le droit des peuples autochtones à

---

<sup>812</sup> Ou au minimum biculturelle, c'est-à-dire organisée autour de la distinction entre autochtones et non autochtones. Ce pluralisme découle du phénomène de rencontre initiale, sans que la subjugation qui s'en est généralement suivie ne soit une condition nécessaire. Comme il est examiné, le droit des peuples à l'autodétermination articule parmi ses fondements une dimension au moins double. La première dimension, substantielle, touche à l'antériorité de présence (liée à la souveraineté initiale) affectant la situation actuelle de cohabitation dans une société multiculturelle. La seconde dimension, remède, découle de la subjugation qui a suivi dans la plupart des cas le phénomène de rencontre. Ces deux dimensions sont généralement cumulées mais conservent une autonomie de déploiement. Il n'est ainsi pas nécessaire que le second point soit vérifié pour que le premier joue.

<sup>813</sup> Par exemple, il semblerait saugrenu de considérer les Français autochtones au sens ethnologique du terme comme un peuple autochtone au sens du droit international dans la mesure où il s'agit aujourd'hui du peuple constituant de la République Française et détenteur de sa souveraineté.

l'autodétermination apparaît bien comme le vecteur central du caractère propre des peuples autochtones. Son double fondement, à la fois substantiel et remède, place les peuples autochtones dans une position unique de carrefour entre les peuples et les minorités nationales.

## Chapitre 2 – L'adoption de la Déclaration : étape de cristallisation dans le processus coutumier

Parmi les autres moments du processus coutumier examinés, l'adoption du texte final de la Déclaration par une Résolution de l'un des organes appartenant au niveau hiérarchique le plus élevé de l'O.N.U. en constitue une étape essentielle. Ce type d'instrument, souvent dénommé « recommandation » par la doctrine, doit faire l'objet d'un examen non seulement au plan matériel mais également formel en raison de sa contribution généralement reconnue à l'élaboration des règles du droit international coutumier (section 1). L'incidence de cette étape sur le passage de la norme émergente dans la *lex lata* apparaît capitale, compte tenu des circonstances de l'adoption de cet instrument (section 2).

### Section 1 – Le statut juridique de la Déclaration

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007 apparaît comme la colonne vertébrale appelée à apporter un nouvel élan à la consolidation de la pratique et à l'affermissement de l'*opinio juris* qui entrent dans leur phase finale, au seuil du passage de la norme émergente dans la *lex lata*. De fait, si son caractère de simple recommandation place *a priori* cet instrument hors de la *lex lata* tant qu'il est appréhendé *per se* (A), c'est précisément la souplesse et la fluidité attachée à son caractère non obligatoire qui en fait un levier essentiel et un catalyseur formidable du processus coutumier (B). Cet instrument, qu'il serait erroné de vouloir placer tout à fait en dehors du champ normatif contraignant, consacre la dynamique de mouvement des deux éléments vers une pleine cohérence et homogénéité.

*§1 – Une frontière floue entre lex ferenda et lex lata dans le droit international contemporain*

Le caractère statutairement non obligatoire des résolutions de l'Assemblée générale ne présente pas un obstacle, dans certaines circonstances, à ce que ces instruments revêtent un certain caractère politiquement ou moralement contraignant appelé à pénétrer dans le droit, particulièrement lorsqu'ils sont adoptés sous une certaine forme. C'est ce qui s'avère être précisément le cas de la Déclaration de 2007, qui représente de surcroît l'aboutissement d'un long processus historique de maturation.

*A – Le caractère non obligatoire de la Déclaration*

La doctrine et la jurisprudence admettent généralement les résolutions d'organisations internationales comme susceptibles de contribuer au processus coutumier. Appelés aussi recommandations, ces instruments non obligatoires, telle la Résolution de l'Assemblée générale dans le cas d'espèce, peuvent néanmoins être parfois considérés comme reflétant une *opinio juris* voire, plus rarement, une pratique<sup>814</sup>. Cette admission est cependant subordonnée à des conditions particulières d'adoption, telle l'exigence d'un consensus unanime ou quasi unanime, l'absence d'opposition ouvertement formulée ou encore l'adoption répétée dans le temps de résolutions réaffirmant la norme en question<sup>815</sup>. Il semble à peine nécessaire de

---

<sup>814</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), p. 366. ; Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 208-217 ; C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §188 pp. 99-100 ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, §§68-73 pp. 254-255 ; Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de la huitième session (18-29 mai 2009)*, E/2009/43 – E/C.19/2009/14, §11 p. 23 : « [l]e vote de l'Assemblée générale, qui prouve qu'une large partie de la communauté internationale soutient la Déclaration, est un facteur de taille dans la détermination du poids juridique de celle-ci ». L'article 13 de la Charte des Nations Unies prévoit quant à lui que « l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de : (a) [...] encourager le développement progressif du droit international et sa codification. » Cette disposition se rapporte tout autant aux résolutions qu'aux études et mécanismes institutionnels créés dans le cadre des organes subsidiaires.

<sup>815</sup> C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif précité, 8 juillet 1996 (v. note 814 *supra*), §70 p. 255 : « Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle. ». La Cour applique ce raisonnement au §73 en concluant toutefois par la négative. V. aussi *Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, Rapport final du Comité sur la formation du droit international coutumier (général), A.D.I., 69<sup>e</sup> session, Conférence de Londres, 25-29 juillet 2000 (*doc. cit.*, v. note 266 *supra*), §28 p. 55, §§30-31 p. 59, §32 p. 61, et résolution 16/2000 du 29 juillet 2000 ; *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*, Genève, 2007, note 5.

préciser que la contribution à la formation de la coutume internationale est limitée aux instruments adoptés au titre des activités à caractère international de l'organisation et non de sa pratique interne<sup>816</sup>, ce qui est bien le cas de la Résolution 61/295.

Toutefois, cette admission n'est pas unanime, et certains auteurs se sont opposés à une telle contribution des résolutions d'organisations internationales à la formation du droit coutumier. Ils suggèrent qu'accepter l'inverse conduit à sortir ces instruments non obligatoires de leur contexte formel. Selon eux, cette démarche erronée irait au-delà de l'acceptable en dénaturant l'intention et la motivation des Etats ayant contribué à leur adoption. Les intentions ou motivations des Etats lors du vote d'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale sont multiples et apparaissent indissociables<sup>817</sup>. En particulier, il ne serait pas possible d'écarter l'intention dite formelle en vertu de laquelle les Etats, lors du vote, ont conscience de n'adopter précisément rien de plus qu'un instrument non obligatoire<sup>818</sup>. Si cette volonté de ne pas se lier faisait défaut aux Etats, l'activité de l'Assemblée générale s'en verrait considérablement réduite<sup>819</sup>. Dans le cas d'espèce, il est raisonnable de présumer que la Résolution 61/295 n'aurait probablement pas pu être adoptée ou du moins que la répartition des votes aurait été fort différente. La raison en est que les fonctions de l'Assemblée générale des Nations Unies, prévues notamment par son Statut et par la Charte des Nations Unies, ne peuvent être assimilées aux fonctions légiférantes des

---

<sup>816</sup> Julio A. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, tome 36, 1990, pp. 33-34.

<sup>817</sup> Emmanuel VOYIAKIS en constate au moins trois : l'intention d'adopter un instrument non obligatoire (l'intention formelle), l'intention d'approuver ou de s'opposer aux propositions contenues dans cet instrument (l'intention substantielle), et l'intention d'exprimer une approbation ou une opposition devant les autres Etats (l'intention publicitaire). Il ajoute que ces trois intentions sont indissociables les unes des autres et forment un tout indivisible. Selon lui, l'inverse ouvrirait la porte à un émiettement sans fin des intentions : il serait alors possible de distinguer parmi plusieurs intentions substantielles ou matérielles au sein des dispositions d'un même texte. V. "Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law ?", in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), pp. 215-216. V. aussi Karol WOLFKE, *op. cit.*, 1993 (v. note 630 *supra*), p. 84: "[P]ositive votes cast by the members do not necessarily represent the actual acceptance as law of the conduct only verbally postulated in the content of the recommendation, since the motive for such vote may be various".

<sup>818</sup> *Ibid.* ; Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, n° 86, 1982, pp. 5-47 et « Towards Relative Normativity in International Law ? », *A.J.I.L.*, tome 77, 1983, §7 pp. 417-418 ; A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), p. 58: "*delegations sometimes feel able to cast a positive vote precisely because they believe that General Assembly resolutions do not have any legal effect*" (italique dans l'original).

<sup>819</sup> Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), p. 417: "*Otherwise, what explanation could there be for the way [states] hammer home the fact that they are not legally bound by this or that resolution, declaration or final act of a conference? When they subscribe to such instruments (or refrain from opposing them), governments neither intend to commit themselves legally nor feel they are doing so: "they don't mean it"*". V. aussi Gaetano ARANGIO-RUIZ, "The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations", *R.C.A.D.I.* n° 137, 1972-III, p. 419 ; Stephen M. SCHWEBEL, "The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law", *ASIL Proceedings*, n° 73, 1979, pp. 301-302.

parlements nationaux sans abolir la distinction entre *lex ferenda* et *lex lata*.<sup>820</sup> Outre la conscience de ne pas s'engager, certains Etats peuvent avoir voté en faveur de la Résolution dans un souci d'image, en vue de s'inscrire visiblement dans le cercle des Etats vertueux, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un texte sur les droits de l'homme.

Un autre trait saillant impliqué par cette position est une distinction claire et rigide entre la *lex lata* et la *lex ferenda*.<sup>821</sup> Héritée d'une conception westphalienne des relations internationales, cette approche présente l'inconvénient d'une étanchéité totale entre la *lex ferenda* et la *lex lata*, rendant ainsi impossible la conceptualisation d'un processus coutumier qui suppose par définition ce passage progressif de l'une à l'autre comme accession de la nouvelle règle à la normativité<sup>822</sup>. Ecartée généralement au profit des doctrines contemporaines – notamment les approches objectiviste et sociologique –, cette doctrine ne reflète plus l'état actuel du droit international. Elle a été clairement rejetée par la jurisprudence de la C.I.J.<sup>823</sup> et est en outre contredite par des développements qui lui sont contemporains, dont le rapport communément accepté de la Résolution 1514 (XV) avec le droit coutumier ou encore la conclusion des accords d'Helsinki en 1975 ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993, exemples de *soft law* s'il en est. Dans le cas d'espèce, il ne fait aucun doute que la Déclaration contenue dans la Résolution 61/295 est statutairement dénuée de force obligatoire *per se*. Cependant, il serait simpliste et

---

<sup>820</sup> Michel VIRALLY, « A propos de la *lex ferenda* », *Le Droit international, unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 519. V. aussi Karol WOLFFKE qui dénie aux résolutions de l'Assemblée générale la qualité de preuve de l'*opinio juris*: “they are formally opinions of the organizations and not of its members”, *op. cit.*, 1993 (v. note 630 *supra*), p. 84.

<sup>821</sup> Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), pp. 417-418: “It is nonetheless true that the threshold does exist: on one side of the line, there is born a legal obligation that can be relied on before a court or arbitrator, the flouting constitutes an internationally unlawful act giving rise to international responsibility; on the other side, there is nothing of the kind.”

<sup>822</sup> *Ibid.*, p. 417: “the accumulation of nonlaw or prelaw is no more sufficient to create law than is thrice nothing to make something.”; Iain C. MACGIBBON, “Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity”, in Bin CHENG (dir.), *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens & Sons, 1982, p. 17: “A recommendation is not translated into a legal obligation simply by being re-affirmed or re-cited, no matter how many times.”; A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), p. 59: “repetition of the same alleged rule in a series of resolutions does not of itself add to the legal obligation.”. En l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, tout en constatant la répétition de résolutions sur le sujet, la C.I.J. n'a pas pu en dégager l'existence d'une norme obligatoire en matière d'interdiction de la menace ou de l'utilisation de l'arme nucléaire.

<sup>823</sup> Outre la prise en compte de la notion d'équité, l'acceptation implicite de la notion de normativité relative peut être trouvée dans le raisonnement de la Cour au moins dès l'affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie) : la Cour y fonde des obligations sur des « considérations élémentaires d'humanité » (fond, arrêt, 9 avril 1949, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 22). Pour un examen approfondi de la jurisprudence ultérieure de la Cour sur la question de la *soft law*, v. Francesco FRANCIONI, « International 'soft law' : a contemporary assessment », Alan Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996, pp. 168-173. V. aussi Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, tome 159, p. 11.

erroné de conclure qu'elle ne produit aucun effet, particulièrement lorsqu'elle est replacée dans son contexte large, c'est-à-dire dans le long processus composé de développements antérieurs et postérieurs. Le processus politique cumulatif à l'œuvre semble bien conduire à une sédimentation des deux éléments du processus coutumier, débouchant logiquement sur une accession de la règle émergente à la normativité<sup>824</sup>.

*B – La soft law comme précisément le lieu d'articulation de normes appelées à pénétrer dans la lex lata avec le temps*

Avec la confirmation de la notion de normativité relative – appelée aussi droit mou ou en anglais *soft law* –, il n'est généralement plus contesté que des instruments non obligatoires du type résolutions de l'Assemblée générale sont susceptibles de contribuer au processus coutumier dans certaines situations spécifiques<sup>825</sup>. Envisageant le processus coutumier comme un développement à la conscience parfois atténuée, la normativité relative admet l'inexistence du fameux seuil de normativité, dans son acceptation binaire, rigide et exclusive<sup>826</sup>. Au contraire, l'accession à la normativité s'effectue par paliers de normativité, par étapes, par développements successifs ou simultanés. Il en découle que l'établissement du passage d'une norme donnée de la *lex ferenda* à la *lex lata* relève d'une constatation *a posteriori* et

---

<sup>824</sup> Sur l'interaction nécessaire entre politique et droit, v. Emile GIRAUD, « Le droit positif – Ses rapports avec la philosophie et la politique, in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant (Mélanges Basdevant)*, Paris, Pedone, 1960, p. 234 ; Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 326.

<sup>825</sup> Dans ses travaux sur le sujet portant sur la formation et l'identification du droit international coutumier, la C.D.I. a inclus l'examen du point suivant : « Les résolutions des organes des organisations internationales, y compris l'Assemblée générale des Nations Unies, et des conférences internationales, et la formation du droit international coutumier; leur importance en tant qu'expression possible du droit international coutumier » (*Rapport de la Commission du droit international*, 63<sup>e</sup> session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, A/66/10, annexe A, §9, repris in *Note de Michael Wood, Rapporteur spécial*, 30 mai 2012, A/CN.4/653, note 16 p. 8).

<sup>826</sup> Anthony A. D'AMATO, « A Few Steps Toward an Explanatory Theory of International Law », *Faculty Working Papers*, n° 90, Chicago, Northwestern University School of Law, 2010, pp. 5-6 ; Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *R.Q.D.I. (Hors-série)*, 2007, pp. 245-268; Richard A. FALK, *The Status of International Law in International Society*, Princeton University Press, 1970, p. 178 et « To what extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral ? » in Antonio CASSESE, Joseph H. WEILER (dir.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1989, p. 137 (qualifiant la théorie défendue par Prosper Weil de « *slightly hysterical effort to stop the world from changing* ») ; Ulrich FASTENRATH, « Relative Normativity in International Law », *J.E.D.I.*, n° 4, 1993, pp. 305-340 ; Alain PELLET, « Le « bon droit » et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Mélanges offerts à Charles Chaumont : Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493 ; *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 293 ; *op. cit.*, 1992 (v. note 267 *supra*), pp. 22-53 ; « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *J.E.D.I.*, tome 6, n° 3, 1995, §5 pp. 403-404 ; *Le droit international entre souveraineté et communauté*, collection 'Doctrines(s)', Paris, Pedone, 2014, 364 p. ; Richard R. BAXTER, « International Law in Her Infinite Variety », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 29, 1980, p. 565 : « *it is excessively simplistic to divide written norms into those that are binding and those that are not* ».



rétrospective. La conscience atténuée du processus revêt une pertinence particulière dans le contexte du processus coutumier car elle reflète la dimension spontanée de ce mode de formation du droit international. Elle ne doit pas être confondue avec la prise de conscience collective de la nécessité sociale d'une règle<sup>827</sup>. Cette dualité permet de préserver la pratique comme l'un des fondements de la formation de la norme coutumière.<sup>828</sup> La dilution de la frontière entre le droit et le non-droit apparaît bien dans les débats lors de l'adoption de la Déclaration. Alors que les déclarations se font contradictoires sur ce point<sup>829</sup>, la lecture des procès-verbaux des deux séances de l'Assemblée générale consacrées à l'adoption de la Déclaration suggère un sentiment général et vague d'obligation chez les Etats<sup>830</sup>. Tout au moins semblent-ils avoir conscience de prendre position sur les attentes formulées par le texte.

Les effets normatifs attachés à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* contenue dans la Résolution de l'Assemblée générale peuvent être ainsi abordés selon deux axes qui reflètent la *soft law* comme espace transitionnel de formation du droit positif.

Premièrement, il est admis par la jurisprudence et la doctrine que les résolutions de l'Assemblée générale peuvent créer *per se* du droit dans certaines situations exceptionnelles. Il a été avancé que ce phénomène, qui marque une exception au régime statutaire des

---

<sup>827</sup> L'intrication du droit et des réalités sociales et politiques sur laquelle insiste la doctrine objectiviste du droit international se retrouve dans certaines théories des relations internationales, discipline intimement liée au droit international. V. Dario BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009, 694 p.

<sup>828</sup> C.I.J., *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 12 octobre 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, §111 p. 299.

<sup>829</sup> Comparer notamment les déclarations au titre d'explication de vote des Etats suivants : d'une part : Australie : « L'intention manifeste de tous les Etats est que la déclaration [...] possède une force morale et politique, mais pas juridique. Son but en soi n'est pas d'être juridiquement contraignante ou de refléter le droit international. Dans la mesure où elle ne décrit pas la pratique actuelle des Etats ni les mesures que les Etats se considèrent comme légalement tenus de prendre, elle ne saurait être la preuve d'une évolution du droit coutumier international. » (M. Hill, A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 12) ; Canada : « cette Déclaration n'est pas un instrument juridique contraignant. Il n'a aucune portée juridique au Canada, et ses dispositions ne constituent pas un élément du droit international coutumier. » (M. McNee, A/61/PV.107, p. 14 ; d'autre part : France : « La Déclaration [...] complète le socle des normes inscrites dans les instruments des Nations Unies en matière de promotion et de protection des droits de l'homme » (M. Fieschi, A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 11).

<sup>830</sup> V. notes 897-902, 904, 908-910 et 921 *infra*. Le sentiment d'une certaine dimension juridique du texte explique également la position des Etats hostiles et abstentionnistes, à l'exemple la Colombie : « bien que cette Déclaration ne constitue [...] une preuve de l'existence de dispositions [...] coutumières contraignantes pour la Colombie, [...] certains aspects de la Déclaration contredisent manifestement l'ordre juridique interne colombien, ce qui a obligé la Colombie à s'abstenir dans le vote. » L'ambiguïté manifeste du propos invalide le point de vue selon lequel les Etats peuvent voter en faveur du texte précisément parce qu'ils ne se sentent pas engagés.

instruments à caractère de recommandation, pourrait concerner le cas des résolutions à caractère exécutoire<sup>831</sup>, des résolutions solennelles formulées dans un style normatif et prévoyant des obligations, ou encore des résolutions adoptées à l'unanimité des votes, particulièrement lorsqu'elles touchent aux droits de l'homme. Dans ce dernier cas, le degré de consensus requis peut être inférieur aux autres cas. Sans aller jusqu'à souscrire à cette approche extrême, il faut noter que le cas d'espèce concerne précisément une résolution solennelle, en témoigne le dernier paragraphe du préambule ainsi formulé : « *Proclame solennellement* la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones [...] qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel ». La Déclaration suit une formulation de style normatif proche de celui d'un traité, ce qu'illustre la structuration en articles et la formulation de droits. A noter en outre une rhétorique d'obligations à l'égard des Etats<sup>832</sup>. Si cette formulation stylistique ne traduit aucune obligation de nature à engager la responsabilité des Etats, elle constitue néanmoins un reflet du caractère solennel de l'instrument.

Selon les cas, ce caractère solennel peut soit induire la formulation de normes minimales, éventuellement dans une démarche de codification, soit constituer un horizon normatif à atteindre. Les déclarations contradictoires à ce sujet lors des travaux des deux Groupes de travail suggèrent que le cas d'espèce mêle ces deux dynamiques. Le texte de la Déclaration lui-même reflète cette ambiguïté : alors que l'alinéa 24 du préambule est ainsi formulé « *Proclame solennellement* la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones [...], qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel », l'article 43 prévoit que « Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde. ». La formulation de cet article semble aller au-delà de la simple approche aspiratoire. L'ambiguïté créée par le caractère solennel de la Déclaration s'étend également à la question de savoir si le texte constitue une démarche de codification ou

---

<sup>831</sup> Dans l'affaire relative aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, la C.I.J. a considéré, à propos de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale du 27 octobre 1966, qu' « Elle n'a pas [...] tranché des faits mais décrit une situation juridique. Il serait en effet inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décisions ou procédant d'une intention d'exécution » (avis consultatif du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, §105 p. 50).

<sup>832</sup> V. texte de la Déclaration in A/RES/61/295 : « *Encourageant* les Etats à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones » (alinéa 19 du préambule), « Les Etats mettent en place » (art. 8.2), « Les Etats doivent accorder réparation » (art. 11.2), « Les Etats prennent des mesures efficaces pour faire en sorte » (art. 16.2), parmi d'autres exemples.

de développement du droit international. Il s'agit un peu des deux à la fois. Du reste, la difficulté d'opérer une distinction étanche entre codification et développement du droit international est communément acceptée.<sup>833</sup> D'une part, l'article 43 précité suggère que la Déclaration a pour ambition d'arrêter un corpus normatif applicable aux peuples autochtones. Le texte final est le produit de vingt-cinq ans de travaux des deux Groupes de travail au titre de la partie de leur mandat portant sur les activités normatives. Les débats eux-mêmes ainsi que les résistances de certains Etats confirment qu'un processus d'émergence ou de rupture est bien à l'œuvre, en d'autres termes que le corpus normatif naissant relève d'une innovation. Au-delà des travaux préparatoires de la Déclaration, c'est plus largement dans le processus coutumier à l'étude que la Déclaration trouve sa place, constituant ainsi une simple étape de ce processus. D'autre part, la Déclaration replace les droits proclamés dans le contexte général des droits de l'homme existants. Ces droits font l'objet non d'un octroi mais d'une reconnaissance, ce qui implique leur existence antérieure<sup>834</sup>. L'interprétation du statut de la Déclaration par le Rapporteur spécial suggère à cet égard qu'il s'agit d'une démarche de précision et de clarification de droits existants dans le contexte spécifique aux peuples autochtones, avec notamment un aspect remède<sup>835</sup>. Le siège de l'ambiguïté sur le caractère créatif de la Déclaration réside alors dans la notion de précision et de clarification des normes existantes : si cette entreprise a lieu dans un cadre juridique existant, il s'agit d'une tâche interprétative incluant nécessairement une part créative. Ainsi, si la formulation d'aspirations et d'idéaux à atteindre constitue bien le propre d'une résolution de l'Assemblée générale, ces attentes s'enracinent dans un contexte international, en l'occurrence du processus coutumier qui acquiert une réalité juridique accrue. Sous l'angle du processus coutumier, la norme *in statu nascendi* possède déjà un certain degré d'existence et sa consécration par l'Assemblée générale en fait une « norme minimale ». Ainsi, la norme émergente, en passe d'accéder à la

---

<sup>833</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 215 p. 367 : « [L]a clarté de distinction n'est qu'une apparence. Dans la pratique, les deux opérations sont souvent intimement imbriquées » ; Igor. I. LOUKACHOUK, *Международное право (« Droit international »)*, 3<sup>e</sup> édition, Moscou, Wolters Kluwer Russia, 2005, tome I (partie générale), p. 129 : « [i] est aujourd'hui généralement accepté que la codification du droit international est impossible sans son développement progressif » (russe original : « В настоящее время общепризнанно, что кодификация международного права невозможна без его прогрессивного развития »).

<sup>834</sup> V. alinéas 7 se référant aux « droits intrinsèques des peuples autochtones », et 18 : « la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera... ». La Déclaration apparaît ainsi comme un simple vecteur contenant la norme émergente et non comme la condition de son existence.

<sup>835</sup> A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §86 p. 24 « De ce fait, la Déclaration ne vise pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux; elle développe plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones. » Le Rapporteur spécial poursuit logiquement en précisant que les obligations incombant aux Etats en la matière découlent non de la Déclaration mais des instruments existants concernant les droits de l'homme.

normativité, matérialise la confusion entre norme minimale – en tant que norme ayant accédé à la pleine normativité – et attente – en tant qu’aspiration formulée par la Résolution.

Deuxièmement, bien que la Résolution 61/295 soit juridiquement non obligatoire, en conclure qu’elle n’a aucun effet normatif apparaît comme une déduction simpliste et simplificatrice qui confine à l’erreur. Il est en effet largement admis que les recommandations et autres instruments non obligatoires – telles les résolutions de l’Assemblée générale – peuvent contribuer à la formation du droit international coutumier non *per se* mais de manière indirecte, c’est-à-dire en apportant une contribution incidente au processus coutumier. Ce phénomène a conduit une partie de la doctrine à parler d’ « autorité juridique persuasive » des résolutions<sup>836</sup>. Comme déjà souligné, en dépit de l’absence statutaire de force obligatoire de ces instruments, divers acteurs ont reconnu qu’en vertu du principe fondamental de bonne foi dans les relations internationales<sup>837</sup>, les Etats ne sont pas censés ignorer les dispositions, notamment, des résolutions de l’Assemblée générale des Nations Unies et doivent tout au moins les examiner de bonne foi<sup>838</sup>. Le degré de cette exigence s’élève lorsque les Etats ont contribué eux-mêmes à l’adoption desdites résolutions, ou lorsqu’il s’agit de résolutions

---

<sup>836</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 209-211. V. aussi Rosalyn HIGGINS, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Oxford University Press, 1963, p. 7: “It is perhaps too commonly assumed that no resolutions of the Assembly are binding: a certain legal obligation, albeit amorphous and ill defined, attaches to all of them”. Michel VIRALLY qualifie les déclarations portées par les résolutions de “textes normatifs”, admettant leur contribution au droit coutumier et la difficulté de distinguer parfois entre normes *de lege ferenda* et normes *de lege lata* contenues dans ces déclarations : « Résolution et accord international », in Jerzy MAKARCZYK (dir.), *Etudes de droit international en l’honneur du Juge Manfred Lachs*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 299.

<sup>837</sup> Affirmé à l’article 2.2 de la *Charte des Nations Unies* du 26 juin 1945 ainsi qu’à l’article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, ce principe est qualifié de « principe bien établi du droit international » par la C.I.J. in *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, 11 juin 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, §38 p. 290. La Cour y cite en ce sens divers instruments ainsi que sa propre jurisprudence antérieure.

<sup>838</sup> C.I.J., *Sud-Ouest africain – Procédure de vote*, avis consultatif, 7 juin 1955, opinion individuelle du juge Hersch LAUTERPACHT, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 120 : une recommandation constitue « un acte juridique de l’organe principal des Nations Unies, que tous les membres de l’Organisation sont juridiquement tenus de considérer avec le respect qui est dû à une résolution de l’Assemblée générale [...]. Bien qu’il n’y ait pas automatiquement obligation d’accepter sans réserve une recommandation ou une série de recommandations particulières, il y a juridiquement obligation d’agir de bonne foi, conformément aux principes de la Charte ». Il poursuit en affirmant que le non-respect répété d’un Etat à l’égard d’une recommandation appelle la conviction d’une déloyauté de cet Etat à l’égard des principes et des buts de la Charte des Nations Unies. Ce point de vue a été soutenu également par le Secrétaire général de l’O.N.U. A cet égard, le premier alinéa du préambule de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est éclairant, déclarant que l’Assemblée générale est « Guidée par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et convaincue que les Etats se conformeront aux obligations que leur impose la Charte ». V. aussi Igor I. LOUKACHOUK, *op. cit.*, 2005 (v. note 833 *supra*), p. 138, qui semble étendre cette obligation d’examen de bonne foi aux règles *de lege ferenda* en général. Concernant en effet les règles particulières du « droit mou », il précise que : « de telles normes qui contrairement au « droit dur » ne génèrent pas de droits et obligations clairs [...] donnent seulement un cadre général que les sujets [du droit international] sont néanmoins obligés de suivre » (russe original : « такие нормы, которые в отличие от « твердого права » не порождают четких прав и обязанностей, а дают лишь общую установку, которой, тем не менее, субъекты обязаны следовать »).

solennelles ou en matière de droits de l'homme. Dans le cas d'espèce, la Résolution 61/295 ne crée pas en elle-même les normes en question mais constitue une simple étape – néanmoins essentielle – au sein du processus coutumier régissant l'accession de la norme examinée à la normativité. Cette accession s'opère par le franchissement de plusieurs « paliers de normativité »<sup>839</sup>, et l'adoption de la Résolution constitue l'un d'eux. La charge normative de la Déclaration se présente comme un aboutissement logique des « activités normatives » des Groupes de travail. Opération distincte de la codification, la Déclaration constitue la formalisation de la norme coutumière émergente ainsi mise par écrit, sans que celle-ci cependant s'y réduise complètement ni s'y juxtapose totalement. Une telle interprétation de la portée de la Résolution 61/295 est corroborée par la déclaration faite par le Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones à l'occasion de l'adoption du texte : « [l]a Déclaration envoie un message clair à toute la communauté internationale en réaffirmant les droits de l'homme des peuples autochtones du monde. Cette action de référence des Nations Unies porte une signification, politique, juridique, symbolique et morale et constitue également une opportunité [...] pour le système des Nations Unies [...] de réfléchir à leur engagement avec les peuples autochtones, de promouvoir le respect et la pleine application [de la Déclaration] et le suivi de son effectivité. »<sup>840</sup>

Sans tomber dans l'écueil du moralisme en confondant *lex ferenda* et *lex lata*, il s'agit de reconnaître que la Résolution fournit un espace d'articulation et de formalisation de normes *de lege ferenda* en vue de leur maturation et de leur cristallisation finale dans la *lex lata*<sup>841</sup>. Cet espace intermédiaire marqué par l'incertitude et l'indétermination apparaît nécessaire afin que la maturation de la norme naissante arrive à son terme au lieu que l'émergence de la norme ne soit interrompue prématurément par une radicalisation des positions. Le tout excède ainsi la somme des parties. Cela conduit à envisager la Résolution 61/295 non comme sécrétant en elle-même de la *lex lata* mais comme contribuant à sa

---

<sup>839</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 310.

<sup>840</sup> Déclaration du Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, septembre 2007. Ce Groupe assiste l'Instance permanente sur les questions autochtones dans l'exécution de son mandat et, depuis 2007, dans la mise en œuvre de la Déclaration.

<sup>841</sup> Alain PELLET fait état d'une logique similaire de maturation progressive concernant les principes d'autodétermination et de responsabilité de protéger en comparant leurs évolutions respectives : « What Normativity for the Responsibility to Protect? », in Anne-Laure CHAUMETTE et Jean-Marc THOUVENIN (dir.), *op. cit.*, 2013 (v. note 775 *supra*), et Emmanuel VOYIAKIS in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 817 *supra*), pp. 217-223. Cette « zone grise » à laquelle appartiennent les résolutions de l'Assemblée générale semble du reste admise implicitement y compris chez les auteurs réservés à l'égard de la notion de normativité relative, v. Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), p. 417.

sédimentation et à sa cristallisation selon un processus qui échappe partiellement à la conscience des Etats. Dans la mesure où le moment précis du passage dans la *lex lata* demeure non identifié, seul demeure à la conscience des Etats le sentiment d'émergence progressive des normes en jeu. C'est particulièrement le cas des résolutions qui « prétendent annoncer des principes ou règles généraux »<sup>842</sup>, telle la Résolution 61/295, ce qui renforce la présomption que l'attitude des Etats lors de son adoption contribue à refléter l'*opinio juris*. De plus, l'autorité juridique des normes *de lege ferenda* qu'elle contient peut être augmentée par le fait qu'il est généralement difficile de distinguer les dispositions relevant de la *lex ferenda* de celles reflétant le droit positif au sein du texte, construit comme un ensemble cohérent et indivisible.

De manière générale, admettre que les résolutions de l'Assemblée générale du type de la Résolution 61/295 peuvent participer au processus de formation du droit international coutumier, notamment en reflétant l'*opinio juris*, fait écho à d'autres évolutions récentes de la doctrine allant dans le même sens, ce qui renforce la présomption de sa validité dans la démarche d'administration de la preuve du processus coutumier dans le cas présent. Attribuer à l'Assemblée générale ce pouvoir contextuel permet de remédier partiellement au défaut congénital de fonctionnement du cadre institutionnel de l'O.N.U. et de dépasser le biais qui caractérise la répartition du pouvoir de décision et d'influence en son sein en matière de formation du droit international. Ce correctif présente l'avantage de renforcer la légitimité et la représentativité des décisions prises dans le cadre de la réalisation d'une égalité au moins formelle des Etats<sup>843</sup>. Dans la mesure où l'Assemblée générale est l'organe collégial suprême de l'O.N.U. jouissant de la plus grande représentativité de la société internationale et, partant, de la plus grande légitimité, il paraît raisonnable de considérer que ses recommandations doivent être prises en compte par les Etats en vertu du principe de bonne foi et en dépit de leur caractère statutairement non obligatoire. Cette dynamique apparaît comme la conséquence du passage d'un droit international limité à la coexistence vers un droit international de la coexistence et de la coopération, abondamment évoqué par la doctrine et la jurisprudence en des termes variés<sup>844</sup>. D'autres développements pertinents dans le cas d'espèce relèvent de

---

<sup>842</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.* 2010 (v. note 32 *supra*), p. 209.

<sup>843</sup> Emmanuel VOYIAKIS in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 817 *supra*), pp. 218-219.

<sup>844</sup> C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), ordonnance, 15 décembre 1979, *C.I.J. Recueil 1979*, §39 p. 19, et arrêt, 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, §45 p. 24, §§91-92 pp. 42-43 ; Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), pp. 419-420, employant les termes de « différence » et de « coopération » ; Alain PELLET, "The Definition of Responsibility in International Law",

cette logique d'affirmation du principe d'unité dans la diversité qui semble sous-tendre et orienter l'action des Nations Unies de manière croissante<sup>845</sup>, en témoigne le recours indirect fréquent aux diverses formes de ce principe par le Secrétaire général lui-même. Il s'agit de développements conditionnant la souveraineté de l'Etat à un comportement légitime de sa part<sup>846</sup> impliquant notamment le respect des droits de l'homme. Ce recours à la notion de légitimité corrobore le fait que les Etats puissent être liés par une norme du droit international coutumier sans leur volonté, en vertu d'un acquiescement ou d'un consentement présumé – voire sans leur consentement. Cette vue, qui assure l'efficacité du droit international, obéit en outre à une finalité supérieure de celui-ci qui est la garantie de la coopération internationale, découlant d'une société internationale plus intégrée, plus interdépendante mais aussi plus diversifiée. Cette nouvelle ère dans le droit international se reflète *inter alia* dans les doctrines dites objectivistes<sup>847</sup>. Parmi les phénomènes qui en découlent, le conditionnement susmentionné de la souveraineté de l'Etat à la légitimité de son comportement impose des obligations aux Etats qui voient disparaître leur domaine réservé ainsi que leur monopole en matière de formation du droit international. De fait, il devient de plus en plus difficile pour les Etats d'invoquer le principe de non-ingérence dans les affaires internes pour des questions liées aux droits de l'homme. La controverse sur l'existence hypothétique d'un droit voire d'un devoir d'ingérence humanitaire, qualifié aussi de responsabilité de protéger, ne constitue qu'un aspect de cette évolution du droit international.

---

James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 10: “*it is admitted that the function of international law is not only to guarantee the independence of States, but also to organize their coexistence and inter-dependence.*”

<sup>845</sup> Le puissant lien dialectique de complémentarité unissant unité et diversité est également à l'œuvre entre liberté et égalité, et ainsi l'évolution constatée ici semble attenante à l'essence même du droit. V. Luc FERRY et Alain RENAUT, *Philosophie politique*, collection « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2007, p. 488 : “Hors le contexte – par définition moderne – d'une représentation de l'humanité comme subjectivité, il n'est point de véritable pensée du droit qui puisse opposer aux phénomènes totalitaires les valeurs [...] de l'égalité et de la liberté”.

<sup>846</sup> V. Anne PETERS, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *J.E.D.I.*, tome 20, n° 3, 2009, pp. 513-544.

<sup>847</sup> Ce tournant a parfois été décrit comme un retour de balancier, après la période westphalienne, vers une conception plus proche du droit naturel dont l'éminent représentant était Emerich de VATTEL (1714-1767) et son traité *Le droit des gens* (1758). Ce qui ne manque pas d'intérêt pour l'objet de la présente étude, la doctrine du droit naturel et la doctrine de l'objectivisme sociologique notamment défendue par Georges SCELLE (1878-1961) ont en commun de considérer les individus, ou tout du moins la société, comme les destinataires ou bénéficiaires ultimes des normes du droit international. Reflet de la perte du monopole de l'Etat en matière de formation du droit international, le caractère peu convaincant des tentatives des doctrines néo-volontaristes d'inspiration marxiste – notamment du soviétique Grigory I. TUNKIN (1906-1993) et du français Charles CHAUMONT (1913-2001) – d'expliquer le processus coutumier en recourant à la notion de volonté réelle des Etats qui viendrait s'inscrire en opposition à leur volonté formelle.

Une autre conséquence de ces développements peut être trouvée dans ce que certains juristes nomment « l'objectivisation de la responsabilité internationale »<sup>848</sup>. Avec la suppression de l'élément du dommage dans la mise en jeu de la responsabilité, à l'initiative du célèbre juriste italien Roberto Ago, il est possible de supposer dans le cas d'espèce que l'accession de la norme en cause à la normativité est susceptible d'être stimulée. En effet, dans la mesure où les paliers de normativité à la délimitation incertaine incluent la norme à différents stades de maturation – exhortation, formulation d'attentes, norme permissive, obligation de l'examiner de bonne foi, norme prescriptive – il est réaliste d'envisager que la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être mise en cause dans des cas de non-respect par les Etats de la norme coutumière naissante à un stade plus précoce que s'il demeurerait nécessaire d'apporter la preuve d'un dommage. Dans la mesure où il est alors seulement nécessaire de constater la violation, par une action ou une omission de l'Etat, d'une obligation internationale de celui-ci<sup>849</sup>, l'enjeu reviendra à se prononcer sur l'existence de la norme en cause dans la *lex lata*. En retour, cette invocation précoce de la responsabilité de l'Etat est susceptible de précipiter le passage de la norme naissante dans la *lex lata*.

Cette perspective soutient la présomption qu'avec l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale, les Etats ont, sinon la conviction, du moins conscience que l'enjeu excède déjà la *lex ferenda*<sup>850</sup> ou que l'adoption du texte rend cela inévitable. La place de la Déclaration dans le processus coutumier est donc centrale en ce qu'elle permet une cristallisation progressive de la norme émergente en raison même de son caractère non obligatoire. Elle constitue par excellence un espace d'orientation des comportements, d'articulation et de maturation de la norme naissante sans que le formalisme atteint ne soit assorti d'une obligation claire qui, en conduisant probablement davantage d'Etats à rejeter le texte, viendrait prématurément interrompre le processus coutumier<sup>851</sup>. Remédiant aux écueils de la doctrine classique du processus coutumier en matière d'explication du consentement à

---

<sup>848</sup> Alain PELLET, "The Definition of Responsibility in International Law", James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (dir.), *op. cit.*, 2010 (v. note 844 *supra*), pp. 9 et suivantes.

<sup>849</sup> Projet d'articles de la C.D.I. sur la *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session de 2001, consigné dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, tome II (deuxième partie), dans la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001, annexe et dans le document correctif A/56/49(Vol. I)/Corr.4, articles 1 et 2.

<sup>850</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1995 (v. note 826 *supra*), §12 p. 408 : « L'Assemblée générale a joué un rôle bien plus considérable dans la formation du droit international que ce que ses compétences limitées aux seules recommandations (au moins hétéronormatrices) semblaient impliquer. » Ce phénomène a effectivement touché certaines résolutions adoptées par l'Assemblée générale, dont l'un des exemples les plus évidents est la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960.

<sup>851</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), n° 8 pp. 301-304 ; Emmanuel VOYIAKIS in Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 817 *supra*), pp. 220-221.



une règle qui n'existe pas encore et à la recherche d'un seuil normatif unique introuvable, le rôle de la Résolution 61/295 en matière de « durcissement progressif » de la *soft law* implique que dès lors que le sentiment de droit existe en présence d'une pratique constatée, la norme est réputée passée dans la *lex lata*. Le sentiment de droit s'étend également à la conviction que la norme est appelée à faire partie du droit dans l'immédiat ou dans un avenir proche<sup>852</sup>. Il s'agit non de déterminer le moment précis du passage de la norme émergente dans la *lex lata* mais plutôt de constater que les effets cumulatifs du processus coutumier appellent la présomption que ce passage est en train d'avoir lieu ou a eu effectivement lieu. Cela appelle donc avant tout un examen qualitatif des actes et de leur effet cumulé. En formulant des attentes à l'égard des Etats en termes de droits et en recourant à la rhétorique d'obligations, et replacée dans la perspective de la pratique existante, la Déclaration offre un exemple classique des effets d'instruments de *soft law* sur le droit positif<sup>853</sup>.

## §2 – *Caractérisation de la place de la Résolution dans le processus coutumier*

La place de la Déclaration contenue en annexe de la Résolution 61/295 étant à présent établie dans le processus coutumier, il faut encore en examiner la contribution à ce processus dans ses détails, à la lumière de la normativité relative et de l'adoption institutionnelle de cet instrument. Dans ce cadre, la contribution de la Déclaration au processus coutumier comme étape essentielle est double. Premièrement, la conséquence de son admission au sein du processus coutumier est son dédoublement fonctionnel (A). Deuxièmement, ce dédoublement offre en retour un puissant vecteur de contribution au processus coutumier (B).

### A – Dédoublement fonctionnel

La Résolution ne créant pas la norme coutumière mais contribuant à sa cristallisation progressive ainsi qu'à son accession à la normativité, elle constitue une enveloppe exprimant la norme en formation mais sans se confondre avec elle. La norme contenue dans la

---

<sup>852</sup> V. notamment les réflexions de Brian D. LEPARD concernant la caractérisation de l'*opinio juris*, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 112-121.

<sup>853</sup> Guy de LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 202, qui qualifie les règles juridiques de « techniques commodes de prédétermination de l'avenir ». Cet aspect illustre également la formation du droit coutumier combinant la « coutume sage » et la « coutume sauvage ». Ce point est traité pp. 367-368 *infra*.

Résolution est par conséquent distincte de la même norme coutumière naissante, tant en termes de forme qu'éventuellement de contenu<sup>854</sup> et de puissance juridique. L'opération est en cela similaire à celle de la codification qui laisse subsister la norme coutumière dans son existence distincte du support conventionnel. Sur ce point, la C.I.J. a fait état de ce dédoublement fonctionnel dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, semblant en accepter le principe tout en écartant son applicabilité dans le cas d'espèce<sup>855</sup>. Examinant en particulier la première résolution adoptée par l'Assemblée générale ayant trait aux armes nucléaires, la Cour écarte la possibilité que cette résolution puisse constituer l'« enveloppe » d'une norme coutumière existante en recourant au raisonnement suivant : « si une telle règle avait existé, l'Assemblée générale aurait, en effet, pu se contenter de s'y référer et n'aurait pas eu à se livrer à un tel exercice de qualification juridique. »<sup>856</sup> Il est vrai que la Déclaration contenue dans la Résolution 61/295 apparaît similaire à certains égards à un tel « exercice de qualification juridique ». Cependant, outre le renvoi aux obligations existantes des Etats en vertu de la Charte, la Déclaration contient de nombreuses dispositions attestant du fondement juridique antérieur des normes qu'elle formule. La Déclaration est ainsi loin de se déployer dans un vide juridique. Dans ce sens, concernant particulièrement la norme coutumière naissante à l'étude, le sixième alinéa du préambule exprime la préoccupation vis-à-vis du fait que les injustices historiques subies par les peuples autochtones « les [ont] empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement ». Le septième alinéa qualifie d'« intrinsèques » les droits des peuples autochtones qui découlent, est-il précisé, de leurs caractéristiques propres. Dans ce contexte, ces droits doivent faire l'objet d'une reconnaissance – cf. dix-huitième alinéa –, ce qui exclut *a priori* la création de nouvelles normes. Il s'agit d'une démarche non de création du droit mais de son adaptation,

---

<sup>854</sup> C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §178 p. 95 : « De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant des deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu [...], ces normes conservent une existence distincte. » Il est vrai que la Cour comparait une norme coutumière et une norme conventionnelle, mais c'est la logique à l'œuvre qui est pertinente. Du reste, la Cour étend cette logique aux résolutions de l'Assemblée générale (v. note 855 *infra*). V. aussi James ANAYA et Siegfried WIESSNER, «The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment», *Jurist – Legal News & Research*, 3 octobre 2007. Le dédoublement fonctionnel utilisé ici ne porte pas sur la distinction entre la coutume comme source et la coutume comme droit, v. sur ce point *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1987, §§102-103 ; discussions au sein de la C.D.I. sur l'intitulé du mandat du Rapporteur spécial sur la formation et l'identification du droit international coutumier, 65<sup>e</sup> session, 2013 (comptes rendus analytiques des séances A/CN.4/SR.3181 à A/CN.4/SR.3186 et rapport annuel A/68/10).

<sup>855</sup> C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, §§69-73 pp. 254-255. L'une des raisons de l'inapplicabilité du dédoublement fonctionnelle dans le cas présenté devant la Cour est le nombre non négligeable de votes négatifs et d'abstentions caractérisant l'adoption des résolutions successives en cause (§71 p. 255).

<sup>856</sup> *Ibid.*, §72 p. 255.

en dépit de la part certes créative que cela induit. Notamment, bien que la Déclaration n'ait pas pour objectif de créer des droits spéciaux, il faut admettre que certains des droits qu'elle reconnaît apparaissent étroitement liés à la qualité et au contexte autochtones. Le huitième alinéa reconnaît que ces droits ont fait l'objet d'une reconnaissance antérieure au moyen de la conclusion de traités, accords et autres arrangements constructifs entre Etats et peuples autochtones. Le quatorzième alinéa qualifie le respect des droits affirmés par ces instruments de « sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international ». Le seizième alinéa rappelle l'importance du droit des peuples à l'autodétermination prévu par les instruments internationaux antérieurs que sont la Charte des Nations Unies de 1945, les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966 ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993.

Ce rappel dans le préambule vient guider l'interprétation du dispositif de la Déclaration et confirme que le droit des peuples à l'autodétermination, sujet de la Déclaration, relève bien des obligations des Etats indépendamment du cadre de celle-ci. Le dix-septième alinéa est formulé ainsi : « *Consciente* qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international ». Se référant à une norme fondamentale du droit international dont l'appartenance à la *lex lata* ne fait aucun doute, cet alinéa la place dans le contexte des peuples autochtones en sous-entendant que ceux-ci constituent un peuple au plein sens du droit international. Il semble difficile d'expliquer la présence de cette référence dans le préambule autrement que par l'existence antérieure d'un fondement juridique à ce droit. Ici apparaît l'ambiguïté et la collusion entre formulation et développement du droit international. Le dix-neuvième alinéa « [e]ncourage[...] les Etats à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux ». Le vingt-et-unième alinéa, plus étroitement lié au processus coutumier, affirme que « la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance [...] des droits [...] des peuples autochtones », ce qui sous-entend que le processus est alors déjà à l'œuvre. Le vingt-deuxième alinéa applique aux peuples autochtones les « droits de l'homme reconnus en droit international », ce qui ancre fermement les droits des peuples autochtones dans le droit international existant. Cela est réaffirmé à l'article 40 du dispositif qui place les normes internationales en matière de droits de l'homme dans le contexte autochtone spécifique. Enfin, l'article 45 prévoit qu'« [a]ucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou

l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquérir à l'avenir. » Cet article confirme le caractère existant de certains droits mais également la dynamique du processus coutumier en reconnaissant que celui-ci n'est pas achevé.

Concernant l'article 3 énonçant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, le dédoublement fonctionnel apparaît évident si d'une part l'on considère que le droit en question compte parmi les normes essentielles du droit international dont l'existence indépendamment de la Déclaration ne fait pas de doute, et que d'autre part on accepte que les peuples autochtones constituent des peuples au sens du droit international. Ainsi, l'article 3 serait obligatoire non en vertu de son incorporation dans la Déclaration – instrument du reste non obligatoire – mais parce qu'il met par écrit une norme obligatoire dont l'existence est bien établie en droit international<sup>857</sup>. Il n'est pas possible d'affirmer avec certitude que le dédoublement fonctionnel joue pour l'intégralité des dispositions de la Déclaration, parce qu'il suppose l'existence préalable et autonome de la norme énoncée dans le droit international. En revanche, la présomption de sa présence est renforcée concernant les dispositions relatives au droit à l'autodétermination. La seule condition reste alors à établir la qualité des peuples autochtones de peuples au sens du droit international.

Le dédoublement fonctionnel de la Résolution 61/295 ne se limite pas à la double nature formelle de ses dispositions, relevant à la fois de recommandations non obligatoires et de l'expression de normes coutumières en formation. Il induit également une autre distinction cette fois matérielle. En effet, si les dispositions de la Déclaration peuvent être considérées comme reflétant de manière fiable le contenu de la norme coutumière émergente à l'étude<sup>858</sup>, rien ne permet de conclure avec certitude que leurs portées sont rigoureusement identiques. En d'autres termes, l'entreprise d'identification de la norme à l'étude est assortie des précautions nécessaires liées à la présomption que le contenu des dispositions de la Déclaration en matière de droit des peuples autochtones à l'autodétermination et la norme correspondante faisant l'objet d'un processus coutumier ne sont pas nécessairement

---

<sup>857</sup> A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), §29-c pp. 57-58 : « *Castañeda, referring to Resolutions such as Resolution 95 (I) endorsing the principles of the Nuremberg Charter, has observed that "the resolutions are binding, not in the sense that they created new obligations, but in the sense that they are the expression and the legally irrefutable proof of general principles of law that are obligatory"* » (citant Jorge CASTAÑEDA, *The Legal Effects of United Nations Resolutions*, New-York, Columbia University Press, 1969, pp. 192-193).

<sup>858</sup> En raison notamment du fait que ces dispositions ont fait l'objet d'un long processus institutionnel d'élaboration auquel ont participé les Etats.

strictement juxtaposables<sup>859</sup>. L'implication de ce dédoublement formel sur la détermination de la portée de la norme coutumière à l'étude s'avère d'une pertinence particulière concernant la question de l'inclusion d'un hypothétique droit à la sécession remède dans le droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>860</sup>. En effet, si l'article 46.1 semble confiner à première vue le droit des peuples autochtones à l'autodétermination à un exercice exclusivement interne, les restrictions qu'il prévoit à cette fin ne garantissent pas que cette limitation s'étende à la norme coutumière émergente. Rien n'indique que cette qualification existe en droit coutumier. En effet, la formulation « [a]ucune disposition de la présente Déclaration ne peut être [...] considérée 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 » se limite en définitive à déclarer que la sécession n'est pas couverte par le champ d'application de la Déclaration. Cela ne revient pourtant pas à l'exclure de la norme coutumière émergente.

Ce dédoublement fonctionnel conduit à admettre la possibilité d'une évolution future de la norme coutumière à l'étude qui interviendrait de manière relativement autonome vis-à-vis des dispositions de la Déclaration. Pour autant, les conditions d'adoption de la Résolution 61/295, et notamment la « majorité écrasante » dégagée lors du vote, plaident en faveur d'un reflet relativement fidèle de la norme coutumière actuelle par les dispositions de la Déclaration. En effet, dans la mesure où la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale constitue l'expression de normes coutumières en cours de formation et en cela qu'elle excède le caractère non obligatoire de ses dispositions, le dédoublement fonctionnel tend à favoriser l'admission des votes au titre de la pratique des Etats et de l'*opinio juris*<sup>861</sup>. A cet égard, l'aspect systématisé du vote va dans le sens d'une *opinio juris* entendue comme conviction générale non individualisable. L'interpénétration entre déclaration du droit positif existant et *lex ferenda* au sein de la Déclaration, sans que l'une soit aisément isolable de l'autre, a pour effet d'accélérer la cristallisation du droit et de renforcer la présomption de son passage progressif vers la *lex lata*. L'ensemble de ces aspects tend à réduire la distance entre la norme coutumière et sa mise par écrit dans la Déclaration.

---

<sup>859</sup> A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), p. 58 : « *a resolution expressly or impliedly declaring the law creates only a rebuttable presumption that the law is indeed as declared* » (italique dans l'original). Similairement, le droit des Etats à la légitime défense possède une source coutumière et une source conventionnelle (article 51 de la Charte des Nations Unies), et il a parfois été suggéré que le droit coutumier à la légitime défense avait une portée plus large que le droit conventionnel à la légitime défense en raison du fait que l'article 51 de la Charte limite l'exercice de ce droit par l'action du Conseil de sécurité.

<sup>860</sup> V. pp. 327-328 *supra*.

<sup>861</sup> V. section 2 p. 369 *infra*.

## B – La Résolution 61/295 comme étape clé du processus coutumier

D'autres éléments doivent être examinés en vue d'apprécier la place de l'adoption de la Déclaration dans le processus coutumier. Le recours, dans le cas d'espèce, à un instrument non obligatoire plutôt qu'à la conclusion d'un traité international pourrait à première vue prêter le flanc à la critique en termes de contribution au processus coutumier. En effet, pourrait-on objecter, le choix des parties de recourir à un instrument non obligatoire plutôt qu'à un instrument obligatoire ne signifierait-t-il pas précisément leur intention de ne pas s'engager et de ne pas créer de droit positif ? En réalité, le processus d'élaboration du projet de Déclaration a permis de mettre au jour le principe du consentement chez les Etats : s'il a été recouru à l'adoption de la Déclaration comme instrument non obligatoire, c'est non tant parce que les Etats le veulent que parce qu'ils n'ont pas vraiment le choix<sup>862</sup>. En effet, le rapport de forces les a contraints à accepter que le sujet fasse l'objet de l'élaboration d'un instrument international<sup>863</sup>, et certains Etats ont été en réalité seulement en mesure de s'opposer à – ou seulement de retarder – l'adoption d'un instrument obligatoire. Tout semble s'être passé comme s'il s'était agi pour certains Etats de limiter les dégâts tout en ayant conscience de ne pas pouvoir s'opposer à l'évolution du droit. C'est sous cet angle qu'il convient d'aborder la Déclaration, c'est-à-dire non comme l'expression de la volonté des Etats ayant pris part au vote, mais plutôt comme le résultat de leur consentement. Il s'agit moins d'un instrument non obligatoire que le signe de l'évolution des préoccupations internationales. De plus, compte tenu de l'ensemble du long processus d'élaboration de la Déclaration, les Etats ne pouvaient pas raisonnablement ignorer le potentiel d'une telle Déclaration solennelle en termes d'incidence sur le droit coutumier. Le choix d'une Déclaration constitue également un indice que le droit international est intimement lié aux réalités sociales et politiques, notamment à l'étape de sa formation<sup>864</sup>. En tant qu'étape parmi

---

<sup>862</sup> V. Iain C. MACGIBBON, *op. cit.*, 1954 (v. note 256 *supra*), p. 143: “*Acquiescence [...] is essentially a negative concept. [...] Acquiescence thus takes the form of silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection*” ; *op. cit.*, 1957 (v. note 267 *supra*), pp. 115-145 ; Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 267 *supra*), p. 41, qualifiant la distinction entre volonté et consentement : “*States do not want international law or, more exactly such and such a rule of international law, but even if their will is not free, they can consent to a rule not because they want it, but because they have no real choice.*”

<sup>863</sup> Les dynamiques de ce rapport de forces entre les Etats réservés et le mouvement transnational autochtone ont été mises au jour dans le titre 2, partie I de la présente étude.

<sup>864</sup> La jurisprudence de la C.I.J. semble confirmer largement cette relation entre droit et politique en termes d'indissociabilité et de continuité : « La Cour ne saurait [...] accepter le point de vue [...] selon lequel elle n'aurait pas compétence en raison du caractère « politique » de la question posée. Ainsi qu'il ressort à cet égard

d'autres du processus coutumier devant conduire *in fine* à l'accession de la norme émergente à la pleine normativité, l'adoption de la Déclaration constitue le reflet de la cristallisation de cette norme mais aussi la manifestation des possibles à un moment donné, susceptible de conduire à la conclusion hypothétique d'une convention internationale à une phase ultérieure.

L'importance amoindrie de l'intention formelle des Etats dans leur vote ainsi que l'expression de leur consentement présumée dans la solution de compromis adoptée quant à la forme de l'instrument élaboré appellent à un examen dans le texte de la Déclaration des signes des intentions des Etats ayant contribué à l'arrêt du texte<sup>865</sup>. Ces intentions ne peuvent être ignorées alors que la Déclaration, formulée en des termes normatifs et sous forme d'une résolution solennelle, exprime à l'évidence des attentes fortes vis-à-vis de la société internationale dans le domaine des droits de l'homme. Certaines formulations dans le texte indiquent que les intentions des auteurs du texte sont bien d'énoncer des normes en termes d'attentes fortes rédigées en termes de droits, en témoigne par exemple la formulation simple, claire et répétée « les peuples autochtones ont le droit à ». Egalement, l'emploi de l'indicatif du verbe devoir au lieu de son conditionnel<sup>866</sup> : « les Etats doivent accorder » (art. 11.2), « les Etats doivent [...] prendre des mesures » (art. 17.2), voire l'absence même du verbe devoir impliquant une obligation plus forte encore et qui rappelle le style conventionnel : « les Etats mettent en place » (art. 8.2), « les Etats veillent à permettre » (art. 12.2), « les Etats prennent des mesures » (art. 13.2), sont indicatifs du degré élevé des attentes formulées, qui confinent à une norme juridique. Située dans la droite ligne des « activités normatives » des deux Groupes de travail, cette formulation claire et directe suit le style qui caractérise les résolutions se prétendant déclaratives du droit coutumier existant<sup>867</sup>.

La formulation indubitable par la Déclaration d'attentes comportementales fortes pour l'avenir situe celle-ci dans la configuration de la « coutume sauvage » théorisée par René-Jean

---

de sa jurisprudence constante, la Cour estime que le fait qu'une question juridique présente également des aspects politiques, « comme c'est, par la nature des choses, le cas de bon nombre de questions qui viennent à se poser dans la vie internationale, ne suffit pas à la priver de son caractère de « question juridique » » (Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, §41 p. 155, se fondant sur sa jurisprudence antérieure).

<sup>865</sup> Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », *Annuaire de l'Institut de droit international*, tome 60-I, 1983, p. 177 : « [The language used in Resolutions] always contains some indications on the will or intention of the authors of the text. »

<sup>866</sup> Ce qui correspond, en anglais, à l'emploi de « shall » au lieu de « should ».

<sup>867</sup> Michael Barton AKEHURST, « Custom as a Source of International Law », *B.Y.I.L.*, tome 47-1, 1975, p. 6, qui cite comme illustration de ce cas la formulation de la résolution 96(I) de l'Assemblée générale du 11 décembre 1946 : « l'Assemblée générale affirme que le génocide est un crime de droit des gens ».

Dupuy<sup>868</sup> dans la mesure où ces attentes à valeur d'*opinio juris* sont complétées ou couronnées par la pratique ultérieure des Etats<sup>869</sup>. La définition officielle du terme « déclaration » adoptée par le Secrétariat des Nations Unies souligne elle-même ce trait comme inhérent à ce genre d'instrument. Selon cette définition, une déclaration est « un instrument formel et solennel, approprié à de rares occasions lorsque sont énoncés des principes d'une signification grande et durable. »<sup>870</sup> Cependant, le cas d'espèce peut également s'analyser sous l'angle de la « coutume sage » si l'on considère que la Déclaration exprime une *opinio juris* venant couronner la pratique dont l'existence a déjà été constatée. Réflétant le *continuum* général du processus coutumier à l'étude, l'emboîtement de ces deux approches dans le cas d'espèce contribue à renforcer la présomption du passage effectif de la norme à l'étude au sein de la *lex lata*. Le caractère secondaire de l'ordre d'expression des deux éléments du processus coutumier par rapport à l'impératif du *continuum* se retrouve dans la jurisprudence<sup>871</sup> et la doctrine<sup>872</sup>. Il faut voir dans cette combinaison de la « coutume sage » et de la « coutume sauvage » la confirmation du caractère fluide d'un processus coutumier irréductible à la formalisation.

---

<sup>868</sup> René-Jean DUPUY, *op. cit.*, 1974 (v. note 557 *supra*), p. 75 ; *op. cit.*, 1975 (v. note 557 *supra*), pp. 132 et suivantes ; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, doc. cit.*, 1987 (v. note 854 *supra*), vol. I, section 102, Reporters' Notes, §2 ; Igor I. LOUKACHOUK, *op. cit.*, 2005 (v. note 833 *supra*), p. 166, qualifiant cette formulation d'attentes par des instruments non-obligatoires de « perspective nouvelle » par opposition à la « perspective traditionnelle » ; Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), p. 362.

<sup>869</sup> Ce qui fait l'objet de l'examen au titre suivant de la présente étude.

<sup>870</sup> *Use of the Terms « Declaration » and « Recommendation »*, Mémoire du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies, 2 avril 1962, E/CN.4/L.610, §3 p. 1 ; v. aussi *Rapport sur la dix-huitième session de la Commission des droits de l'homme (19 mars – 14 avril 1962)*, 34<sup>e</sup> session du Conseil économique et social, supplément n° 8, 1962, E/3616/Rev.1 – E/CN.4/832/Rev.1, p. 51. Le Mémoire poursuit ainsi: “*in view of the greater solemnity and significance of a “declaration”, it may be considered to impart, on behalf of the organ adopting it, a strong expectation that members of the international community will abide by it. Consequently, insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon States*” (§4 pp. 1-2, anglais seulement).

<sup>871</sup> C.I.J., *Plateau continental* (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), fond, arrêt, 24 février 1982, C.I.J. Recueil 1982, où la Cour recourt à la notion de « tendances » (v. notamment §24 p. 38 et §§45-46 pp. 47-48) ; logiques suivies dans les sentences arbitrales *Texaco-Calasiatic c. gouvernement libyen* du 19 janvier 1977 (J.D.I. 1977 (Clunet), p. 350 et *I.L.R.*, tome 53, 1979, p. 389) et *Koweït c. Aminoil* du 24 mars 1982 (J.D.I. 1982, p. 869).

<sup>872</sup> A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), section 30 p. 59 : “*there is no reason why a General Assembly resolution should not provide the (or an) inspiration for the formation of a new customary rule. This is uncontroversial.*”



## Section 2 – Le vote et les explications de vote à l’Assemblée générale et le processus coutumier

La contribution de l’adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* au processus coutumier repose de manière significative sur le vote des Etats et leurs déclarations au titre des explications de vote. Leur prise en compte au titre de l’*opinio juris*, voire de la pratique, tient pleinement compte du droit tel qu’envisagé par la doctrine objectiviste, comme phénomène social et donc fluide et ainsi comme reflet du rapport de forces politiques à un moment donné.<sup>873</sup> Cela ouvre la voie à une pleine prise en compte des votes et des intentions de votes des Etats sans pour autant tomber dans les écueils du *wishful thinking*<sup>874</sup>. En effet, en prenant toutes les précautions à la lumière de l’analyse qui précède, il apparaît raisonnable de considérer que, replacés dans le contexte du processus coutumier et en particulier des projets du texte adoptés antérieurement, les votes et explications de vote des Etats dans le cadre de l’adoption de la Résolution 61/295 manifestent leur position sur la désirabilité de la norme à l’étude, dans l’immédiat ou dans un avenir proche (récapitulatif des positions en Annexe 3).

Ainsi, l’examen approfondi et pondéré des positions favorables à l’adoption du texte et des réserves ou oppositions permet de dégager une *opinio juris* affermie et, même si l’unanimité n’est pas encore atteinte, les réserves subsistantes manquent singulièrement de consistance (§1). Au-delà de la simple *opinio juris*, les votes et explications de vote jouent un rôle d’un autre type dans le processus coutumier, car ils ont une portée également sur la pratique (§2).

### §1 – L’expression claire d’une *opinio juris* pleinement maturée

Comme il a été vu<sup>875</sup>, les votes et déclarations des Etats au titre de leurs explications de vote peuvent constituer la preuve du consentement ou de la reconnaissance des principes énoncés dans la Déclaration, et reflètent souvent, par leur formulation, un sentiment

---

<sup>873</sup> Sir Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, tome 30, 1953, p. 68, employant la formule de “*mutual tolerations*”.

<sup>874</sup> Nigel D. WHITE, *The Law of International Organizations*, 1<sup>er</sup> édition, Manchester University Press, 1996, p. 97.

<sup>875</sup> V. section 1 p. 349 *supra*.

juridique<sup>876</sup>. Cette démarche est conditionnée par un examen approfondi des circonstances de l'adoption, notamment la répartition des votes, leur évolution par rapport aux votes précédents au sein d'autres organes de l'O.N.U. concernant le projet de Déclaration, le langage du texte, le processus d'adoption dans son ensemble ou encore la présence éventuelle de pratiques en conflit avec la norme émergente. L'*opinio juris* se trouve alors formalisée par le vote et les explications de vote mais la tendance ainsi dégagée doit être générale afin de répondre au caractère essentiellement non individualisable de l'*opinio juris*. Pour cette raison, la logique majoritaire du vote n'apparaît pas de nature à faire obstacle à la consolidation de l'*opinio juris* dans le cas d'espèce car celle-ci ne suppose pas l'unanimité des Etats mais doit traduire un sentiment général, qualifié parfois de « consensus général ». Le degré de majorité requis peut même être présumé moins élevé dans les cas d'adoption de résolutions en matière de droits de l'homme, eu égard à leur universalisme et à leur rapport direct au principe éthique d'unité dans la diversité.

#### A – Le caractère « écrasant » de la majorité

Bien que la méthode d'adoption par consensus soit parfois considérée comme investie d'un degré plus élevé de légitimité que la méthode d'adoption par vote, la pratique de l'O.N.U. montre que cela n'est pas nécessairement le cas. Le contexte d'adoption de l'instrument est également déterminant. De fait, depuis 1945, le système de prise de décision au sein des organisations internationales a vu l'abandon de l'ancienne méthode de l'unanimité au profit du consensus et du système de vote majoritaire. Ces deux méthodes fonctionnent souvent par couple fonctionnel. Le système de vote est généralement celui prévu statutairement mais les organes de prise de décision tentent souvent d'atteindre le consensus en négociant des concessions. La possibilité du vote permet de faciliter le consensus en exerçant une pression sur les Etats réticents<sup>877</sup>, et la mise aux voix effective n'intervient que lorsque le consensus s'avère impossible. La menace du recours au vote fournit aux Etats une monnaie d'échange utile dans le cadre des tractations en vue de dégager un compromis. Cette tendance est à l'œuvre concernant l'Assemblée générale de l'O.N.U. au sien de laquelle un

---

<sup>876</sup> Oscar SCHACHTER, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 61-I, 1985, p. 284 : “resolutions are also a means by which States may express an intent to be bound (with legal effect)” ; A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), p. 60: “States can be bound by a rule if they can be shown to have consented to it or otherwise recognized it. It is not impossible for such consent or recognition to be manifested by voting in favour of a resolution.”

<sup>877</sup> Henry G. SCHERMERS, *International Institutional Law*, 2<sup>e</sup> édition, La Haye, Nijhoff, 1980, p. 393.

grand nombre de résolutions parviennent à être adoptées par consensus. C'est également la logique ayant présidé à l'adoption de la Résolution 61/295 par la mise aux voix, sanctionnant ainsi l'impossibilité d'atteindre un consensus au moment du vote. La persistance dans ce cas d'un faible nombre d'oppositions d'Etats puissants suggère qu'il s'agissait d'une tentative désespérée de leur part en vue de retarder l'inévitable, ne disposant pas d'autre outil à cette fin. Le vote de septembre 2007 à l'Assemblée générale fait ainsi suite au vote de novembre 2006 à la Troisième Commission, au vote de juin 2006 au Conseil des droits de l'homme et, par contraste, à l'adoption par consensus du projet de Déclaration par la Sous-Commission en août 1994. L'évolution des positions des Etats lors de ces trois votes successifs fournit des indications sur l'atteinte progressive du consensus et la réduction des oppositions<sup>878</sup>.

Ainsi, l'adoption de résolutions par l'Assemblée générale par la mise aux voix est fréquente<sup>879</sup> et ne semble pas poser un obstacle à la cristallisation de l'*opinio juris* de cette manière. La contribution de l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale à la cristallisation de l'*opinio juris* n'est donc pas l'apanage des résolutions adoptées par consensus ni ne requiert une stricte unanimité en cas de mise aux voix. L'unanimité ou le consensus ne semblent pas nécessairement requis en vue de dégager une *opinio juris*<sup>880</sup>. Néanmoins, là où l'adoption d'une résolution par consensus appelle la présomption plus immédiate de sa contribution à la formation de l'*opinio juris*, l'adoption d'une résolution par vote appelle à un examen plus approfondi du contexte d'adoption en tenant compte de certains facteurs et critères. L'appréciation de la majorité atteinte s'avère répondre à la combinaison de divers facteurs et critères. L'atteinte d'une *opinio juris* et la contribution d'une résolution adoptée par vote à la formation du droit international coutumier ne peuvent être alors invalidées que si l'adoption par vote se heurte à une opposition minoritaire non négligeable. Durant la Guerre froide, l'Assemblée générale a adopté avec un nombre substantiel d'oppositions des résolutions répétées portant sur le droit des peuples à l'autodétermination, norme aujourd'hui reconnue comme faisant partie du droit coutumier. En particulier, certaines résolutions solennelles en matière de droits de l'homme désormais admises comme passées dans le droit coutumier ont été adoptées avec un nombre non négligeable d'abstentions ou d'oppositions. C'est le cas par exemple de la Résolution 1803

---

<sup>878</sup> V. tableau d'évolution des positions des Etats entre les votes de 2006 et de 2007, Annexe 3, *infra*.

<sup>879</sup> Nigel D. WHITE, *The Law of International Organizations*, 2<sup>e</sup> édition, Manchester University Press, 2005, pp. 131-138.

<sup>880</sup> Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pp. 213-215. V. aussi la déclaration du Guatemala (M. Briz Gutiérrez) au titre de son explication de vote in A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), pp. 8-9.

(XVII) sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles du 14 décembre 1962, adoptée par 87 voix pour, 12 abstentions et 2 voix contre. La jurisprudence arbitrale ultérieure a néanmoins déclaré que cette résolution reflète le droit international coutumier<sup>881</sup>. Par déduction, il s'ensuit que les Etats ayant voté contre l'adoption d'une résolution peuvent être liés ultérieurement si cette résolution est répétée au point de passer dans le droit international coutumier.<sup>882</sup> L'arbitre a d'ailleurs considéré que la positivité des normes énoncées par la Résolution 1803 (XVII) était telle qu'elles ne pouvaient pas être modifiées par la Résolution 3201 (S-VI) adoptée pourtant par consensus, dans la mesure où certains Etats avaient clairement exprimé leur refus en ce sens<sup>883</sup>.

D'autres résolutions solennelles peuvent être également prises en exemple. Notamment, la Résolution 217 (II) A du 10 décembre 1948 portant adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée par la mise aux voix. Si le vote n'a enregistré aucune voix contre parmi les 58 participants, huit Etats se sont néanmoins abstenus et deux n'ont pas pris part au vote. La mise aux voix et le caractère limité du consensus qu'elle a alors réuni n'a pourtant pas empêché la Déclaration de devenir un reflet incontesté du droit international coutumier. La situation de la Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 est similaire puisque 89 Etats ont voté en sa faveur, aucun ne s'y est opposé et neuf Etats se sont abstenus parmi lesquels plusieurs Etats particulièrement intéressés et d'une importance géopolitique significative<sup>884</sup>. Cette résolution fait pourtant partie du droit international coutumier en matière de décolonisation. La Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970, adoptée par consensus, semble acceptée comme reflet du droit international coutumier par la C.I.J. qui raisonne ainsi à son égard : « L'effet d'un consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes »<sup>885</sup>. Il est vrai que cette résolution solennelle a été

---

<sup>881</sup> Sentence arbitrale *Texaco-Calasiatic c. gouvernement libyen*, 19 janvier 1977, *J.D.I.* 1977, §86 p. 378. Les résolutions suivantes répétant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles incluent la résolution A/3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973 adoptée par 108 voix contre 1 avec 16 abstentions, et la résolution A/3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 adoptée par 118 voix contre 6 avec 10 abstentions.

<sup>882</sup> Nigel D. WHITE, *op. cit.*, 2005 (v. note 879 *supra*), p. 136.

<sup>883</sup> Sentence arbitrale *Texaco-Calasiatic c. gouvernement libyen*, 19 janvier 1977, *I.L.R.*, tome 53, p. 489. L'arbitre tiré une conclusion similaire concernant la Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974.

<sup>884</sup> Afrique du Sud, Australie, Belgique, Espagne, Etats-Unis, France, Portugal, République dominicaine et Royaume-Uni.

<sup>885</sup> C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §188 p. 100. Certains ont pu parler de codification à

adoptée par consensus et non par vote, mais les rapports et les procès-verbaux des séances pertinents témoignent de la nature imparfaite ou négative du consensus, notamment par la présence de positions divergentes et de réserves chez certains Etats<sup>886</sup>.

En comparaison avec ces résolutions solennelles en matière de droits de l'homme désormais acceptées comme reflétant le droit international coutumier, la Résolution 61/295 a été adoptée par 144 voix contre 4 avec 11 abstentions et 32 absents sur un total à l'époque de 192 Etats membres<sup>887</sup>. La proportion de votes positifs représente environ 91% des Etats présents ayant pris part au vote et 75% des Etats membres de l'O.N.U., largement au-delà de la majorité des deux tiers parfois requise pour des décisions d'importance significative. Les commentateurs faisant autorité ont qualifié la majorité atteinte d' « écrasante »<sup>888</sup>, reflétant le degré de soutien généralement requis – les expressions de majorité écrasante, très substantielle, immense, considérable, quasi-unanime, etc. sont souvent employées<sup>889</sup> – en vue

---

l'égard de cette résolution, reflétant l'ambiguïté du rôle de certains instruments non-obligatoires en matière de formation des normes coutumières, appréhendables à la fois en termes de coutume sage et de coutume sauvage : Milan ŠAHOVIĆ, « Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats », *R.C.A.D.I.*, 1972-III, tome 137, La Haye, Leyde, 1974, pp. 242-310.

<sup>886</sup> V. *inter alia* le rapport A/8018 de 1970 du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats, en charge de l'élaboration du projet de Déclaration (§§61-78 pp. 43-54), ainsi que le rapport A/8082 de 1970 de la Sixième Commission de l'Assemblée générale. V. aussi les procès-verbaux des séances de l'Assemblée générale (25<sup>e</sup> session, 1970) lors du débat précédant l'adoption de la Résolution 2625 (XXV) : A/PV.1860 (6 octobre 1970), §§25 et 29 p. 4 ; A/PV.1875 (20 octobre 1970), §96 p. 9 ; A/PV.1881 (23 octobre 1970), §60 p. 7 (République socialiste tchécoslovaque) et §85 p. 8 (Royaume-Uni) ; A/PV.1883 (24 octobre 1970), §8 p. 1 (sur le consensus atteint), §9 p. 2 (sur les intérêts étatiques divergents), §23 p. 3 (qualifiant la Déclaration comme faisant partie des « croyances fondamentales » de la société internationale). Cette absence d'unanimité dissimulée par le consensus se retrouve concernant l'élaboration et l'adoption d'autres résolutions de l'Assemblée générale au caractère solennel et normatif, notamment la Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974 sur la définition de l'agression.

<sup>887</sup> Aux 143 voix positives enregistrées lors du vote (v. communiqué de presse AG/10612 du 13 septembre 2007) s'ajoute la voix du Monténégro qui a signalé au Secrétariat son intention de voter pour au terme du vote (A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 21). Les quatre voix contre proviennent de l'Australie, du Canada, des Etats-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande. Les onze Etats s'étant abstenus sont l'Azerbaïdjan, le Bangladesh, le Bhoutan, le Burundi, la Colombie, la Géorgie, le Kenya, le Nigéria, la Fédération de Russie, Samoa et l'Ukraine.

<sup>888</sup> James ANAYA et Siegfried WIESSNER, *op. cit.*, 2007 (v. note 854 *supra*) : « *The Declaration was adopted [...] by a landslide affirmative vote of 144 states in the United Nations General Assembly* » ; Rapport du Rapporteur spécial A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §35 p. 12: « écrasante majorité » ou « *overwhelming majority* » dans la version anglaise ; Communiqué de presse de l'Instance permanente sur les questions autochtones du 13 septembre 2007 (« *overwhelming majority* »). La littérature académique a repris ces qualifications (v. résolution 5/2012 « Droits des peuples autochtones » de l'A.D.I., §3 : les dispositions de la Déclaration « ont été adoptées par une majorité écrasante de l'Assemblée générale ») ainsi que le Secrétaire général de l'O.N.U. Ban Ki-Moon, qui qualifie l'adoption de la Déclaration de « triomphe pour les peuples autochtones du monde » et de « moment historique » (déclaration du 13 septembre 2007, *doc. SG/SM/11156 – HR/4931*). De telles déclarations par le plus haut fonctionnaire de l'organisation peuvent être présumées de nature à engager celle-ci au moins moralement.

<sup>889</sup> Mohammed BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international – Nouveaux défis au droit international*, Paris, U.N.E.S.C.O., 1979, p. 153 ; Oscar SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice – General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982-V, tome 178, p. 122 ; opinion dissidente du juge Bernard LODER, C.P.J.I., *Affaire du "Lotus"* (France c. Turquie), fond, arrêt, 7 septembre

de valider le caractère d'*opinio juris* des dispositions d'un instrument non obligatoire. En comparaison avec l'adoption de la Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 dont il a déjà été constaté le caractère de reflet du droit international coutumier<sup>890</sup>, le pourcentage des votes positifs par rapport au total des votants est supérieur pour la Résolution 61/295 – 91% contre 88%. Le nombre absolu de votes négatifs y est inférieur – 6 pour la Résolution 3281 (XXIX) contre seulement 4 pour la Résolution 61/295. Cette qualification de la majorité atteinte suggère que le seuil requis pour valider la contribution de la Résolution 61/295 au processus coutumier est atteint. Si certains admettent, avec l'Association de droit international, que les résolutions de l'Assemblée générale adoptées à l'unanimité ou à la quasi-unanimité et manifestant une intention claire d'énoncer des règles de droit sont susceptibles de créer des normes de coutumes dite instantanée<sup>891</sup>, il apparaît logique de déduire qu'une telle résolution soit susceptible de contribuer *a fortiori* à un processus coutumier en cours, c'est-à-dire déjà existant et puisant ses racines dans les développements passés<sup>892</sup>.

Dans la mesure où l'appréciation de la majorité demeure une tâche en partie subjective, d'autres critères sont généralement pris en compte en vue de minimiser cette subjectivité. En effet, il convient également de tenir compte du rapport de forces géopolitique, du vote des grandes puissances, de la représentation des grands ensembles économiques et juridiques dans ladite majorité<sup>893</sup>. Il faut alors constater que la majorité « écrasante » dégagée lors du vote est représentative des grands systèmes économiques et juridiques de la société internationale, mais que les quatre Etats ayant voté contre l'adoption de la Déclaration appartiennent tous à l'ensemble géopolitique occidental dont ils constituent des acteurs influents (tableau de l'évolution des positions en Annexe 3). Parmi eux se trouve la plus grande puissance mondiale que sont les Etats-Unis d'Amérique. Ces quatre Etats ont en outre joué un rôle de premier plan dans le processus d'élaboration du projet de Déclaration au sein des deux Groupes de travail successifs. S'il faut admettre qu'une telle configuration pourrait normalement opposer un obstacle sérieux à la tentative de rapprocher la Déclaration du processus coutumier à l'étude, le vote replacé dans son contexte réunit certaines circonstances

---

1927, A n° 10, p. 34 ; Rosalyn HIGGINS, *op. cit.* 1963 (v. note 836 *supra*), p. 6 ; « The United Nations and Law-Making: The Political Organs », *A.J.I.L.*, n° 64, 1970, p. 40 ; *op. cit.*, 1994 (v. note 739 *supra*).

<sup>890</sup> V. notes 881 et 883 *supra*.

<sup>891</sup> A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), §32 p. 61.

<sup>892</sup> *Ibid.*, §31 pp. 59-60.

<sup>893</sup> *Texaco-Calasiatic c. gouvernement libyen*, sentence arbitrale précitée (v. note 871 *supra*), *J.D.I.* 1977, n° 104, §86 p. 378 ; Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, 2006 (v. note 701 *supra*), n° 327-b p. 342, évoquant une « majorité suffisamment représentative de leurs différentes catégories ».

qui semblent lever cet obstacle<sup>894</sup>. A noter en outre que la division du groupe des Etats occidentaux lors du vote implique qu'un nombre non négligeable d'Etats appartenant à ce groupe ont soutenu la Déclaration. Plusieurs de ces Etats sont de puissance similaire à des Etats comme l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande et peuvent être considérés comme des Etats particulièrement intéressés du processus coutumier en raison de la présence de peuples autochtones sur leur territoire. Il s'agit notamment de l'Afrique du Sud, de la France ou encore du Royaume-Uni. Il faut donc constater qu'en dépit de l'appartenance des quatre Etats hostiles au groupe des Etats occidentaux, celui-ci est loin de faire bloc. Parmi les grandes puissances et les puissances émergentes, la Chine et l'Inde ont soutenu l'adoption de la Déclaration, de même que le Brésil, qui s'était pourtant distingué par son scepticisme vis-à-vis de la reconnaissance d'une autodétermination autochtone lors des travaux d'élaboration du projet de Déclaration.

Concernant les votes et explications de vote, bien que ceux-ci ne soient pas toujours susceptibles d'engager formellement leurs auteurs, ils constituent des comportements dont l'imputabilité aux Etats est indéniable. Il est possible de conclure raisonnablement à partir de l'examen de la présente étude que les votes et explications de vote peuvent être présumés fournir une indication fiable au moins partielle des intentions et motivations du vote des Etats lorsqu'ils sont replacés dans le contexte large du processus coutumier et en raison notamment du principe de bonne foi dans les relations internationales<sup>895</sup>. Bien souvent, les déclarations émises par les Etats au titre des explications de vote ont trait à certains aspects juridiques en lien avec la Déclaration et constituent leur interprétation de ces questions juridiques. En cela, certaines déclarations peuvent être considérées comme traduisant un sentiment de droit.

En matière d'analyse, il faut noter d'emblée que le nombre d'abstentions a légèrement diminué entre les votes du juin 2006 au Conseil des droits de l'homme et de septembre 2007 à l'Assemblée générale, passant de 12 à 11<sup>896</sup>. Huit Etats s'étant abstenus en 2006 se sont ralliés

---

<sup>894</sup> V. B p. 383 *infra* sur l'examen des positions minoritaires.

<sup>895</sup> Résolution 1983/2 intitulée *Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus*, I.D.I., Session de Cambridge, 1983, Septième Commission (Rapporteur : Michel VIRALLY), §6 p. 3 : « L'Etat ayant souscrit un engagement purement politique est soumis à l'obligation générale de bonne foi qui régit le comportement des sujets du droit international dans leurs rapports mutuels. »

<sup>896</sup> Afin d'être exact dans la comparaison, il faut garder à l'esprit que le nombre des Etats votants au Conseil des droits de l'homme le 29 juin 2006 au sujet de l'adoption du projet de Déclaration est de 44 (30 voix pour, 2 voix contre, 12 abstentions, incluant le Bahreïn et la Jordanie ayant déclaré après le vote ne pas avoir eu l'intention de prendre part au vote), contre 159 à l'Assemblée générale le 13 septembre 2007. Cette variation du corps

aux votes positifs en 2007, consolidant d'autant le consensus. Il s'agit de l'Algérie, de l'Argentine, de Bahreïn, du Ghana, de la Jordanie, des Philippines, du Sénégal et de la Tunisie. Parmi ces Etats, l'Argentine, Etat particulièrement intéressé en raison de la présence de peuples autochtones dans sa population, s'étaient distinguée lors des travaux d'élaboration par sa position réservée à l'égard de la reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Le ralliement de ces Etats au vote positif semble répondre aux garanties additionnelles apportées à l'article 46.1 en matière de protection du principe de l'intégrité territoriale des Etats.

Autre élément en vue d'une meilleure appréciation du soutien à la Déclaration, il convient de distinguer entre les votes positifs individuellement exprimés et formellement enregistrés d'une part et le soutien réel aux normes énoncées dans la Déclaration ou à certaines d'entre elles d'autre part. Le soutien de certains Etats à la Déclaration est exprimé ou peut se déduire de certains faits, comportements ou absences de comportement durant les séances d'adoption mais n'est pas matérialisé dans la procédure de vote proprement dite. Ainsi, le soutien formellement exprimé à la Déclaration se distingue du soutien réel à la norme émergente. L'application de cette distinction révèle en effet que le soutien réel est supérieur au soutien exprès formellement enregistré dans le cadre institutionnel. Bien que le vote formel enregistré fasse état de 143 voix pour, ce chiffre dissimule un soutien réel plus élevé au texte, comptabilisant en réalité 147 Etats, ce qui renforce la présomption de son rôle dans le processus coutumier. En effet, au Monténégro ayant déclaré son intention de prendre part au vote et de soutenir le projet de Déclaration après la conclusion du vote enregistré s'ajoutent Fidji et Nauru, tous deux absents mais parrainant le projet de Déclaration. De ce parrainage peut être déduit leur soutien positif aux normes énoncées par le texte. Enfin, la Roumanie est absente du vote mais logiquement couverte par la déclaration faite par le représentant du Portugal au nom de l'Union européenne qui exprime le soutien de celle-ci à la Déclaration. Cette présomption en faveur de l'inclusion de la Roumanie au sein des soutiens réels à la Déclaration est renforcée par le fait que la totalité des Etats membres de l'Union européenne ou associés à sa déclaration ayant pris part au vote ont voté en faveur de l'adoption du texte. Parmi les Etats ayant voté en faveur de l'adoption du projet de Déclaration, les votes non accompagnés de déclaration au titre d'explication de vote peuvent être présumés refléter un soutien inconditionnel et non qualifié au texte contenant la norme

---

participant explique le recours aux pourcentages et à l'identification des Etats en question en vue de pondérer la signification des votes et de conserver la proportion nécessaire à la comparaison.



coutumière émergente à l'étude, bien que la plupart des Etats ayant fourni une explication de vote sont des Etats particulièrement intéressés en raison de la présence de peuples autochtones sur leur territoire.

Parmi les déclarations formulées au titre des explications de vote des Etats s'étant prononcés en faveur de l'adoption du texte, deux tendances ressortent de l'examen des procès-verbaux des deux séances plénières du 13 septembre 2007 consacrées à l'adoption de la Résolution 61/295. Un premier groupe d'Etats semble exprimer implicitement un sentiment de droit à l'égard des dispositions de la Déclaration, au premier chef desquelles le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. A ce titre, les votes positifs des trente-cinq Etats présents sur les trente-sept Etats parrainant le projet de résolution peuvent être considérés comme d'un poids accru. Le Représentant du Pérou présentant le texte déclare que « L'Assemblée générale a aujourd'hui l'énorme responsabilité et la tâche de combler une importante lacune dans le domaine de la promotion et défense des droits de l'homme : la protection des peuples autochtones »<sup>897</sup>, qualifiant ainsi l'apport de la Déclaration dans le corpus des droits de l'homme qui caractérise le processus coutumier à l'œuvre. Certaines délégations soulignent la légitimité des normes formulées par la Déclaration en raison de la participation sans précédent des bénéficiaires de la Déclaration à son processus d'élaboration<sup>898</sup>. L'approche de la Déclaration en termes d'apport au cadre juridique existant des droits de l'homme, supposant donc déjà un certain degré de positivité, caractérise le discours de plusieurs autres Etats<sup>899</sup>. Par ces déclarations, certains Etats réaffirment d'ailleurs leur adhésion au principe général des droits des peuples autochtones. Certains Etats se

---

<sup>897</sup> A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 10 (déclaration de M. Chávez).

<sup>898</sup> Pérou (M. Chávez), A/61/PV.107, pp. 10-11 ; Portugal (M. Salguiero) au nom d'un groupe de 35 Etats (les 27 Etats membres de Union européenne et 8 Etats s'associant à la déclaration), A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 8 : « ce nouveau texte [...] bénéficie de l'appui d'un large éventail de représentants autochtones, lesquels ont joué un rôle important dans le processus qui a conduit à l'adoption » ; Guatemala (M. Briz Gutiérrez), A/61/PV.108, p. 9, soulignant notamment le rôle du mouvement autochtone dans l'élaboration de « cet extraordinaire instrument historique ».

<sup>899</sup> Bénin (M. Ehouzou) in A/61/PV.107, p. 17 : « [le Bénin est] convaincu que [le projet de Déclaration] constitue une avancée dans le domaine des droits de l'homme des peuples concernés » ; Japon (M. Shinyo), A/61/PV.107, p. 21 : « C'est par souci du respect des droits des peuples autochtones que le Gouvernement japonais a voté en faveur de la Déclaration » ; Philippines (M. Hermoso), A/61/PV.108, p. 6 : « Les Philippines ont toujours défendu la promotion et la protection des droits des peuples autochtones » ; Guatemala (M. Briz Gutiérrez), A/61/PV.108, p. 8, qualifiant la Déclaration de « guide » qui soit « conforme aux principes généraux des droits de l'homme et du droit international » et p. 9 : situant l'adoption de la Déclaration dans un processus de cinq siècles depuis l'époque de Bartolomé de Las Casas dont elle constitue l'aboutissement légitime : « [la Déclaration] ne crée pas de nouveaux droits mais réaffirme celui des peuples autochtones à l'autodétermination » ; Costa Rica (M. González), A/61/PV.108, p. 10 : « Ce document représente l'aboutissement de 25 années de travail et la lutte encore plus longue de nos peuples autochtones pour la reconnaissance et le respect de leurs droits fondamentaux ».

projetent dans le cadre d'une application effective des dispositions de la Déclaration dont ils affirment la désirabilité<sup>900</sup>. La conditionnalité de leur vote positif posée par certains Etats dans leurs déclarations<sup>901</sup> révèle que la Déclaration, et l'autodétermination comme droit central

---

<sup>900</sup> Bénin (M. Ehouzou) in A/61/PV.107, p. 18 : « il est souhaitable que [le texte] soit appliqué en l'état » ; Royaume-Uni (M. Pierce), A/61/PV.107, p. 23 : « Nous avons bon espoir que [la Déclaration] représentera un outil important pour permettre aux peuples autochtones du monde entier de faire progresser leurs droits » ; Norvège (M. Løvald), A/61/PV.107, p. 23 : « Nous saluons l'adoption de la Déclaration [...] dont nous pensons qu'elle contribuera à promouvoir la protection des droits des peuples autochtones » ; République de Corée (M. Park Hee-kwon), A/61/PV.107, p. 25 : « l'adoption de cette Déclaration constitue un engagement solennel qui envoie un message sans équivoque à la communauté internationale » ; Suède (Mme Ström), A.61.PV.107, p. 26 : « Nous espérons que la mise en œuvre de la Déclaration améliorera la situation des peuples autochtones » ; Thaïlande (M. Punkrasin), A/61/PV.107, p. 27 : « nous sommes d'accord avec l'esprit et la finalité de la Déclaration » et « la Déclaration ne crée aucun droit nouveau » ; Suriname (M. Mac-Donald), A/61/PV.107, p. 29 : « En adoptant aujourd'hui ce document historique, la communauté internationale a défini les principes qui régissent les droits des peuples autochtones » ; Namibie (M. Mbuende), A/61/PV.108, p. 3 : « L'argument selon lequel cette Déclaration n'est pas contraignante ne nous a pas beaucoup plu. Nous prenons nos obligations au sérieux » ; Népal (M. Acharya), A/61/PV.108, p. 3, annonçant son intention de tenir compte des orientations fournies par le texte dans la rédaction de sa nouvelle Constitution ; Indonésie (M. Anshor), A/61/PV.108, p. 4 : « nous pensons que la Déclaration jouera un rôle déterminant dans la promotion et la protection des peuples [autochtones] » ; Cuba (M. Pérez Álvarez), A/61/PV.108, p. 7 : « La Déclaration et ses futurs effets sur l'action menée par l'ONU dans ce domaine » et « le Conseil des droits de l'homme et ses organes subsidiaires devront accorder une attention particulière à la réalisation pleine et entière de tous les droits des peuples autochtones, conformément à la Déclaration » ; Monténégro qui avait déclaré son intention de voter pour après le vote (M. Kaluđerović), A/61/PV.108, p. 7 : « Nous considérons qu[e la Déclaration] contribuera grandement à défendre et promouvoir les droits des peuples autochtones » ; Equateur (M. Riofrío), A/61/PV.108, p. 10 : « [l'Equateur] s'engage à appliquer cette Déclaration dans toutes les politiques gouvernementales » et « félicite l'Assemblée générale d'avoir relevé le défi historique d'incorporer au droit international relatif aux droits de l'homme un instrument fondamental » ; Costa Rica (M. González), A/61/PV.108, pp. 10-11 : « il reste encore beaucoup à faire, et nous reconnaissons qu'il nous faut améliorer... » et « nous espérons que ce nouvel instrument aboutira à des actions concrètes [...] et que les principes de cette Déclaration seront incorporés [...] dans les efforts internationaux de protection des droits des peuples autochtones » ; France (M. Fieschi), A/61/PV.108, p. 11 : « La Déclaration [...] complète le socle des normes inscrites dans les instruments des Nations Unies en matière de promotion et de protection des droits de l'homme ».

<sup>901</sup> Argentine (M. Argüello), A/61/PV.107, p. 21 : « les efforts qui ont été faits [...] ont donné les résultats escomptés avec l'ajout, au premier alinéa du paragraphe 46, des conditions requises pour que la Déclaration soit appliquée dans le respect total des principes dont j'ai parlé. C'est grâce à ces efforts et à ces résultats que l'Argentine a aujourd'hui le plaisir de s'associer aux pays qui ont voté en faveur de la Déclaration. » ; Japon (M. Shinyo), A/61/PV.107, p. 21 : « La version révisée de l'article 46 précise à juste titre que le droit à l'autodétermination ne confère pas aux peuples autochtones le droit d'être séparés et indépendants de leur pays de résidence [...] Nous nous félicitons donc de cette modification. » ; Chili (M. Andereya), A/61/PV.107, p. 22 : « C'est cet esprit de consensus qui transparait dans l'article 46 » ; Royaume-Uni (M. Pierce), A/61/PV.107, p. 23 : « Nous comprenons l'article 3 de la Déclaration comme promouvant la création d'un droit nouveau à l'autodétermination distinct qui soit spécifique aux populations autochtones » ; Norvège (M. Løvald), A/61/PV.107, p. 24 : « la Déclaration doit être comprise dans le cadre de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » ; Jordanie (Mme Al-Zibdeh), A/61/PV.107, p. 24 : « le droit à l'autodétermination doit s'exercer [...] dans le respect des dispositions du droit international relatives à la souveraineté et à l'intégrité territoriale des Etats » ; Mexique (Mme Rovirosa), A/61/PV.107, p. 25, sur l'interprétation des articles 3, 4 et 5 de la Déclaration ; Thaïlande (M. Punkrasin), A/61/PV.107, p. 27, déclaration interprétative sur les dispositions portant sur le droit à l'autodétermination ; Brésil (M. Tarragô), A/61/PV.107, p. 28, interprétant la portée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination ; Suriname (M. Mac-Donald), A/61/PV.107, p. 29, interprétant la portée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne ; Iran (M. Baghaei Hamaneh), A/61/PV.108, p. 1 sur le « respect de l'intégrité territoriale et de la souveraineté politique de l'Etat » ; Inde (M. Malhotra), A/61/PV.108, p. 2, *idem.* ; Myanmar (Mme Myo), A/61/PV.108, p. 2 ; Namibie (M. Mbuende), A/61/PV.108, pp. 2-3, qui rappelle avoir présenté la proposition d'amendement du texte devant la Troisième Commission en novembre 2006 et souligne l'article 46.1 ; Turquie (M. Aksen), A/61/PV.108, p. 5 : « nous nous réjouissons de constater que les amendements apportés au texte de la Déclaration [...] ont joué

auquel ils font référence, suscitent chez ces Etats un certain sentiment de droit et sont ainsi investies d'une valeur juridique allant au-delà de la *lex ferenda*. En l'absence d'un sentiment même vague de se lier, on voit mal en effet pourquoi ces Etats se livreraient à un tel exercice de qualification juridique. C'est bien cet enjeu qui suscite chez eux des déclarations interprétatives et qualifications rappelant dans leur forme celles qui assortissent la conclusion d'un traité international. A noter que souvent, ces déclarations interprétatives des Etats pour leur propre compte sont autant de tentatives de limiter le droit des peuples autochtones à l'autodétermination à son exercice interne. A cet égard, la position, soutenue notamment par le Royaume-Uni, consistant à rejeter les droits collectifs mais à accepter le droit à l'autodétermination comme une exception à ce rejet et entendu comme droit nouveau distinct de celui du même nom et bien établi en droit international apparaît incohérente et intenable<sup>902</sup>. Cette position, partagée par les Etats-Unis, ne constitue pas un simple reflet de la portée variable de la norme à l'étude selon les circonstances de son application. Elle affecte le principe même du droit à l'autodétermination tout en prétendant le reconnaître. On conçoit mal en effet l'existence parallèle de deux droits du même nom mais de contenus distincts, compte tenu en particulier du caractère essentiel, distinctif et sensible du droit à l'autodétermination en droit international. Ce serait introduire une confusion dangereuse qui risquerait de vider le droit en question de sa substance et qui représenterait ainsi un facteur d'instabilité pour les relations internationales. En outre, une telle interprétation est difficilement réconciliable avec l'interprétation de la Déclaration par les mécanismes institutionnels de l'O.N.U. dont la position est ainsi résumée par le Rapporteur spécial : « la Déclaration ne vise pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux ; elle développe plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des

---

un rôle important dans l'obtention de l'appui élargi qui était souhaité » puis mention de l'article 46.1 ; Philippines (M. Hermoso), A/61/PV.108, p. 6 sur le respect de l'intégrité territoriale ; Egypte (Mme Gendi), A/61/PV.108, p. 7 : « nous pensons que les modifications [apportées au texte] garantissent qu'aucun de ses termes ne pourra être interprété comme redéfinissant l'autodétermination... » ; Guatemala (M. Briz Gutiérrez), A/61/PV.108, p. 9, déclarant que les amendements apportés au texte adopté par le Conseil des droits de l'homme ont répondu aux inquiétudes de certains Etats et permis leur ralliement ; France (M. Fieschi), A/61/PV.108, p. 11, sur la conciliation du droit à l'autodétermination avec l'article 46.

<sup>902</sup> L'incohérence se poursuit avec le soutien déclaré du Royaume-Uni à l'alinéa 17 du préambule réaffirmant le droit de tous les peuples à l'autodétermination en droit international mais en refusant de l'appliquer aux peuples autochtones qui ne constituent pas selon cet Etat des peuples au sens du droit international. Ce faisant, le Royaume-Uni omet de mentionner l'alinéa 2 du préambule qui réaffirme l'égalité des peuples autochtones avec les autres peuples en droit international. Il semblerait du reste fort maladroit et d'une confusion extrême de faire mention de deux droits distincts en ces termes et sous la même appellation au sein d'un même texte. Cette possibilité ambiguë semble exclue, compte tenu de la longueur et de la minutie du processus d'élaboration du projet de Déclaration et de l'absence de toute clarification en ce sens au sein du texte. De fait, la lecture du texte conduit plutôt à la position inverse qui est celle soutenue dans la présente étude (v. section 1 pp. 348-368 *supra*).

droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones ».<sup>903</sup>

De manière générale, les qualifications et déclarations interprétatives du droit à l'autodétermination par les Etats se rattachent aux dispositions pertinentes de la Déclaration. Le dédoublement fonctionnel établi de celle-ci implique que ces déclarations n'ont pas nécessairement la même portée dans le cadre du processus coutumier et de la norme coutumière émergente. Ces déclarations interprétatives des Etats pour eux-mêmes en vue de limiter le droit des peuples autochtones à l'autodétermination à son exercice interne s'expliquent par le flou persistant entourant les notions de « peuple », de « peuple autochtone » ainsi que leurs conséquences sur la portée de l'exercice du droit à l'autodétermination, ce qui a constitué l'une des pierres d'achoppement des travaux préparatoires et a limité le consensus atteint. Ces déclarations interprétatives ne sont pas de nature à diminuer la portée de la norme générale énoncée mais fonctionnent plutôt de manière similaire aux déclarations interprétatives dans le cadre conventionnel. Chaque Etat s'exprime pour lui-même. Ce qui ne semble pas pouvoir être assimilé à l'attitude d'objecteurs persistants répond en réalité au souci de certains Etats de sauvegarder leurs intérêts nationaux dans la période transitionnelle d'émergence de la nouvelle règle coutumière. Dans le cadre du processus coutumier, l'imprécision des principes que les Etats tentent de maîtriser fournit au contraire l'espace d'articulation et d'affinement progressif de ces principes. En tout état de cause, l'insistance de nombreux Etats dans leurs explications de vote sur le principe de l'intégrité territoriale et sur l'article 46 du texte en vue de restreindre le droit des peuples autochtones à l'autodétermination à son exercice interne suggère que ces Etats acceptent le principe de ce droit.

Enfin, de nombreux Etats ayant voté en faveur de l'adoption de la Déclaration font état de leurs comportements internes, ce qui semble indicatif de la présence chez ces Etats d'un certain sentiment de droit les appelant à rendre compte de leurs actes<sup>904</sup>. Il est vrai que certains

---

<sup>903</sup> A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §86 p. 24.

<sup>904</sup> Chili (M. Andereya), A/61/PV.107, p. 22 : « La Déclaration servira à consolider cet effort national » ; Royaume-Uni (M. Pierce), A/61/PV.107, p. 23 : « Le Royaume-Uni apporte depuis longtemps un appui politique et financier au développement... » ; Norvège (M. Løvald), A/61/PV.107, p. 24 : « la Norvège satisfait aux exigences... » ; Guyana (M. Talbot), A/61/PV.107, pp. 28-29 sur les mesures internes prises par le gouvernement ; Népal (M. Acharya), A/61/PV.108, p. 3 : « le Népal n'a de cesse de défendre les droits des peuples autochtones » ; Paraguay (M. Buffa), A/61/PV.108, p. 5 : « la Constitution de la République du Paraguay [...] consacre [...] le droit des peuples autochtones » ; Philippines (M. Hermoso), A/61/PV.108, p. 6 : « Le paragraphe II de l'article de la Constitution stipule » et « en 1997, le Congrès des Philippines a promulgué

Etats soulignent le caractère non obligatoire de la Déclaration<sup>905</sup>. Ce rappel est rigoureusement exact dans la mesure où il se rapporte au statut formel de la Résolution 61/295, qui ne saurait en soi avoir de force juridique obligatoire. La contribution de la Déclaration au processus coutumier lorsque celle-ci est replacée dans son contexte semble en revanche au-delà de la portée de ces remarques. Dans ce contexte, ces remarques apparaissent plutôt comme autant de manifestations de l'impuissance des Etats face à un processus coutumier qui se situe à un stade bien avancé de maturation. Comme il a été constaté, la prétention à une distinction rigide, claire et exclusive entre le politique et le juridique ou encore entre la *lex ferenda* et la *lex lata* est vaine et ne reflète pas la souplesse qui caractérise le processus coutumier. L'ambivalence et l'imprécision des formulations employées par les Etats témoignent de cette intrication ainsi que de la nature éminemment politique du processus de formation du droit<sup>906</sup>. Il faut signaler enfin que quelques Etats, tout en paraissant accepter le principe de la Déclaration, tentent de s'exclure de son champ d'application en déclarant ne pas avoir de peuples autochtones sur leur territoire, ou encore que la spécificité de leur situation ôte aux principes de la Déclaration toute pertinence à leur égard<sup>907</sup>.

Un second groupe d'Etats verbalisent leur soutien implicite ou explicite au droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>908</sup> ou encore la reconnaissance du rôle de la

---

la Loi sur les droits des peuples autochtones » ; Equateur (M. Riofrío), A/61/PV.108, p. 10 : « Depuis 1998, l'Equateur a reconnu dans sa Constitution les droits collectifs des peuples autochtones » ; Costa Rica (M. González), A/61/PV.108, p. 10 : « notre système juridique est favorable à la reconnaissance des droits des peuples autochtones » ; France (M. Fieschi), A/61/PV.108, p. 11 : « Au niveau national, la France [...] conduit les programmes de soutien... ».

<sup>905</sup> Royaume-Uni (M. Pierce), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 23 : « Le Royaume-Uni insiste sur le fait que cette Déclaration n'est pas juridiquement contraignante » ; Népal (M. Acharya), A/61/PV.108, p. 4 : « les principes mentionnés dans la présente Déclaration [...] ne créent [...] aucune obligation juridique ou politique contraignante à laquelle seraient tenus les Etats qui ont voté pour ».

<sup>906</sup> A l'exemple du Guyana (M. Talbot), A/61/PV.107, p. 28, affirmant que « la Déclaration est d'une nature politique, et n'est donc pas juridiquement contraignante, bien qu'elle puisse avoir des conséquences juridiques », du Suriname (M. Mac-Donald), A/61/PV.107, p. 29, qui déclare que la Déclaration est « un document politique visant à exprimer et prouver la volonté de l'Etat de promouvoir et défendre tous les droits de l'homme [...] des peuples autochtones » ou encore du Népal (M. Acharya), A/61/PV.108, p. 4, qualifiant les principes énoncés dans la Déclaration de « bonnes intentions » ou de « lignes directrices » qui ne créent « aucune obligation juridique ou politique contraignante », sans que l'on sache bien ce que peut être une obligation politique.

<sup>907</sup> V. notamment Inde (A/61/PV.108, p. 2, considérant au contraire que toute la population du pays est autochtone), Indonésie (A/61/PV.108, p. 4), Iran (A/61/PV.108, p. 1, estimant par ailleurs regrettable et dommageable qu'une adoption par consensus n'ait pas eu lieu), Slovaquie (A/61/PV.108, p. 5), Turquie (A/61/PV.108, p. 5).

<sup>908</sup> Royaume-Uni (M. Pierce), A/61/PV.107, p. 22 : « Le Royaume-Uni appuie sans réserve les dispositions de la Déclaration qui reconnaissent le droit des autochtones à la pleine protection de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales dans le droit international [...]. A l'exception du droit à l'autodétermination, nous n'acceptons [...] pas la notion de droits collectifs en droit international » ; Norvège (M. Løvald), A/61/PV.107, pp. 23-24 ; Mexique (Mme Rovirosa), A/61/PV.107, p. 24, qualifiant la Déclaration de « premier instrument universel qui consacre les droits des peuples autochtones » et se félicitant de la teneur et de la portée du droit à l'autodétermination : « l'article 2 de la Constitution mexicaine reconnaît et garantit le droit des peuples et des

Déclaration dans le processus coutumier<sup>909</sup>. En clôture des deux séances du 13 septembre 2007 consacrées à l'adoption de la Déclaration, la présidente de l'Assemblée générale a également affirmé : « Nous donnons également la preuve que l'Assemblée générale joue un rôle important dans la définition des normes internationales »<sup>910</sup>.

Replacées dans le contexte du processus coutumier à la lumière des développements antérieurs, la majorité écrasante qui se dégage du vote en faveur de l'adoption de la Déclaration ainsi que l'examen de la teneur des explications de vote des Etats formant cette

---

communautés autochtones à l'autodétermination » ; Suède (Mme Ström), A/61/PV.107, p. 26 : « Le Gouvernement suédois fonde ses relations avec le peuple sâme sur [...] l'autodétermination », suivi par un examen de l'application possible de ce droit dans le cadre des dispositions de la Déclaration ; Pakistan (M. Hayee), A/61/PV.108, p. 4 : « nous appuyons pleinement les droits de l'homme des peuples autochtones tels qu'ils sont énoncés dans la Déclaration. En effet, les peuples autochtones ont le droit d'assurer librement leur développement économique, social et culturel » (reprenant la formulation du droit à l'autodétermination) ; Guatemala (M. Briz Gutiérrez), A/61/PV.108, p. 9 : « [la Déclaration] ne crée par de nouveaux droits mais réaffirme celui des peuples autochtones à l'autodétermination » ; Finlande (M. Nuorgam), A/61/PV.108, p. 9 : le « Parlement sâme de Finlande [...] est un organe élu disposant d'un pouvoir de décision autonome à travers lequel s'exprime l'autodétermination des Sâmes en Finlande ».

<sup>909</sup> Liechtenstein (M. Ritter), A/61/PV.107, p. 25 : « Le Liechtenstein appuie depuis longtemps les approches novatrices en faveur des droits des peuples à l'autodétermination [...]. Un certain nombre de dispositions [...] constituent une étape importante dans la façon dont l'ONU traite de la notion d'autodétermination » ; République de Corée (M. Park Hee-kwon), A/61/PV.107, p. 25 : « cette Déclaration marquera une étape importante de la promotion, la protection et la poursuite du renforcement des droits des peuples autochtones » ; Brésil (M. Tarragô), A/61/PV.107, p. 27 : « Cette décision représente une avancée importante [...] qui donnera un nouveau souffle aux efforts déployés par les Etats et les peuples autochtones pour améliorer la promotion et la protection des droits des peuples autochtones tout en les reconnaissant » ; Guyana (M. Talbot), A/61/PV.107, p. 28 : « le Guyana considère que l'adoption de la Déclaration marque une importante étape historique dans la reconnaissance des droits des peuples autochtones et de leur égalité avec tous les peuples au monde » et précise que la Déclaration « [peut] avoir des conséquences juridiques » en plaçant l'accent sur son interprétation et son application ultérieures ; Turquie (M. Aksen), A/61/PV.108, p. 5 : « La Déclaration n'est pas juridiquement contraignante. Elle peut cependant constituer un important outil politique à la disposition des Etats qui reconnaissent l'existence de peuples autochtones sur leur territoire » ; Bolivie (M. Choquehuanca Céspedes), A.61.PV.108, p. 8 : « Cette Déclaration [...] constitue [...] un pas en avant » ; Portugal (M. Salguiero) au nom d'un groupe de 35 Etats (les 27 Etats membres de Union européenne et 8 Etats s'associant à la déclaration), A/61/PV.108, p. 8 : « Nous estimons que cette adoption contribuera à l'avancement des droits des peuples autochtones » ; Guatemala (M. Briz Gutiérrez), A/61/PV.108, p. 9 : « la Déclaration exprime la volonté politique de la communauté internationale de reconnaître, défendre et respecter [les peuples autochtones] », considérant que « ce premier instrument traitant des droits de l'homme des autochtones à être adopté par l'Assemblée générale [...] rejoint [...] la Déclaration universelle des droits de l'homme, également adoptée par vote enregistré, pour former la colonne vertébrale de cette Organisation » ; Finlande (M. Nuorgam), A/61/PV.108, p. 10 : « L'adoption de la Déclaration renforce, à notre avis, la promotion et la protection des droits des peuples autochtones dans le monde entier » ; France (M. Fieschi), A/61/PV.108, p. 11 : « [L'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale], achèvement d'un processus qui a été initié il y a plus de 20 ans, marque une avancée essentielle dans la protection des droits de l'homme » et considère que la Déclaration vise « à compléter et à renforcer » les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

<sup>910</sup> Déclaration lue au nom de la présidente de l'Assemblée générale, Haya Rashed Al-Khalifa (Bahreïn), A/61/PV.108, p. 12.

majorité suggèrent que l'épisode de l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale vient parachever la formation de l'*opinio juris*<sup>911</sup>.

### B – Le traitement des positions minoritaires

Les positions minoritaires lors du vote d'adoption de la Résolution 61/295 regroupent, face aux 143 votes positifs formellement enregistrés, les quatre voix contre, onze abstentions et 30 absents – 34 moins Fidji, le Monténégro, Nauru et la Roumanie pour les raisons exposées précédemment<sup>912</sup>. Ces trois catégories sont analysées successivement car elles traduisent des nuances et degrés distincts de réserve ou d'opposition.

Les quatre Etats ayant voté contre l'adoption de la Déclaration<sup>913</sup> constituent un groupe relativement homogène, eu égard aux critères usuels pour l'appréciation du vote. Ils sont issus du groupe occidental anglo-saxon et leurs systèmes juridiques sont régis par la *Common law*. Il s'agit de puissances géopolitiques soit régionales – Australie, Canada, Nouvelle-Zélande – soit mondiale – Etats-Unis d'Amérique. Ces quatre Etats ont joué un rôle important et actif dans le processus d'élaboration du projet de Déclaration dans le cadre des deux Groupes de travail successifs. De plus, tous sont habités par d'importantes communautés autochtones et peuvent de ce fait être légitimement considérés comme des Etats particulièrement intéressés du processus coutumier. Enfin, l'Australie, les Etats-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande sont à l'origine de la demande du recours au vote enregistré. Ces traits plaident en faveur d'un poids plus important du vote et des explications de vote de ces Etats. Chacun de ces quatre Etats a pris soin de fournir une explication de vote et celles-ci sont les plus longues et les plus détaillées parmi celles formulées lors des deux séances consacrées à l'adoption de la Déclaration. Cela peut se comprendre par la nécessité plus pressante à leur égard de justifier et de qualifier une position très minoritaire et quelque peu contradictoire avec leur soutien actif aux travaux préparatoires. Par rapport au vote au Conseil des droits de l'homme de juin 2006, le Canada, qui avait alors été à l'origine du vote et avait voté contre, a été rejoint par l'Australie, les Etats-Unis d'Amérique et la Nouvelle-

---

<sup>911</sup> La pleine accession de la règle coutumière à la normativité, en cours de réalisation au moment de l'adoption de la Déclaration, sera quant à elle parachevée notamment par la pratique ultérieure des Etats. Cela fait l'objet de l'examen conduit au titre suivant.

<sup>912</sup> V. A, *supra*, p. 376.

<sup>913</sup> V. note 887 *supra*.

Zélande qui ne siégeaient alors pas. Lors de l'adoption par la Troisième Commission en novembre 2006 de la proposition visant à tenir des consultations supplémentaires sur le projet de Déclaration – ce qui avait finalement débouché sur l'inclusion expresse du principe d'intégrité territoriale dans l'article 46.1 –, l'Australie, le Canada et la Nouvelle-Zélande avaient voté en faveur. Les Etats-Unis d'Amérique s'étaient abstenus mais n'avaient pas émis de déclaration au titre d'explication de leur vote. Il ressort de cette comparaison des votes que si les inquiétudes ont été répétées, le vote négatif des Etats-Unis d'Amérique en 2007 apparaît plus surprenant que celui des trois autres Etats dans la mesure où cet Etat n'avait pas jugé nécessaire d'appuyer la proposition de consultations supplémentaires en vue d'aboutir à un texte jouissant d'un consensus maximal.

Expliquant leur position, ces Etats avancent le caractère inacceptable pour eux de l'inclusion dans le texte d'un droit des peuples à l'autodétermination qui ne soit pas expressément limité à son aspect interne. Notamment, le Canada se déclare préoccupé quant à la formulation du texte, « notamment en ce qui concerne [...] la question de l'autodétermination qui ne reconnaît pas l'importance des négociations »<sup>914</sup>. Loin de répondre à l'émergence d'une opposition nouvelle, il s'agit là d'un trait persistant des débats qui avaient affecté les travaux d'élaboration du projet de Déclaration. L'Australie se déclare carrément hostile à l'inclusion du droit lui-même dans la Déclaration : « [I]e Gouvernement australien se déclare depuis longtemps mécontent des mentions de l'autodétermination qui figurent dans la Déclaration. »<sup>915</sup> Ce refus invoque le manque de précision de la définition du « peuple autochtone » pour dénier aux peuples autochtones la qualité de peuples au sens classique du droit international : « Le droit à l'autodétermination n'est pas attaché à un sous-groupe de population non défini qui aspire à l'indépendance politique. »<sup>916</sup> Cette approche est suivie par les Etats-Unis d'Amérique<sup>917</sup> qui cherchent quant à eux à faire reconnaître l'autodétermination des peuples autochtones comme un concept nouveau en vue de leur

---

<sup>914</sup> Canada (M. McNee), A/61/PV.107, p. 13. Cette déclaration est démentie par le texte de la Déclaration lui-même qui opère une référence indirecte aux négociations notamment à travers les termes de « consultation » et de « coopération » (alinéa 19 du préambule et articles 15.2, 17.2, 30.2, 32.2, 36.2 et 38 du dispositif).

<sup>915</sup> Australie (M. Hill), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 11.

<sup>916</sup> *Ibid.*

<sup>917</sup> *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique (document *Position des Etats-Unis sur les droits des peuples autochtones*, communiqué de presse n° 204(07), Mission diplomatique des Etats-Unis d'Amérique aux Nations Unies, 13 septembre 2007) : « We also note that preambular paragraphs 2 and 16 as well as Article 2 were not intended to imply that the existing right of self-determination is automatically applicable to indigenous peoples per se or to indicate that indigenous peoples automatically qualify as « peoples » for purposes of common Article 1. »



refuser le droit du même nom bien établi en droit international<sup>918</sup>. Ils refusent que l'article 3 soit libellé en des termes identiques à ceux de l'article 1 commun aux deux Pactes internationaux de 1966, jugeant cette démarche « *ill advised and likely to result in confusion and disputes* ». <sup>919</sup> Compte tenu des garanties raisonnables apportées par plusieurs dispositions du texte, et notamment l'article 46.1, concernant la sauvegarde de l'intégrité territoriale des Etats, l'invocation par certains Etats du caractère menaçant du droit des peuples autochtones à l'autodétermination pour justifier leur refus de celui-ci apparaît peu convaincante.

Rappelant le caractère non obligatoire de la Déclaration, ce groupe d'Etats refuse également la possibilité qu'elle reflète le droit international coutumier. L'Australie déclare ainsi que « [s]on but en soi n'est pas d'être juridiquement contraignante ou de refléter le droit international. Dans la mesure où elle ne décrit pas la pratique actuelle des Etats ni les mesures que les Etats se considèrent comme légalement tenus de prendre, elle ne saurait être la preuve d'une évolution du droit coutumier international. »<sup>920</sup> Le caractère douteux de cette déclaration, en contradiction avec un examen approfondi de ladite pratique, est renforcé par la considération, à l'évidence sans fondement, que la Déclaration « ne peut servir de base à l'élaboration d'autres instruments internationaux, qu'ils soient contraignants ou non »<sup>921</sup>. Dans le même esprit, le Canada déclare : « [p]our être clairs, nous précisons également que nous comprenons que cette Déclaration n'est pas un instrument juridique contraignant. Il n'a aucune portée juridique au Canada et ses dispositions ne constituent pas un élément du droit international coutumier. »<sup>922</sup> S'appuyant sur ce qu'ils identifient comme les intentions des Etats au cours du processus d'élaboration<sup>923</sup>, les Etats-Unis d'Amérique considèrent que « le

---

<sup>918</sup> *Ibid.* : « *the mandate of the Working Group was to articulate a new concept, i.e. self-government within the nation-state.* »

<sup>919</sup> *Ibid.*

<sup>920</sup> Australie (M. Hill), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 12.

<sup>921</sup> *Ibid.* Cette considération semble d'ailleurs démentie un peu plus loin dans la déclaration de l'Australie (pp. 12-13) : « même si l'Australie et les autres Etats ne seront pas tenus d'appliquer la déclaration en vertu du droit international, nous savons que les Etats prendront en compte les aspirations qui y sont énoncées dans la définition des normes régissant leurs relations avec les peuples autochtones et d'après lesquelles ils seront jugés. » Transparaît ici le sentiment que les dispositions du texte vont au-delà de la *lex ferenda* et sont appelées progressivement à devenir le droit. A cet égard, les déclarations relevées ici manifestant un certain degré de contradiction avec la réalité observable reflètent en filigrane la conviction chez les Etats déclarants du changement à l'œuvre et peuvent être expliquées comme autant de tentatives des Etats de retarder ce qu'ils savent être l'inévitable.

<sup>922</sup> Canada (M. McNee), A/61/PV.107, p. 14. V. également: « Le Canada va continuer de prendre des mesures efficaces [...] pour promouvoir et protéger les droits des populations autochtones [...]. Ces actions efficaces, nous désirons être clairs, ne seraient pas entreprises en s'appuyant sur les dispositions de la Déclaration. »

<sup>923</sup> *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique : « *We can [...] provide an understanding of the intent of participating states [in these negotiations in Geneva] on the core issues* ».

document en question ne peut pas recueillir l'appui universel pour devenir un véritable document de référence. »<sup>924</sup> Ils ajoutent que « *with respect to the nature of the declaration, it was the clear intention of all States that it be an aspirational declaration with political and moral, rather than legal, force [...] It is not in itself legally binding nor reflective of international law. The United States rejects any possibility that this document is or can become customary international law* »<sup>925</sup>

Ces déclarations sont rigoureusement exactes tant qu'elles se rapportent à la nature juridique de la Résolution 61/295 comme instrument non obligatoire. Elles apparaissent en revanche discutables concernant leur déni d'un lien avec le droit international coutumier, à la lumière de l'examen entrepris dans la présente étude. Notamment, elles minimisent le poids du processus de vingt-cinq années d'activités normatives mené sous l'égide de l'O.N.U. et auquel ces Etats ont pourtant participé activement. Dans ce sens, de manière peu convaincante, la Nouvelle-Zélande suggère que le thème des droits des peuples autochtones est trop essentiel pour faire l'objet d'un instrument non contraignant et qu'il devrait au contraire engager la responsabilité des Etats<sup>926</sup>. La formule employée notamment par les Etats-Unis d'Amérique qualifiant la Déclaration de texte aspiratoire définissant un idéal à atteindre semble admettre implicitement la force politique et morale du texte. En tant que cette force exerce un effet orientant la pratique, elle est suffisante pour que la Déclaration soit admise comme élément participant du processus coutumier sans qu'il soit nécessaire que cette force revête un caractère juridique. Le sentiment d'obligation qui en résultera alors est distinct de la Déclaration elle-même. Cette force de la Déclaration se reflète notamment dans son caractère solennel et sa rédaction en termes normatifs. Il peut être utile de rappeler ici qu'il ne s'agit pas de prétendre que la Déclaration créerait par elle-même du droit positif, dans une logique comparable à celle gouvernant la création d'une coutume instantanée. Il s'agit plutôt

---

<sup>924</sup> Etats-Unis d'Amérique (M. Hagen), A/61/PV.107, p. 17.

<sup>925</sup> *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique. Le texte insiste encore : "As this declaration does not describe current State practice or actions that States feel obliged to take as a matter of legal obligation, it cannot be cited as evidence of the evolution of customary international law." V. aussi *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1987, §103, Reporters note 2: "majorities may be tempted to declare as existing law what they would like the law to be, and less weight must be given to such a resolution when it declares law in the interest of the majority and against the interest of a strongly dissenting minority." Il semble cependant que "what they would like the law to be" corresponde précisément à une manifestation de l'*opinio juris* même. En outre, le ralliement ultérieur rapide des Etats hostiles à la Déclaration indique que leurs intérêts ne sont pas réellement menacés par l'adoption du texte.

<sup>926</sup> Nouvelle-Zélande (Mme Banks), A/61/PV.107, p. 16. La déclaration se poursuit ainsi : « Nous prenons très au sérieux les affirmations figurant dans la Déclaration, et c'est pour cette raison que nous nous sentons obligés d'adopter la position qui est la nôtre. »

de valider le rôle de la Déclaration comme étape du processus coutumier, c'est-à-dire comme un élément parmi d'autres conduisant à l'accession de la norme à l'étude à la pleine normativité.

Les Etats critiquent le processus d'élaboration comme non participatif et manquant d'inclusivité, débouchant logiquement sur un texte ayant échoué à rallier un consensus général<sup>927</sup>. Replacées dans le contexte du processus d'élaboration du projet de Déclaration, de telles inquiétudes étaient cependant prévisibles, ces quatre Etats ayant nié qu'un consensus ait été atteint au sujet du texte, et notamment au sujet de l'autodétermination<sup>928</sup>. Ces positions, reflétant parfois la tentative de créer un droit spécial au bénéfice peuples autochtones en vue de leur refuser le droit du même nom bien établi en droit international, constituent des illustrations de la persistance de la vision traditionnelle ancienne du droit à l'autodétermination comme l'apanage des peuples coloniaux. La persistance de cette position chez certains Etats de plus en plus minoritaires témoigne du caractère progressif et transitionnel du processus coutumier<sup>929</sup>. Enfin, l'opposition perçue entre droits individuels et droits collectifs est parfois avancée comme justification au vote négatif en considérant que cela crée un régime spécial pour les peuples autochtones conduisant à une forme de discrimination à l'égard des citoyens non autochtones. L'Australie déclare ainsi : « L'Australie ne saurait approuver un droit permettant à un sous-groupe de la population d'opposer son veto aux décisions légitimes d'un gouvernement représentatif et

---

<sup>927</sup> Canada (M. McNee), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*) : « Nous avons également fait part de notre insatisfaction à l'égard du processus mené à Genève » (p. 13) et « Le peu de modifications proposées à la dernière minute à l'Assemblée générale et préparées par un petit nombre de délégations ne découlent pas d'un processus ouvert, intégré ni transparent, et elles omettent de porter sur les principaux points de préoccupation d'un certain nombre de délégations, dont celle du Canada » (p. 14) ; Nouvelle-Zélande (Mme Banks), A/61/PV/107, p. 16 : « Pour ne laisser place à aucun doute, nous tenons à noter que nous sommes convaincus que la façon dont la Déclaration a été négociée et les divisions qui ont précédé son adoption, indiquent que le texte [...] n'énonce[...] pas des propositions qui reflètent la pratique des Etats ». Etats-Unis d'Amérique (M. Hagen), A/61/PV.107, p. 16, *inter alia* : « Il est décevant de constater que le Conseil des droits de l'homme n'a pas répondu aux appels que nous avons lancés [...] pour que les Etats continuent à œuvrer en faveur d'un texte qui ferait l'objet d'un consensus. Cette Déclaration a été adoptée par le Conseil des droits de l'homme au cours d'un vote divisé » et qualifiant la Déclaration de « document vicié ».

<sup>928</sup> Ils ont d'ailleurs exprimé leur regret à ce propos.

<sup>929</sup> Comme le montrera l'examen de la période postérieure à l'adoption de la Déclaration (titre suivant), ces quatre Etats ayant exprimé leur opposition lors du vote changeront de position et se rallieront explicitement à la Déclaration quelques années plus tard. Ils seront rejoints en cela par quelques Etats s'étant abstenus lors du vote. Ainsi, au terme de ces ralliements, il n'existe plus d'opposition réelle et cristallisée aux dispositions de la Déclaration et la situation s'assimile en cela à un consensus réel. Bien que la mention de ces développements manifeste une anticipation de la période ultérieure et à ce titre ne relève pas de la période couverte par le présent titre, le changement radical qu'ils opèrent sur l'appréciation du consensus de la société internationale vis-à-vis de la Déclaration autorise leur prise en compte pour l'interprétation des explications de vote des quatre Etats opposés.

démocratique. »<sup>930</sup> La Nouvelle-Zélande déclare que certains articles de la Déclaration « laissent supposer qu'il existe différentes classes de citoyenneté, et que les peuples autochtones ont un droit de veto dont les autres groupes ou individus ne disposent pas. »<sup>931</sup>

Ces déclarations sont cependant plus ambiguës qu'elles peuvent le sembler *a priori*. En effet, les explications de vote des quatre Etats ayant voté contre suggèrent par certains aspects l'acceptation, dans un certain degré, de l'évolution du cadre juridique en matière de droits des peuples autochtones, au-delà du texte de la Déclaration lui-même. Notamment, tout en refusant le terme d'autodétermination, certains Etats en acceptent explicitement les principes constitutifs : « le Gouvernement australien approuve et encourage la participation libre et entière des peuples autochtones à la prise de décisions démocratiques dans leur pays, mais il rejette tout principe pouvant être interprété comme encourageant un acte ayant pour effet d'amoinrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale et politique d'un Etat administré par un gouvernement représentatif et démocratique. »<sup>932</sup> De cette manière, les Etats manifestent leur consentement à une norme émergente dans son principe tout en réservant leur position sur son appellation et sa portée exactes.

L'opposition de ces Etats ne porte pas ainsi tant sur le principe du droit à l'autodétermination que sur une étiquette ou sur d'autres dispositions du texte, en témoignent l'absence de l'article 3 sur l'autodétermination de la liste d'articles posant problème à la Nouvelle-Zélande ou encore l'acceptation par les Etats-Unis d'Amérique du terme « autodétermination ». D'une part cet Etat accepte le terme d' « autodétermination » dans son ordre interne et d'autre part il considère que *“the clear intent of the States in the Working Group was to develop aspirational principles dealing with the concept of self-government within the framework of the nation-state”*. Considérant le second élément comme la définition du premier, il refuse néanmoins de lier cette notion au droit du même nom existant en droit international, estimant que la formulation de l'article 3 en des termes identiques à ceux de l'article 1 commun aux deux Pactes internationaux de 1966 prête à confusion. Il apparaît cependant naïf de considérer que cette « confusion » entre deux notions prétendument distinctes mais portant le même nom relève du hasard et ait pu perdurer si longtemps au sein

---

<sup>930</sup> Australie (M. Hill), A/61/PV.107, p. 12.

<sup>931</sup> Nouvelle-Zélande (Mme Banks), A/61/PV.107, p. 14.

<sup>932</sup> Australie (M. Hill), A/61/PV.107, p. 11. V. aussi la section sur l'autodétermination in *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique, qui articule l'exercice interne de l'autodétermination tout en semblant opérer une distinction ambiguë entre cette notion et le droit à l'autodétermination en droit international.

des travaux préparatoires sans refléter une quelconque volonté de la part des participants. Compte tenu de l'emploi non-équivoque du terme « autodétermination » dès la première session du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1982 et de son identification sans ambiguïté avec le droit du même nom bien établi en droit international, il semble que l'emploi de ce terme dans la Déclaration, loin de relever d'une confusion hasardeuse et maladroite, traduit au contraire la volonté délibérée de ses auteurs de consacrer ce droit au bénéfice des peuples autochtones. Du reste, l'examen des travaux préparatoires indique que le doute n'est pas permis quant à la nature du droit couvert par le terme « autodétermination » dans le contexte des peuples autochtones. Autrement, il serait en effet difficile d'expliquer la résistance d'un certain nombre d'Etats à l'inclusion du terme dans le texte lors de la période initiale des travaux, puis, dans un second temps, des efforts de ces mêmes Etats – y compris les Etats-Unis d'Amérique – d'en réduire la portée au maximum une fois acquis le principe de l'inclusion du terme dans le texte. Il est donc raisonnable de voir dans les oppositions des quatre Etats non un refus de reconnaître le droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans son principe, mais plutôt une crainte d'interprétations de ce droit remettant en cause leur intégrité territoriale. Jugeant insuffisantes les garanties apportées par le texte, ces Etats considèrent qu'un cadre aussi peu défini revient à ouvrir une boîte de Pandore incitant à la sécession. Les garanties apportées par le texte, le processus de son élaboration et le contexte de son adoption donnent la mesure du caractère irréaliste, ou du moins excessif, d'un tel point de vue.

Symptôme d'un certain sentiment de droit ou du moins de la nécessité de s'expliquer, ces quatre Etats cherchent à s'attribuer une image vertueuse en affichant leur soutien au principe d'une Déclaration et en rappelant, à juste titre, leur rôle actif et leur implication sans réserve dans le processus d'élaboration du projet de Déclaration<sup>933</sup>. Ils font également état de leurs comportements internes, affirmant adhérer à la plupart des dispositions de la Déclaration

---

<sup>933</sup> Etats-Unis d'Amérique (M. Hagen), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 16 : « Nous avons œuvré avec acharnement pendant 11 ans à Genève pour parvenir à un consensus sur cette Déclaration » et le document distinct intitulé *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones* : « *The United States was an active participant throughout the long history of the negotiations to draft a declaration on the rights of indigenous peoples* » ; Australie (M. Hill), A/61/PV.107, p. 11 : « L'Australie a beaucoup investi pour qu'une déclaration judicieuse soit adoptée » ; Canada (M. McNee), A/61/PV.107, p. 13 : « Le Canada propose depuis longtemps que soit rédigé un texte fort et efficace » ; Nouvelle-Zélande (Mme Banks), A/61/PV.107, p. 14 : « La Nouvelle-Zélande est l'un des rares pays à avoir appuyé dès le début l'élaboration d'une déclaration qui promeuve et protège les droits des populations autochtones ».

et les appliquer dans leur droit interne<sup>934</sup>. Ils affirment en outre leur attachement à la protection et à la promotion des droits des peuples autochtones<sup>935</sup>. De fait, ces quatre Etats comptent parmi les plus avancés de la planète en matière de droits des peuples autochtones, ce qui fait contraster d'autant plus leur pratique interne avec leur prises de position lors du vote. En outre, bien que ce groupe d'Etats ait exprimé son insatisfaction vis-à-vis de la manière dont le texte a été élaboré et arrêté, il semble que les conséquences de ce processus soient néanmoins acceptées, comme le suggère la déclaration du représentant des Etats-Unis d'Amérique concernant l'adoption du texte par le Conseil des droits de l'homme : « [c]'est là un processus malheureux et singulier dans tout processus de négociations multilatérales, qui établit un précédent malencontreux eu égard à la pratique des Nations Unies. »<sup>936</sup> L'emploi du terme « précédent malencontreux » implique la reconnaissance des effets de celui-ci sur la pratique des Nations Unies et de l'engagement des Etats qui en résulte. Enfin, le ralliement ultérieur de ces quatre Etats à la Déclaration quelques années plus tard<sup>937</sup> conduit à relativiser l'importance et la réalité des inquiétudes, des contradictions et des conflits juridiques qu'ils avancent afin de justifier leur vote. Ces développements à venir imposeront une forte relativisation de la portée de ces oppositions, voire pour la plupart leur disparition pure et simple.

L'inégalité de la nature et de l'intensité des oppositions entre les quatre Etats empêche d'aborder ce groupe comme un ensemble cohérent et suggère que la logique gouvernant ces prises de position s'apparente davantage à un motif de solidarité diplomatique entre quatre Etats occidentaux et anglo-saxons ayant par ailleurs des intérêts similaires. Il s'est agi pour ces Etats de rallier un nombre minimum de votes afin d'éviter un isolement total. Ce jeu de solidarité diplomatique sans grand rapport avec le principe de la Déclaration en jeu apparaît d'autant plus évident lorsque la composition de ce groupe est comparée à celle du groupe des Etats abstentionnistes en termes d'intérêts. En effet, compte tenu de leurs puissances, stabilités et situations internes respectives, les Etats abstentionnistes semblaient plus fondés

---

<sup>934</sup> Canada (M. McNee), A/61/PV.107, p. 13: "Le Canada met en œuvre un programme de développement..." et « Le Canada est fier que les droits des peuples autochtones et les droits issus de traités soient clairement reconnus et protégés par sa constitution » ; Nouvelle-Zélande (Mme Banks), A/61/PV.107, p. 14 : « En Nouvelle-Zélande, les droits autochtones [...] font partie intégrante de notre identité en tant qu'Etat-nation et en tant que peuple » *inter alia*.

<sup>935</sup> Etats-Unis d'Amérique (M. Hagen), A/61/PV.107, p. 16 : « mon gouvernement continuera de déployer de vigoureux efforts en faveur de la promotion au niveau national des droits des peuples autochtones » ; Canada (M. McNee), A/61/PV.107, p. 14 : « le Canada va continuer de prendre des mesures efficaces, sur son territoire comme à l'étranger, pour promouvoir et protéger les droits des populations autochtones ».

<sup>936</sup> Etats-Unis d'Amérique (M. Hagen), A/61/PV.107, p. 16.

<sup>937</sup> V. pp. 492-506 *infra*.

que les Etats opposés à craindre les effets de l'adoption de la Déclaration sur leur stabilité, leur unité politique et leur intégrité territoriale.

Au groupe des onze Etats s'étant abstenus lors du vote s'attache une abstention nuancée, en témoigne la comparaison de ces abstentions avec les positions de certains de ces mêmes Etats lors de la session du Conseil des droits de l'homme de juin 2006<sup>938</sup> et lors du vote sur la proposition d'amendement présentée à la Troisième Commission en novembre 2006<sup>939</sup>. La Fédération de Russie, qui était l'un des deux seuls Etats à avoir voté contre l'adoption du projet de Déclaration en juin 2006 et avait soutenu en novembre 2006 la proposition visant à prolonger les consultations, s'est en revanche abstenue lors du vote de septembre 2007. Ce changement de position peut s'expliquer par les garanties supplémentaires ajoutées entretemps à l'article 46.1. Dans ce groupe abstentionniste qui manque singulièrement d'unité et de cohérence en termes de profil des Etats, la Fédération de Russie constitue une puissance géopolitique importante, un Etat particulièrement intéressé abritant une grande diversité de peuples autochtones et un acteur relativement actif lors du processus d'élaboration du projet de Déclaration. Son choix de l'abstention plutôt que du vote négatif est indicatif du ralliement progressif des Etats et ajoute un acteur majeur dans le consensus en développement. Les autres Etats abstentionnistes n'ont pas tous le même intérêt en termes de peuples autochtones. Alors qu'il avait voté en faveur de l'adoption du projet de Déclaration en juin 2006 et s'était abstenu lors du vote de novembre 2006 sur la proposition de consultations supplémentaires, l'Azerbaïdjan s'abstient lors du vote de septembre 2007. L'absence de déclaration ou d'explication de vote de sa part fait que les raisons d'un tel changement de position demeurent relativement obscures.

La totalité des autres Etats abstentionnistes qui avaient été présents lors de la séance du Conseil des droits de l'homme en juin 2006 s'étaient alors également abstenus du vote, invoquant notamment le manque de consensus et de protection du principe d'intégrité territoriale. Il s'agit du Bangladesh, de l'Ukraine et du Nigéria. Les deux premiers s'étaient abstenus lors du vote de novembre 2006 alors que le dernier avait voté pour la proposition de prolongation des consultations. Les abstentions répétées entre le vote de novembre 2006 et

---

<sup>938</sup> *Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, 29 juin 2006, Conseil des droits de l'homme, première session, A/HRC/1/SR.21 (*doc. cit.*, v. note 528 *supra*), §40 p. 8. V. tableau de l'évolution des positions des Etats, Annexe 3, *infra*.

<sup>939</sup> *Compte-rendu analytique de la 53<sup>e</sup> séance*, Troisième Commission, 28 novembre 2006, A/C.3/61/SR.53 (*doc. cit.*, v. note 545 *supra*), §46 pp. 8-9.

celui de septembre 2007 indiquent, selon toute probabilité, que les Etats concernés avaient des réserves quant au texte mais ne croyaient pas en la possibilité d'atteindre un texte satisfaisant leurs intérêts au moyen d'une prolongation des consultations, alors que l'évolution d'un vote pour vers l'abstention tendrait à indiquer une déception vis-à-vis des résultats des consultations supplémentaires. Ces Etats espéraient que les consultations supplémentaires pourraient rapprocher le texte de leurs intérêts nationaux, mais les votes de novembre 2006 montrent que la majorité des Etats étaient prêts à adopter le texte en l'état. Ils ne faisaient que céder à la demande d'un groupe plus restreint en vue d'élargir le consensus mais sans considérer eux-mêmes ces consultations supplémentaires comme nécessaires, ni la réouverture du texte comme désirable<sup>940</sup>. Le groupe des abstentionnistes contient ainsi à la fois des Etats déçus par le texte – en particulier touchant à l'autodétermination – et par les résultats du processus d'élaboration, ainsi que des Etats ayant abandonné partiellement leur hostilité initiale au projet de Déclaration. Parmi les Etats abstentionnistes en septembre 2007 mais non présents lors du vote du Conseil des droits de l'homme de juin 2006, le Bhoutan et la Géorgie se sont abstenus lors du vote de novembre 2006 alors que le Burundi, la Colombie, le Kenya et les Samoa ont voté pour la proposition de prolongation des consultations. Ici encore, le soutien à une prolongation des consultations sur le texte semble avoir été dicté par une insatisfaction sur un consensus jugé absent ainsi que par des inquiétudes vis-à-vis d'une protection jugée insuffisante du principe d'intégrité territoriale.

L'examen des déclarations formulées par les Etats abstentionnistes au titre des explications de vote permet de caractériser davantage la signification de l'abstention dans le cas d'espèce. Premièrement, ces Etats déclarent soutenir le principe de la Déclaration et œuvrer en ce sens<sup>941</sup>, ce qui indique que les réserves traduites par l'abstention se limitent généralement à certaines dispositions particulières du texte. Notamment, le droit à l'autodétermination semble généralement accepté par les Etats abstentionnistes dans son principe, et les réserves visent spécifiquement certaines ambiguïtés ayant une incidence sur

---

<sup>940</sup> V. déclaration de l'Equateur en ce sens, A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 10.

<sup>941</sup> Fédération de Russie (M. Rogachev), A/61/PV.107, p. 17 : « Depuis le début, nous avons œuvré de façon responsable à la mise au point d'un' déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones » ; Colombie (M. Montoya), A/61/PV.107, p. 18 : « Eu égard à la Constitution de 1991, la Colombie a été célébrée comme l'un des pays les plus à l'avant-garde de la reconnaissance des droits collectifs des peuples autochtones » suivi d'une longue description des mesures internes pertinentes, entre autres en matière de concertation ; Bangladesh (M. Ahmed), A/61/PV.107, p. 24 : « Le Bangladesh appuie sans réserve les droits de tout groupe désavantagé » ; Nigéria (M. Akindele), A/61/PV.108, p. 6 : « La délégation nigériane se félicite des aspects larges couverts par la Déclaration, qui vont dans le même sens que la Constitution du Nigéria »



l'exercice du droit à l'autodétermination<sup>942</sup> ou encore les garanties apportées – ou en l'occurrence jugées trop faibles – en vue de cantonner l'exercice de ce droit à sa dimension interne<sup>943</sup>. Deuxièmement, certains Etats soulignent la carence de consensus et le caractère non démocratique des travaux préparatoires<sup>944</sup>. Néanmoins, il faut rappeler que le principe de l'abstention répond précisément au choix de ne pas exprimer des réserves pourtant réelles afin de ne pas faire obstacle au consensus naissant. Ce qui apparaît ici assimilable à une forme de consentement tacite est précisément ce qui distingue l'abstention du vote négatif. Troisièmement, le lien entre la Déclaration et le droit international coutumier est parfois écarté<sup>945</sup>, mais cette position apparaît entachée de contradiction. En effet, tout en rejetant la possibilité que la Déclaration reflète le droit international coutumier, la Colombie se sent contrainte de s'abstenir parce que « certains aspects de la Déclaration contredisent manifestement l'ordre juridique interne colombien »<sup>946</sup>. Cette contradiction offre un exemple remarquable d'une manifestation du sentiment de droit, car elle traduit la conviction de l'Etat que certaines dispositions de la Déclaration sont susceptibles de passer progressivement dans le droit international coutumier ou d'acquérir un effet contraignant à son égard. L'incompatibilité invoquée concerne notamment le droit à la consultation préalable. Ce sentiment de droit semble également transparaître des déclarations du Nigéria. En qualifiant l'adoption de la Déclaration d'« historique »<sup>947</sup>, cet Etat pourtant abstentionniste reconnaît l'étape qu'elle constitue dans le processus coutumier. Ainsi, de manière générale, les Etats abstentionnistes n'opposent que des réserves limitées qui témoignent plus de la transition à

<sup>942</sup> Bangladesh (M. Ahmed), A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 24 : « la Déclaration [...] présente [...] quelques ambiguïtés, en particulier le fait que les peuples autochtones n'ont pas été clairement définis ou identifiés en tant que tels ».

<sup>943</sup> Fédération de Russie (M. Rogachev), A/61/PV.107, p. 17 : « Nous notons avec satisfaction qu'à la dernière minute, des dispositions relatives à la volonté de ne pas ébranler l'intégrité et l'unité politique des Etats souverains et indépendants ont été ajoutées à la déclaration. Cela étant, de notre point de vue, cet amendement et d'autres jugés utiles ne suffisent pas à eux seuls à faire de la déclaration un document véritablement équilibré » ; Nigéria (M. Akindele), A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 6 : « plusieurs préoccupations, importantes pour les intérêts de mon pays, n'ont pas été traitées de manière satisfaisante. Il s'agit par exemple des questions d'intégrité territoriale, d'autodétermination – articles 3 et 4 ».

<sup>944</sup> Fédération de Russie (M. Rogachev), A/61/PV.107, p. 17 : « il est manifeste que le texte ne recueille pas un consensus », niant qu'il puisse ainsi faire autorité, qualifiant également la méthode de travail de non transparente et exclusive et espérant « que la manière avec laquelle la déclaration sera adoptée ne constituera pas un précédent négatif pour les activités de l'Assemblée générale ou les travaux menés par l'ONU dans le but d'élaborer de nouvelles normes et critères » (au passage, l'évocation des activités normatives suggère une reconnaissance que la Déclaration est destinée à revêtir un certain degré d'autorité) ; Colombie (M. Montoya), A/61/PV.107, p. 19 : « Malheureusement, le dernier cycle de consultations qui s'est tenu à l'Assemblée a été marqué par un manque de transparence, de volonté de négociation et d'ouverture, ce qui a empêché de parvenir à un consensus » ; Bangladesh (M. Ahmed), A/61/PV.107, p. 24 : « Nous avons [...] espéré que cette Déclaration politique recueillerait le consensus des Etats membres, mais hélas, cela n'a pas été le cas ».

<sup>945</sup> Colombie (M. Montoya), A/61/PV.107, p. 19 : « cette Déclaration ne constitue [pas] une preuve de l'existence de dispositions [...] coutumières contraignantes pour la Colombie ».

<sup>946</sup> *Ibid.*

<sup>947</sup> M. Akindele, A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 6.

l'œuvre – leurs réserves vont dans un sens déclinant – que d'un réel obstacle à la cristallisation de la norme émergente. Un certain sentiment de droit est également décelable.

Le troisième groupe d'Etats aux positions minoritaires est le groupe des 34 Etats absents, dont il a déjà été vu que quatre d'entre eux se rattachent indirectement au groupe des Etats soutenant l'adoption de la Déclaration. Ne s'étant exprimés sur la Déclaration ni en votant ni en adressant de déclaration à l'Assemblée générale, ces 30 Etats<sup>948</sup> n'ont pas fait usage de leur faculté d'influer sur le vote. Dans la mesure où l'agenda des séances de l'Assemblée générale est transparent et connu à l'avance, l'absence de ces Etats ne saurait s'interpréter comme fortuite, en termes d'accident, d'empêchement ou d'ignorance. Il s'agit plutôt d'une absence délibérée dont la décision a été prise en pleine connaissance du programme de travail de l'Assemblée générale lors des deux séances du 13 septembre 2007. Loin d'être due au hasard, cette absence est porteuse d'une signification. De fait, les Etats absents sont majoritairement des Etats n'ayant pas de peuples autochtones sur leur territoire et par conséquent ne portant qu'un intérêt limité au sujet. Il faut rappeler qu'il n'est pas nécessaire que la totalité des Etats prennent position dans le cadre d'un processus coutumier consacrant l'émergence d'une règle coutumière générale. Ce sont généralement les Etats particulièrement intéressés qui ont logiquement tendance à s'exprimer le plus sur la norme émergente, ce que confirme le cas d'espèce<sup>949</sup>. Certains absents ont cependant un intérêt au sujet. Alors qu'il s'était abstenu lors du vote de juin 2006 et avait voté pour la prolongation des consultations en novembre 2006, le Maroc est absent. Compte tenu de ses réserves exprimées à plusieurs reprises lors du processus d'élaboration du projet de Déclaration, cet Etat a joué finalement un rôle négligeable dans l'épisode d'adoption de la Déclaration, ce qui réduit un peu plus encore les obstacles au processus coutumier même s'il est difficile d'interpréter son absence comme une forme d'acquiescement implicite.

---

<sup>948</sup> Les 34 Etats dont l'absence est formellement enregistrées lors du vote sont les suivants : Côte d'Ivoire, Guinée équatoriale, Erythrée, Ethiopie, Fidji, Gambie, Grenade, Guinée-Bissau, Israël, Kirghizstan, Kiribati, Maroc, Îles Marshall, Mauritanie, Monténégro, Nauru, Ouganda, Ouzbékistan, Palau, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Roumanie, Rwanda, Saint-Kitts-et-Nevis, Îles Salomon, Sao-Tomé-Et-Principe, Seychelles, Somalie, Tadjikistan, Tchad, Togo, Tonga, Turkménistan, Tuvalu et Vanuatu. Pour les raisons expliquées précédemment (v. p. 376 *supra*), Fidji, le Monténégro (présent lors du vote mais ne semble pas avoir pu voter pour des raisons techniques), Nauru et la Roumanie peuvent être comptées parmi les soutiens à la Déclaration.

<sup>949</sup> Pour comparaison avec un autre domaine du droit international, les normes relatives au droit de la mer ont été mises en place essentiellement par des Etats possédant un littoral, mais le régime ainsi constitué est opposable à tous les Etats de la planète.

Dans le cadre du processus coutumier, il est important à ce stade d'examiner deux aspects tenant aux groupes de vote minoritaires. D'une part, il s'agit de savoir s'il est possible de parler d'un consentement tacite ou implicite de la part des abstentionnistes et des absents. Deuxièmement, il s'agit de savoir si les Etats opposés et les abstentionnistes sont éligibles au statut d'objecteur persistant et si tel est le cas, quelle incidence cela a sur le processus coutumier.

Le premier aspect supposerait, le cas échéant, que les Etats en cause, en s'abstenant de participer et de réagir au vote, auraient en quelque sorte manifesté leur approbation tacite aux dispositions de la Déclaration et notamment à la norme faisant l'objet du processus coutumier à l'étude. De fait, la doctrine tend de plus en plus à investir les abstentions d'une signification positive<sup>950</sup>. Le recours à la notion de volonté étant exclu dans ce cas, il est en revanche tentant de voir dans une abstention ou dans une absence la manifestation implicite du consentement des Etats en cause en raison du caractère délibéré de ces deux comportements. Ceux-ci seraient assimilables au silence de l'Etat qui s'abstient de réagir dans le contexte d'un processus coutumier situé en dehors du cadre institutionnel<sup>951</sup>. Les contradictions révélées par l'examen des explications de vote des Etats absents et abstentionnistes entre d'une part leurs réserves et d'autre part le sentiment diffus que la Déclaration représente une étape du processus coutumier, répondent à la qualification du consentement appréhendé comme une acceptation à contrecœur faute de choix réel<sup>952</sup>. A cet égard, à la fois l'abstention et l'absence répondent aux manifestations d'un consentement ainsi caractérisé, car il ressort de ces deux groupes d'Etats une intention de ne pas aller contre l'« esprit du temps » matérialisé par la majorité ou le consensus naissant. Par conséquent, dans la proportion où ils se trouvent dans le cas d'espèce, absents et abstentionnistes ne sont pas susceptibles de constituer un obstacle à la consolidation de l'*opinio juris* ni de la pratique. Il faut ici rappeler que la totalité des Etats ayant fourni une explication de vote ont déclaré soutenir la cause des droits des peuples autochtones et ont pour la plupart une pratique interne en ce sens, ce qui achève d'éliminer tout obstacle potentiel de la part des abstentionnistes.

---

<sup>950</sup> Gérard CAHIN, *op. cit.*, 2001 (v. note 71 *supra*), p. 400.

<sup>951</sup> Iain C. MACGIBBON, *op. cit.*, 1954 (v. note 256 *supra*), p. 143, définissant l'acquiescement comme « *silence or absence of protest in circumstances which generally call for a positive reaction signifying an objection* ».

<sup>952</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 303 « « vouloir bien », « se résigner » n'est pas vouloir » ; *op. cit.*, 1992 (v. note 267 *supra*), p. 45 et plus clairement p. 46 : « *No State or group of States can impose its views, none is fully satisfied, but all resign themselves. They do not will: Rather, they consent.* » Ce consentement implique que la conviction ou sentiment de droit ne s'identifie pas avec la volonté.

Le deuxième aspect concerne la question de savoir si les Etats abstentionnistes et ceux ayant exprimé un vote négatif sont éligibles au statut d'objecteur persistant et, si tel est le cas, quelle en est l'incidence sur le processus coutumier. La place de la notion d'objecteur persistant dans la doctrine est controversée. La controverse sur la pertinence même de la notion d'objecteur persistant, tout comme sur la doctrine des deux éléments, et sur leur capacité à rendre compte fidèlement de certains aspects du processus coutumier, ne fait pas l'objet de la présente étude<sup>953</sup>. Sans s'immiscer dans cette controverse, il s'agit cependant de prendre acte des limites et faiblesses de ces explications et d'en tenir pleinement compte dans la présente démarche d'administration de la preuve. Une application rigide et aveugle de ces doctrines serait en effet source de déformations et d'aberrations. Sans trahir la nature et la légitimité de la coutume comme source du droit international, son application n'en reste pas moins souple, informelle et contextuelle.

Si le consentement ou l'acquiescement peut être présumé, ce n'est en revanche pas le cas de l'objection. Il est généralement admis que pour être éligible au statut d'objecteur persistant, un Etat doit s'opposer explicitement et souvent de manière répétée à l'opposabilité de la règle naissante à son égard à un stade précoce de sa formation<sup>954</sup>. Cette opposition, qui ne peut se présumer, doit être répétée le cas échéant. Dans le cas d'espèce, la tentation pourrait être grande de considérer les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif comme des objecteurs persistants en raison à la fois du caractère explicite du vote et des déclarations

---

<sup>953</sup> Outre les références précitées sur le sujet, v. David J. BEDERMAN, "Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, tome 21, n° 31, 2010, pp. 31-45 ; *Custom as a Source of Law*, New-York, Cambridge University Press, 2010, 282 p. ; Sir Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958, pp. 374-380 ; Iain C. MACGIBBON, *op. cit.*, 1957 (v. note 267 *supra*), p. 134 ; "Estoppel in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, tome 7, n° 3, juillet 1958, pp. 468-513 ; Olufemi ELIAS, "Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law", *The Denning Law Journal*, tome 6, n° 1, 1991, p. 37 (s'appuyant notamment sur les écrits de Ian BROWNLEE) ; Patrick DUMBERRY, "Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, tome 59, juillet 2010, pp. 779-802 ; Joel P. TRACHTMAN, "Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, tome 21, 2010, pp. 221-233.

<sup>954</sup> Si la C.I.J. a pu adopter un raisonnement différent concernant des cas de coutume régionale, il ne fait pas de doute que l'objecteur persistant à l'émergence d'une coutume générale doit formuler expressément ses objections. Celles-ci ne sauraient prendre la forme de silences ou d'abstentions. V. sur ce point David J. BEDERMAN, *op. cit.*, 2010 (v. note 953 *supra*), pp. 32-33 et C.I.J., *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266. La Cour a d'ailleurs confirmé cette présomption générale assimilant le silence à l'acquiescement y compris dans des cas de coutume spéciale ou bilatérale : *Affaire des pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt, 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116 ; *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (France c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, pp. 199-200 ; *Affaire du droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), fond, arrêt, 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6 ; David J. BEDERMAN, *op. cit.*, 2010 (v. note 953 *supra*), p. 34.

faites par ces Etats au titre des explications de vote. En effet, ces déclarations, dont certaines pouvaient être prévisibles eu égard à l'attitude de leurs Etats auteurs durant le processus d'élaboration, ne répudient-elles pas expressément la possibilité d'un lien entre les dispositions de la Déclarations et le droit international coutumier ? Ce refus ayant été aussi formulé par un certain nombre d'Etats abstentionnistes, la question s'étend à eux également, bien que leur abstention appelle davantage la présomption d'une forme d'assentiment ou d'acquiescement tacite ou implicite. Ce qui pourrait sembler évident à première vue se heurte cependant à plusieurs obstacles dans le déroulement du processus coutumier à l'étude. L'opposition apparente de ces Etats est en effet contredite par d'autres comportements de leur part dans le cadre du processus coutumier, tant de manière diachronique que de manière synchronique.

Au plan diachronique, il a été établi que la totalité des Etats concernés ont un comportement interne en faveur des droits des peuples autochtones et dont la continuité puise parfois ses racines dans un passé lointain. Ces Etats, en particulier les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif, ont une attitude plutôt positive ou conciliante vis-à-vis du droit à l'autodétermination. Si certains ont des réserves quant à l'emploi du terme, les pratiques internes montrent que ces Etats en font bien application à l'égard de leurs peuples autochtones. Le caractère progressiste de leurs comportements internes relativement à l'ensemble des Etats suggère qu'il ne s'agit pas ici d'un problème de définition des notions de « peuple autochtone » ou d' « autodétermination ». Par ailleurs, une majorité des Etats concernés a joué un rôle actif voire moteur dans le processus d'élaboration du projet de Déclaration. Ils ont maintes fois réitéré leur soutien au principe de la Déclaration, voire au droit des peuples autochtones à l'autodétermination lui-même. De telles déclarations ne peuvent être interprétées qu'au bénéfice du principe de bonne foi des Etats dans les relations internationales. L'écart entre les positions réservées exprimées par certains Etats dans l'enceinte de l'Assemblée générale et les pratiques internes progressives de ces mêmes Etats est favorisé par la logique du cadre multilatéral de négociations. Les négociations multilatérales et bilatérales dans le cadre du Groupe des soixante-dix-sept illustrent cette incidence institutionnelle : alors que le cadre bilatéral favorise le pragmatisme des discussions et des accords, le cadre multilatéral favorise en revanche l'abstraction. Pour des raisons tactiques évidentes, les peuples autochtones ont précisément cherché à utiliser le cadre multilatéral de l'O.N.U. qui occulte le rapport de forces réel et le remplace par une pression moralisatrice publicisée en matière de droits de l'homme. Preuve du succès de la pression, les

quatre Etats ayant exprimé un vote négatif ont revu leur position seulement quelques années plus tard. Ainsi, en dépit de déclarations suggérant le contraire<sup>955</sup>, les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif ont joué un rôle constructif essentiel dans l'avancement du droit des peuples autochtones à l'autodétermination au cours des travaux d'élaboration du projet de Déclaration, et n'ont brandi occasionnellement leurs réserves qu'à la manière d'une menace en vue d'influer sur le contenu – non sur le principe – de cette norme. Le revirement d'un comportement positif cohérent durant la phase de maturation du processus coutumier à l'occasion du processus d'élaboration de la Déclaration vers la formulation d'une position réservée lors de l'adoption finale du texte semble peu susceptible d'affecter le processus coutumier. En effet, même si elles étaient annoncées, ces positions réservées interviennent à un stade tardif du processus coutumier, au moment où la norme à l'étude est en train d'achever son passage vers la *lex lata*.

Au plan synchronique, ces Etats ont tous réaffirmé leur soutien au principe de la Déclaration le jour du vote. Certains, à l'image du Nigéria, ont même semblé accepter le rôle de la Déclaration dans le processus coutumier<sup>956</sup>. L'opposition déclarée de l'Australie à l'inclusion du terme « autodétermination » dans le texte est contredite par son acceptation progressiste du terme au cours du processus d'élaboration<sup>957</sup>. Cette contradiction conduit pour le moins à brouiller le message et à diminuer d'autant l'opposition exprimée, qui ne semble

---

<sup>955</sup> *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique, section portant sur la nature de la Déclaration : « *We have continually expressed our rejection of fundamental parts of the former Subcommission text* ». Les Etats-Unis d'Amérique ont cependant déclaré à plusieurs reprises soutenir le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, bien qu'en essayant, de manière peu cohérente et convaincante, de former une distinction entre ce droit et le droit général des peuples à l'autodétermination reconnu en droit international.

<sup>956</sup> V. note 947 *supra*.

<sup>957</sup> Comparer notamment les documents A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 11 : « Le Gouvernement australien se déclare depuis longtemps mécontent des mentions de l'autodétermination qui figurent dans la Déclaration » et *Self-Determination – The Australian Position*, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.2 (30 novembre 1995), §12 p. 5 : « *The content of the right of self-determination for indigenous peoples is consistent with the approach outlined in paragraph 14 [...] In Australia, governments have in recent times clearly applied self-determination to our indigenous peoples in a far wider sense than simple participation in national affairs.* » De même, le refus des Etats-Unis d'Amérique se heurte à sa reconnaissance expresse du terme « autodétermination » au plan interne ainsi qu'à ses déclarations antérieures au sein du processus d'élaboration du projet de Déclaration. Indice révélateur de la position autrement progressive de cet Etat, l'observation du délégué américain lors de la Conférence de Berlin de 1885, avant même l'émergence du principe d'autodétermination : « *Modern international law follows closely a line which leads to the recognition of the right of native tribes to dispose freely of themselves and of their hereditary territory* » (protocole du 31 janvier 1885, Pavl Paper C4361, p. 209 ; Lassa F. L. OPPENHEIM (dir.), *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, Cambridge University Press, 1914, p. 140). La clarté de cette position précoce vide de toute crédibilité la tentative contemporaine des Etats-Unis d'Amérique d'établir un double standard. V. la condamnation générale du Rapporteur spécial de ces tentatives qu'il oppose au consensus général à l'égard du droit des peuples à l'autodétermination, qu'il soit consacré par la Déclaration ou par le droit international général : *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, S. James Anaya, Assemblée générale, 68<sup>e</sup> session, 14 août 2013, A/68/317, §§73-77 pp. 20-21.

pas viser expressément le droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans son principe. Les oppositions formulées à cet égard portent davantage sur la portée exacte de ce droit. Les explications de vote de ces Etats, qui ressemblent fort à des justifications, suggèrent la présence d'une conviction ou d'un sentiment chez ces Etats que les dispositions de la Déclaration, *a fortiori* la norme coutumière émergente qui en constitue la disposition centrale, excèdent la *lex ferenda* sans que leur statut mouvant soit définitivement clarifié. L'opposition ainsi exprimée ne remplit pas les critères habituels de constance et de cohérence pour que leurs auteurs puissent jouir du statut d'objecteur persistant. Quand bien même objecteur persistant il y aurait, cela ne pourrait concerner que le groupe d'Etats ayant exprimé un vote négatif. En effet, l'abstention, qui plus est assortie de déclarations ambiguës et contradictoires, apparaît comme un facteur d'exclusion en l'espèce dans la mesure où l'objection ne saurait se présumer. Quant aux effets de la présence éventuelle d'objecteurs persistants sur le processus coutumier, il est généralement reconnu qu'ils ne sont pas en mesure d'empêcher l'émergence de la nouvelle règle. Leur capacité se limite à prévenir son opposabilité à leur égard<sup>958</sup>.

Il faut ainsi conclure que le manque de cohérence du vote des Etats avec leurs comportements internes et parfois avec leur rôle actif au sein du processus d'élaboration, le caractère tardif, contradictoire et insuffisamment ferme de leurs réserves, la sincérité discutable de celles-ci ainsi que les ralliements ultérieurs de certains d'entre eux<sup>959</sup> à la Déclaration empêchent de valider l'existence d'objecteurs persistants au lendemain du vote à

---

<sup>958</sup> A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 266 *supra*), section II.C.15, commentaire (c), p. 28 : la règle de l'objecteur persistant "*respects States' sovereignty and protects them from having new law imposed on them against their will by a majority; but at the same time, if the support for the new rule is sufficiently widespread, the convoy of the law's progressive development can move forward without having to wait for the slowest vessel*" ; James ANAYA et Siegfried WIESSNER, *op. cit.*, 2007 (v. note 854 *supra*): "*the negative vote by four governments, even though they have a significant number of indigenous peoples living in their midst, does not necessarily invalidate the claims to the customary international law character of individual key parts of the instrument or of principles embedded in it.*"

<sup>959</sup> V. titre suivant. Les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif se rallieront ultérieurement à la Déclaration, ainsi que la Colombie et les Samoa. Suite à ces ralliements, le soutien réel à la Déclaration peut être positivement identifié pour au moins 153 Etats sur 192 (environ 80%) Etats membres de l'O.N.U. à l'époque (la République du Soudan du Sud a rejoint l'O.N.U. postérieurement au vote et n'est donc pas comptabilisée, v. sur ce point A.D.I., *doc. cit.*, 2000, section 15(b) p. 27). La disparition d'opposition positive exprimée chez les Etats restants entraîne la présomption d'un consentement au moins tacite unanime. Bien que ces événements soient postérieurs aux développements couverts par le présent titre, leur prise en compte est nécessaire en vue de tenir pleinement compte du processus à l'œuvre. Ces ralliements postérieurs confirment le caractère d'outil tactique transitoire de l'objecteur persistant, permettant d'ajuster la norme émergente avec les intérêts nationaux de l'Etat mais impuissant à empêcher l'accession de la nouvelle norme à la normativité, que l'objecteur persistant lui-même sait d'ailleurs le plus souvent inévitable. Ils illustrent également la situation intenable de pression diplomatique et morale à laquelle s'exposent inévitablement des positions dissidentes formant une minorité très réduite.

l'Assemblée générale<sup>960</sup>. Si l'on ne peut pas dire avec certitude qu'au moment du vote la norme émergente est complètement passée dans la *lex lata*, il apparaît certain que ce passage est alors en cours et que la norme est sur le point d'entrer dans la *lex lata*. De plus, loin d'émerger dans un vide juridique ou un domaine vierge du droit international, la nouvelle norme se présente comme le développement d'une norme bien établie du droit international qu'est le droit des peuples à l'autodétermination. Elle trouve écho dans les comportements internes des Etats, y compris les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif. Tout au plus, ceux-ci ainsi que les Etats abstentionnistes les plus fermement obstinés – à l'image de la Fédération de Russie – rappellent la fonction de levier temporaire ou de monnaie d'échange de l'objecteur persistant tel que le conceptualise une partie de la doctrine<sup>961</sup>. Le statut d'objecteur persistant, dont le caractère douteux du fondement doctrinal a été maintes fois dénoncé, ne manifeste pas une position de principe mais offre plutôt aux Etats un moyen transitionnel de pression et de négociation sur le contenu de la nouvelle règle en voie de formation. Sans s'opposer réellement à l'émergence de la nouvelle norme – ce qu'ils sont du reste impuissants à faire – les Etats peuvent ainsi influencer sur la portée de la norme émergente de manière à la rendre compatible avec leurs intérêts nationaux. Dans tous les cas, ce statut n'est que transitoire<sup>962</sup>, ce que confirmeront les ralliements ultérieurs résultant en une absence virtuelle d'opposition et en la réalisation d'un consensus véritable.

Lors de l'épisode du vote à l'Assemblée générale, les votes négatifs apparaissent plus comme le résultat d'un échec de la logique dissuasive propre au consensus que comme une opposition substantielle et sérieuse. Ces Etats ont échoué à influencer sur le contenu de la nouvelle norme en se heurtant à une majorité écrasante, et leur vote négatif – le seul outil dont ils disposent pour tenter d'influencer sur la norme émergente – apparaît comme une menace qui aurait été mise à exécution et, ce faisant, masque le consensus relatif réel. Preuve supplémentaire *a posteriori* de l'existence du consensus, les ralliements postérieurs rapides de ces quatre Etats à la Déclaration relativise le sérieux de leurs objections. Par leurs comportements, ce groupe d'Etats a conscience que la cristallisation de la nouvelle norme est

---

<sup>960</sup> La situation envisagée dans la section 32 p. 61 du Rapport de l'A.D.I. de 2000 (*Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, *doc. cit.*, v. note 266 *supra*) ne s'applique donc pas en l'espèce car il ne s'agit pas de prétendre ici que la Déclaration crée *per se* du droit positif.

<sup>961</sup> Jonathan I. CHARNEY, *op. cit.*, 1985 (v. note 672 *supra*), p. 22: "*The persistent objector rule permits the objecting State to feel secure that it is not directly threatened, in an overt legal way, by changes in the law which it opposes.*"

<sup>962</sup> Cette idée de processus transitoire ressort d'ailleurs implicitement de la formule « *to wait for the slowest vessel* » de l'A.D.I. (v. note 266 *supra*), qui suggère que la règle émergente est appelée *in fine* à devenir opposable à tous les Etats *via* un processus d'acceptation progressive.



inévitables, et le stade déjà trop avancé du processus coutumier empêche l'émergence d'objecteurs persistants. A ce stade de formation de la norme, et compte tenu du soutien affirmé en d'autres circonstances, les objections ne semblent plus en mesure de bénéficier à leurs auteurs ni d'affecter le parachèvement de l'*opinio juris*.

Replacée dans le contexte plus large du processus coutumier, cette forme ambiguë et contradictoire de rejet par quelques Etats de la norme coutumière émergente lors de l'épisode du vote à l'Assemblée générale reflète ce que Prosper Weil qualifie ironiquement de transition « *from presumptive acceptance to imposed acceptance* »<sup>963</sup>. A ce stade, même les Etats contestataires apparaissent liés par la norme coutumière qui est sur le point d'entrer dans le droit positif, mais cela n'entraîne pas encore la présence d'une obligation dans la mesure où la norme émergente n'a encore qu'un statut permissif. L'adoption de la Déclaration est une simple étape, certes décisive, qui sera suivie par d'autres consacrant l'entrée de la norme dans la *lex lata*. Néanmoins, l'examen de l'attitude des Etats ayant exprimé un vote négatif et des Etats abstentionnistes permet d'identifier chez ces Etats, de manière positive ou négative, la présence d'un sentiment que leur vote les engage, autrement dit, la conviction que certaines dispositions principales de la Déclaration sont investies d'une valeur qui, sans se situer encore pleinement dans la *lex lata*, excède déjà la *lex ferenda*<sup>964</sup>. Disposition essentielle s'il en est de la Déclaration, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination en fait logiquement partie<sup>965</sup>. De plus, cette disposition reflète une forte attente de la société internationale déjà décelable dans les travaux préparatoires mais aussi dans les comportements internes des Etats particulièrement intéressés en général et dans les initiatives et les politiques de nombreuses organisations internationales au sein ou en dehors du système des Nations Unies.

---

<sup>963</sup> Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), p. 437, se référant à l'approche communautaire du consensus et de la pratique qui n'ont pas à être universels mais seulement généraux, et dont la généralité est amoindrie : « *Explicit acceptance of a customary rule has never been required ; from now on, even explicit rejection is ineffective.* »

<sup>964</sup> De fait, les explications de vote suggèrent que les Etats abstentionnistes et ayant exprimé un vote négatif se sentent tenus malgré tout de considérer la Déclaration de bonne foi : « l'Australie lira les dispositions de la Déclaration... » (A/61/PV.107, p. 12), v. aussi l'évocation de l'adoption de la Déclaration comme précédent négatif par la Fédération de Russie et les Etats-Unis d'Amérique.

<sup>965</sup> V. dans ce sens la *Résolution n° 5/2012 « Droits des peuples autochtones »* adoptée par l'A.D.I. lors de sa 75<sup>e</sup> Conférence, Sofia (Bulgarie), du 26 au 30 août 2012, qui affirme, presque cinq ans après l'adoption de la Déclaration, que « La Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones de 2007 (DDPA) n'a pas encore le statut de droit international coutumier dans son intégralité. Toutefois, celle-ci comporte plusieurs dispositions clés qui correspondent aux obligations existantes des Etats faisant parties [sic] du droit international coutumier » (§2). Les §4 et §5 clarifient ce point en plaçant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination parmi ces « dispositions clés » reflétant le droit international coutumier.

## §2 – Contours de l'*opinio juris* exprimée

Resituée dans la ligne des développements examinés depuis les origines du processus coutumier, l'adoption de la Déclaration, compte dûment tenu de ses circonstances, consacre le parachèvement de l'*opinio juris* dont l'existence est désormais fermement établie postérieurement au 13 septembre 2007. Une tentative de caractériser plus avant cette *opinio juris*, notamment dans sa formulation et son articulation avec d'autres aspects du processus coutumier, ancre la place centrale de la Déclaration dans le processus coutumier en dépit, ou plus exactement grâce à son caractère non obligatoire (A). Expressions sans nul doute de l'*opinio juris* général de la société internationale, les votes des Etats peuvent également s'interpréter sous l'angle de la pratique, fournissant un exemple du fameux « télescopage » fréquent des deux éléments du processus coutumier (B).

### A – Parachèvement de l'*opinio juris* : dépassement du caractère non-obligatoire de la Résolution

Comme l'a établi l'examen de l'épisode du vote à l'Assemblée générale, l'adoption de la Déclaration exprime une *opinio juris*. Comme il l'a déjà été dit, le caractère non obligatoire de l'instrument contenant la norme du processus coutumier à l'étude ne constitue pas un obstacle à ce que cet instrument et les conditions de son adoption participent du processus semi conscient mais dont une partie échappe aux Etats<sup>966</sup>, et dont l'essence est de conférer *in fine* un caractère obligatoire à un principe qui en est initialement dénué. Le manque de positivité de la *soft law* est compensé par son caractère de simple étape d'un long processus de maturation durant lequel les deux éléments se forment et se consolident progressivement.

Outre les aspects déjà examinés, les raisons de l'inclusion d'un instrument non obligatoire comme étape du processus coutumier apparaît logique. Du reste, cette inclusion peut concerner non seulement certaines résolutions solennelles de l'Assemblée générale mais

---

<sup>966</sup> Myres S. McDUGAL, Harold D. LASSWELL, Lung-chu CHEN, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 270: "[the function of ] a concept of customary international law is precisely to eliminate any requirement of specific consent as a basis of international obligation" ; Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, 1994 (v. note 739 *supra*), p. 34: "custom is obligation unvoluntarily undertaken – that is, not based on the consent of any given state. No state has a veto over the emergence of a customary norm." Ce propos sous-entend également le caractère général et indivisible de l'*opinio juris*.

aussi des traités internationaux non encore entrés en vigueur, dans certaines circonstances<sup>967</sup>. Ce dépassement des vues classiques rigides sur l'intention des Etats<sup>968</sup> va dans le sens d'un processus coutumier ayant en définitive très peu à voir avec la volonté des Etats et pouvant parfois se consolider contre le refus exprès de certains d'entre eux<sup>969</sup>. Compte tenu de l'inexistence de formes prédéfinies pour la formation des normes coutumières du droit international, source informelle de celui-ci, seule doit s'exprimer à travers la forme adoptée la manifestation d'une conviction des Etats d'être liés. Cette conviction a été abondamment mise en évidence dans le cas d'espèce. Les résolutions solennelles ayant un caractère prescriptif, c'est le degré des prescriptions qu'il faut alors apprécier en vue de dégager le potentiel coutumier de leurs dispositions<sup>970</sup>.

Dans le cas d'espèce, le degré de prescriptions ou d'attentes dégagé par l'examen mené compte sans aucun doute parmi les plus élevés pouvant être exprimés par un instrument de portée universelle<sup>971</sup>. L'approche suivie répond à une détermination qualitative car elle appréhende les comportements à la lumière de leur contexte, permettant de situer la norme à un moment donné au sein des « paliers de normativité » ou des étapes successives dans l'accession de la norme à la pleine normativité. Récusant la thèse du franchissement d'un seuil unique de normativité, l'adoption de la Déclaration située en 2007 la norme émergente dans l'estuaire fluvial selon la métaphore employée par un auteur pour illustrer ce passage progressif et diffus<sup>972</sup>. Le passage définitif des eaux dans la mer sera pleinement consacré par la pratique ultérieure des sujets du droit international, qui vient *a posteriori* comme une confirmation rétrospective. A cet égard, il convient de rappeler que le principe de l'administration de la preuve ne consiste pas en la détermination du moment exact du passage de la norme émergente dans la *lex lata*, mais plutôt de constater *a posteriori* que ce passage a

---

<sup>967</sup> Stanislaw NAHLIK, « Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : unicité ou dualité ? », *A.F.D.I.*, tome 24, 1978, n° 20, p. 27. Il est vrai cependant que l'intention des Etats lors des travaux préparatoires en vue de l'élaboration d'un traité est d'adopter un instrument obligatoire, contrairement à l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale.

<sup>968</sup> Pour une illustration de ces vues, v. Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), §27 p. 433.

<sup>969</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 267 *supra*), p. 33.

<sup>970</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 305.

<sup>971</sup> La C.I.J. a considéré les instruments universels ou quasi-universels comme pertinents, v. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique c. Espagne), arrêt, 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, §34 p. 32. Si la Cour se réfère à des instruments contraignants, la présomption de leur pertinence dans le droit international coutumier avant même leur entrée en vigueur en est renforcée. Dans la phrase précédente, la Cour fait d'ailleurs référence au droit international général.

<sup>972</sup> Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), p. 310 : « entre ces deux pôles extrêmes, on trouve, sans aucun doute, une « zone grise » où droit et non-droit se mêlent et s'interpénètrent sans qu'il soit possible d'affirmer en toute honnêteté ni qu'il n'y ait là rien de « juridique » ni que tout y est droit, pas plus que les eaux de l'estuaire ne sont encore tout à fait marines alors même qu'elles ne sont déjà plus complètement fluviales. »

eu lieu en appréciant l'effet cumulatif des différentes étapes du processus coutumier. Cette démarche permet d'affirmer qu'au moment présent la norme postulée fait partie de la *lex lata*.

Le rappel de ces éléments déjà examinés<sup>973</sup> offre le cadre d'appréciation de l'*opinio juris* dans le cas d'espèce. L'approche traditionnelle de la doctrine décrit l'*opinio juris sive necessitatis* comme un sentiment de droit, ou la conviction chez les sujets du droit international de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique<sup>974</sup>. Dans le cas d'espèce, l'interprétation de l'intentionnalité des Etats lors de l'épisode du vote révèle de manière générale la présence d'un tel sentiment de droit qui transparaît à travers les comportements et prises de position, en témoigne notamment la rhétorique des explications de vote, y compris des opinions réservées. L'*opinio juris*, qualifiée d'élément psychologique ou subjectif, possède apparemment le pouvoir d'influer sur la création du droit sans toutefois se confondre avec lui. C'est là ce que certains critiques ont qualifié de « paradoxe de l'*opinio juris* » et souvent dénoncé comme l'une des faiblesses de la théorie des deux éléments quant à sa capacité à rendre compte du phénomène coutumier. En effet, accepter un sentiment de droit attaché à une norme n'existant pas encore revient à affirmer que les Etats commettent régulièrement des erreurs, ce qui constitue une explication fort peu satisfaisante. Des discussions chez les Etats autour du statut juridique de la Déclaration et de ses dispositions se dégagent un certain sentiment de la relativité de la norme émergente, approche qui remédie à ce paradoxe.<sup>975</sup>

Le fonctionnement et l'articulation de l'*opinio juris* lors du vote dans le cas d'espèce semblent répondre à une logique de déploiement parfois évoquée chez certains commentateurs en vue de remédier au paradoxe et aux insuffisances de l'approche traditionnelle de l'*opinio juris*. Il s'agit de l'*opinio juris* envisagée comme la conviction chez les Etats que l'applicabilité générale d'une norme est désirable dans un avenir immédiat ou proche<sup>976</sup>. Bien que le texte de la Déclaration et certaines prises de position au cours des

---

<sup>973</sup> V. pp. 349-360 *supra*.

<sup>974</sup> C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, §74 p. 43 et §77 p. 44 ; Sir Michael WOOD, A/CN.4/663, *doc. cit.*, 17 mai 2013 (v. note 548 *supra*), §57 p. 26.

<sup>975</sup> V. positions des Etats analysés *supra* et consignées dans les procès-verbaux A/61/PV.107 et A/61/PV.108 (*docs. cit.*, v. note 22 *supra*). Le sentiment de la relativité de la norme converge avec l'approche de l'*opinio juris* en termes de sentiment de désirabilité de l'applicabilité d'une norme dans l'immédiat ou dans un avenir proche, v. sur ce point note 288 *supra*.

<sup>976</sup> Pour une conceptualisation détaillée de cette approche, v. Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), et sa critique par Niels PETERSEN, *J.E.D.I.*, tome 21, 2010, pp. 795-797.

travaux préparatoires ainsi que des explications de vote affirment sans équivoque que les dispositions du texte – dont *a fortiori* la norme en jeu – font l’objet d’une reconnaissance et non d’une création<sup>977</sup>, ces mêmes explications de vote suggèrent que la désirabilité exprimée de leur application effective ne concerne que la période contemporaine et postérieure à l’adoption de la Déclaration<sup>978</sup>. La formulation du texte lui-même témoigne du dépassement de normes permissives vers des normes exhortatoires, notamment par l’emploi du temps futur ou du terme « obligation » sans toutefois l’assortir de mesures de sanction en cas de non-respect. C’est là précisément un trait des résolutions solennelles. En outre, l’ambiguïté et l’incertitude entre reconnaissance de normes existantes et création de normes nouvelles a accompagné tout le processus d’élaboration du projet de Déclaration, comme il a été constaté précédemment. L’effet de l’adoption finale de la Déclaration est à cet égard de lever l’incertitude sur ce point en consacrant désormais l’existence de ces normes. L’incertitude semble en réalité provenir précisément du phénomène de transition entre *lex ferenda* et *lex lata*. Cette *opinio juris* comprise comme anticipation plutôt que comme erreur trouve toute sa place dans l’épisode d’adoption de la Déclaration comme espace intermédiaire d’articulation de nouvelles normes sous forme d’attentes et dont l’influence sur le processus coutumier est non le vote lui-même mais plutôt l’occasion ainsi donnée aux Etats de qualifier et d’expliquer leur vote<sup>979</sup>. Cette conception souple de la nature créatrice du sentiment de droit réconcilie le caractère non obligatoire de la Déclaration, les imperfections du consensus et le retard de la pratique d’une part avec le rôle moteur de l’*opinio juris* sur la structuration de la pratique – au sein de la relation d’interdépendance et d’influence mutuelle des deux éléments – et l’ensemble du processus coutumier d’autre part.

### B – Le vote comme pratique ?

A la veille du vote de l’Assemblée générale, il a été établi que la pratique se trouve dans un état de structuration avancé. Sous l’effet du processus institutionnel à l’œuvre au sein

---

<sup>977</sup> V. *inter alia* alinéas 2, 18 et 21 du préambule et article 26.3, 27 et 32.2 du dispositif de la Déclaration. Cela a d’autant plus de poids eu égard aux nombreuses déclarations faites par les Etats au cours des activités normatives des deux Groupes de travail successifs.

<sup>978</sup> Ce trait reflète le caractère créateur, constitutif – et non simplement confirmatoire – des deux éléments en relation avec la norme émergente, ce qui explique également la nécessité d’inscrire la démarche d’administration de la preuve dans un cadre temporel prolongé. V. Sir Humphrey M. WALDOCK, « The « Common Law » of the International Community – International Custom », cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 1962-II, tome 106, p. 42.

<sup>979</sup> V. *supra* et notamment Emmanuel VOYIAKIS, *op. cit.*, 2011 (v. note 817 *supra*).

de l'O.N.U. depuis 1982, les deux éléments du processus coutumier ont entretenu une relation complexe d'interdépendance et d'influence mutuelle. A la faveur de cette relation systémique, l'*opinio juris* progressivement formalisée sous l'impulsion des activités normatives des deux Groupes de travail successifs a influé à son tour sur la structuration de la pratique. Par effet de retour, l'*opinio juris* s'est renforcée à mesure que la pratique devenait plus cohérente, et a atteint sa pleine maturité avec l'épisode de l'adoption de la Déclaration en septembre 2007. A ce moment, la norme émergente est en train d'opérer son passage dans la *lex lata*, mais celui-ci n'est pas encore tout à fait achevé. Il ne le sera vraiment qu'avec la pleine consolidation de la pratique durant les premières années postérieures à l'adoption de la Déclaration ainsi qu'avec le perfectionnement du consensus<sup>980</sup>. A cet égard, et à ce stade du processus coutumier, il apparaît légitime de s'interroger sur le lien de l'épisode de l'adoption de la Déclaration avec la pratique.

Notamment, il s'agit de déterminer si le vote à l'Assemblée générale pourrait être envisagé sous l'angle de la pratique. Cela permettrait de constater le cas échéant une structuration plus avant de la pratique sous l'effet institutionnel systématisant de la procédure de vote. Bien qu'il exprime une prise de position, le vote se manifeste comme un comportement par opposition à une revendication ou à une déclaration. De plus, il est tentant de voir dans le vote et la déclaration attenante formulée au titre d'explication de vote le couple réunissant l'élément matériel et l'élément psychologique du processus coutumier. De fait, une partie de la doctrine admet au titre de la pratique le vote d'adoption de résolutions non obligatoires d'organisations internationales ainsi que les explications de vote, qualifiées d'actes dits verbaux<sup>981</sup>. En définitive, rien ne semble s'opposer à une telle approche dans le cas d'espèce. Le caractère systématisé et institutionnalisé du vote illustre la qualification que fait Rosalyn Higgins de l'O.N.U. comme « *a very clear, very concentrated, focal point for*

---

<sup>980</sup> Le perfectionnement ultérieur du consensus apporte la preuve certaine d'une *opinio juris* pleinement maturée mais n'en constitue pas la condition d'existence. A cet égard, la réalisation d'un consensus relatif dès l'adoption de la Déclaration, et structuré progressivement au cours du processus d'élaboration, est jugé suffisant dans le cas d'espèce, comme vu *supra*.

<sup>981</sup> Michael Barton AKEHURST, *op. cit.*, 1975 (v. note 867 *supra*), pp. 1-2, critiquant la définition étroite de la pratique étatique formulée par Anthony d'Amato ; Mark Eugen VILLIGER, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2<sup>e</sup> édition, 1997, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, pp. 20-21: "There is much merit in qualifying verbal acts as State practice", ajoutant que procéder autrement "would hardly be possible, since States themselves as well as courts regard comments at conferences as constitutive of State practice" ; Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 5<sup>e</sup> édition, 1998, Oxford University Press, p. 5 ; A.D.I., *doc. cit.*, 2000 (v. note 88 *supra*), section 4 pp. 14-15 intitulée "Verbal acts, and not only physical acts, of States count as State practice". Le vote répond également à la pratique telle qu'envisagée in *La pratique et le droit international*, actes du colloque de Genève (37e), 2003, S.F.D.I., Paris, Pedone, 2004.

*state practice* »<sup>982</sup>. Même chez les auteurs volontaristes, la pratique peut se passer de l'unanimité qui fait en l'espèce défaut au vote<sup>983</sup>. L'approche de la doctrine générale ne requiert pas non plus d'unanimité ni d'universalité pour que la pratique soit considérée comme générale et constante<sup>984</sup>. De fait, la matérialité de l'acte du vote illustre le reflet de l'*opinio juris* dans la pratique, cette dernière étant porteuse et confirmatoire de la première selon la formule de Pierre-Marie Dupuy : « l'élément matériel n'est pas un préalable à l'apparition de l'élément psychologique parce que, lui-même, il constitue la preuve de la conviction juridique des Etats »<sup>985</sup>.

Envisager le vote des Etats à l'Assemblée générale sous l'angle de la pratique introduit cependant une contradiction concernant le comportement des Etats ayant exprimé un vote négatif et celui des Etats abstentionnistes. En effet, les réserves exprimées par le vote vis-à-vis de la norme émergente s'inscrit en contradiction apparente avec la pratique interne de ces Etats, identifiée comme généralement favorable à l'application de ladite norme. Cette contradiction n'est qu'apparente pour au moins deux raisons. Premièrement, l'examen du fondement des réserves exprimées a révélé que celles-ci portent non sur le principe de la norme émergente – celle-ci étant d'ailleurs largement confirmée dans les pratiques internes de ces Etats – mais plutôt sur sa portée exacte et l'appellation utilisée. Deuxièmement, et par conséquent, l'application du principe de bonne foi dans les relations internationales emporte la présomption que les comportements allant dans le sens du renforcement de la norme émergente doivent se voir accorder tout leur poids, contrairement à ceux qui s'inscrivent à contre-courant.

En réalité, l'acte du vote illustre le recouplement ou le « télescopage » fréquent dans l'administration de la preuve des deux éléments du processus coutumier, qui se confondent

---

<sup>982</sup> Rosalyn HIGGINS, *op. cit.*, 1963 (v. note 836 *supra*), p. 2.

<sup>983</sup> Charles DE VISSCHER, *op. cit.*, 1925 (v. note 247 *supra*), pp. 361-362 ; Prosper WEIL, *op. cit.*, 1983 (v. note 818 *supra*), p. 434. La majorité écrasante dégagée par le caractère systématisé du vote reflète néanmoins la pratique « universelle ou quasi universelle » décrite dans le rapport de Sir Michael WOOD, A/CN.4/663, *doc. cit.*, 17 mai 2013 (v. note 548 *supra*), p. 24.

<sup>984</sup> A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), §59 p. 46 (projet de conclusion 9, alinéa 1) : « Pour concourir à constituer une règle de droit international, la pratique correspondante doit être générale, c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle. » Les onze projets de conclusion contenus dans le rapport ont été soumis au comité de rédaction à l'issue du débat de la C.D.I. sur le sujet lors de sa 66<sup>e</sup> session de 2014 (séances 3222 à 3227, 11-18 juillet 2014, comptes-rendus analytiques A/CN.4/SR.3222 à A/CN.4/SR.3227 et *Rapport de la Commission du droit international – soixante-sixième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014)*, A/69/10).

<sup>985</sup> Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, 2006 (v. note 701 *supra*), n° 322-b p. 338.

généralement et ne peuvent être dissociables sans perdre leur sens<sup>986</sup>. Le vote fusionne la pratique et l'*opinio juris* en un acte unique. En outre, ce cas de figure met en évidence les limites de l'approche d'une administration de la preuve consistant à rechercher à identifier séparément chacun des deux éléments. A cet excès de formalisme nécessairement vain, il faut opposer la mise en évidence d'une pratique constante éclairée par un sentiment de droit mais envisagé comme un tout indissociable et informel ainsi que comme *continuum*. Il ne s'agit pas pour autant, sous prétexte de cette collusion, de privilégier la place de l'un des deux éléments par rapport à l'autre dans le processus coutumier ni de s'engager dans le débat doctrinal sur l'importance respective de ces deux éléments<sup>987</sup>. C'est pourquoi, procédant d'une approche empirique, l'administration de la preuve dans le cas d'espèce s'attache à mettre en évidence à la fois la consolidation de la pratique et la maturation de l'*opinio juris*, qui demeurent en définitive les deux axes traditionnels de mise en évidence de l'émergence ou de l'existence d'une norme coutumière<sup>988</sup>, indépendamment de l'importance respective que peut leur attribuer telle ou telle doctrine et sans chercher à dessiner les contours précis de leur séparation. L'intérêt du recours à ces diverses doctrines est d'éclairer en l'espèce l'interprétation multi scalaire de chacun des deux éléments, renforçant ainsi l'image d'un processus coutumier informel, souple et irréductible à une rationalisation explicative totale. Le vote des Etats à l'Assemblée générale en est un exemple remarquable.

---

<sup>986</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 214 p. 365 ; Pierre-Marie DUPUY, *op. cit.*, 2006 (v. note 701 *supra*), n° 322-b pp. 338-339 ; raisonnement suivi par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'arrêt de la chambre d'appel du 2 octobre 1995 en l'affaire n° IT-94-1-AR72 *Le procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, §§96-142 ; Sir Michael WOOD, A/CN.4/663, *doc. cit.*, 17 mai 2013 (v. note 548 *supra*), §4 p. 3 ; v. aussi la section *supra* sur le dédoublement fonctionnel de la Résolution 61/295.

<sup>987</sup> V. références sur le débat, note 994 *infra*, et notamment Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), pour qui la pratique ne vient que confirmer l'existence de l'*opinio juris*, seul élément porteur ou constitutif de la norme ; Gerald J. POSTEMA, « Custom, Normative Practice, and the Law », *Duke Law Journal*, tome 62, 2012, pp. 707-738 ; « Custom in International Law: A Normative Practice Account », in Amanda PERREAU-SAUSSINE et James Bernard MURPHY (dir.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007, pp. 279-306.

<sup>988</sup> Ce que la jurisprudence internationale confirme abondamment : C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, §77 p. 44 ; *Essais nucléaires* (Australie c. France ; Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, 20 décembre 1974, opinion dissidente commune des juges Charles D. ONYEAMA, Hardy Cross DILLARD, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA et Sir Humphrey WALDOCK, *C.I.J. Recueil 1974*, §112 p. 367 ; *Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt, 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil 1985*, §27 p. 29 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §183 p. 97 ; *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenante)), arrêt, 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, §55 pp. 122-123 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, arrêt, 7 octobre 1997, chambre d'appel, affaire n° IT-96-22, §49 ; *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias « Pavo »*, *Hazim Delić et Esad Landžo alias « Zenga »*, jugement, 16 novembre 1998, chambre de première instance, affaire n° IT-96-21-T, §256. V. aussi Sir Michael WOOD, A/CN.4/663, *doc. cit.*, 17 mai 2013 (v. note 548 *supra*).



Un autre aspect du comportement des Etats lors de l'épisode d'adoption de la Déclaration contribue également à caractériser la pratique. Avec l'adoption de cet instrument non obligatoire entrant dans le type des recommandations et revêtant la forme d'une Déclaration solennelle formulée en des termes normatifs, les Etats ont établi des normes permissives en matière de droits de l'homme, c'est-à-dire des normes insusceptibles de conduire à mettre en jeu la responsabilité des Etats qui les appliqueraient<sup>989</sup>. En effet, si les résolutions de l'Assemblée générale sont généralement dénuées de force juridique obligatoire, il paraît évident cependant que les dispositions qu'elles énoncent sont, pour le moins, conformes au droit international. C'est en cela que réside la rupture que consacre cet instrument. Avec l'adoption de la Déclaration advient la certitude que les normes qu'elle contient ne sont pas en contradiction avec le droit international mais plutôt se situent en son sein. Avec l'adoption de la Déclaration, l'appartenance de ces normes au cadre du droit international est désormais acquis, seules leurs places exactes respectives au sein de celui-ci – entre *lex ferenda* et *lex lata* – peuvent encore à ce moment faire l'objet de discussions. Ainsi, l'application des dispositions de la Déclaration par un Etat ne peut raisonnablement constituer une violation de ses obligations en matière de droits de l'homme – sauf engagement spécifique contraire – ce qui empêche de valider l'une des deux conditions d'engagement de la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite<sup>990</sup>. En cela, la Déclaration créée ou renforce la sécurité juridique de ces dispositions et oriente la trajectoire ultérieure de la pratique et de l'*opinio juris*.

Cette étape intermédiaire d'accession de la règle émergente à la pleine normativité s'insère dans l'approche dite « romantique » du droit et de sa formation, qui se substitue aux approches classiques rigides<sup>991</sup>. Reflétée par maints autres aspects examinés ici, cette approche romantique se libère d'un formalisme excessif et insiste sur les processus à l'œuvre notamment en matière de formation du droit, de leur souplesse et de leur caractère malléable découlant de la nature essentiellement sociale du droit. Il s'agit de tenir compte de la

---

<sup>989</sup> Sur ce point, v. James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (dir.), *op. cit.*, 2010 (v. note 844 *supra*), Alain PELLET, *op. cit.*, 2013 (v. note 775 *supra*).

<sup>990</sup> Alain PELLET, "The Definition of Responsibility in International Law", James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (dir.), *op. cit.*, 2010 (v. note 844 *supra*), p. 9. Comme examiné *supra*, le caractère exhortatoire des dispositions de la Déclaration pourrait également être amené à mettre en jeu, sous certaines conditions, une forme atténuée de responsabilité de l'Etat en cas de non-respect, notamment lorsque les juridictions internes ou internationales opèrent des références incidentes à la Déclaration.

<sup>991</sup> Douglas M. JOHNSTON, « The Heritage of Political Thought in International Law » in Ronald S. J. MACDONALD et Douglas M. JOHNSTON, *The Structure and Process of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 197 ; Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 696 *supra*), §§13-14 pp. 309-314.

complexité et de la diversité de la réalité sociale qui secrète du droit, sans pour autant nier l'importance – capitale – de la forme en droit. La pratique ne se matérialise ainsi pas nécessairement un acte tangible, mais peut acquérir un caractère plus volatil, étant entendu qu'elle ne fait qu'une avec l'*opinio juris*.

Enfin, envisager le vote des Etats à l'Assemblée générale sous l'angle de la pratique permet de rendre compte de certains aspects de la dynamique de structuration du consensus et de réduction progressive des oppositions. La doctrine néo-volontariste d'inspiration marxiste articule le concept de volonté réelle des Etats – intentions, motivations souvent non exprimées – par opposition à leur volonté formelle exprimée. Peu évident d'ordinaire, ce concept semble revêtir dans le cas d'espèce une certaine pertinence en vue de rendre compte du caractère stérile et vain de l'opposition minoritaire formulée lors du vote. La technique du consensus masque la volonté réelle des Etats réservés par rapport à la technique du vote qui au contraire l'individualise. Dans le cas d'espèce, le choix de recourir au vote a pour conséquence d'exposer le groupe des Etats réservés et hostiles. Par sa publicisation même, la résistance de ces Etats s'en trouve isolée et affaiblie. Les intentions et motivations réelles des Etats sont plus facilement identifiables et fournissent une meilleure cible aux pressions politiques de la part des autres Etats. L'isolement de la résistance qui en résulte est confirmé par les revirements systématiques de position qui affecteront la totalité des Etats hostiles et une partie des Etats réservés. Par opposition à la méthode du consensus, le vote permet l'expression d'un rapport de forces qui bascule en faveur des positions défendues par les peuples autochtones par le truchement de la dimension institutionnelle et, surtout, par la publicisation et l'individualisation des résistances.

Il est également intéressant de relever que le vote enregistré a été demandé par l'Australie, les Etats-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande, trois des quatre Etats s'étant exprimés contre l'adoption du texte. Cette demande pourrait traduire une tentative chez ces Etats d'empêcher qu'une adoption par la méthode du consensus encourage la présomption d'une consolidation de l'*opinio juris*. En réalité, le choix de la méthode du vote indique que ces Etats n'ont pas entendu empêcher l'adoption du texte. En effet, alors que seule la méthode par consensus offrait une opportunité de faire barrage à l'adoption du texte, la perspective d'un vote représentait au contraire la certitude de l'adoption du texte, compte tenu du caractère acquis de la majorité. Ainsi, le vote consacre plus la résignation bruyante des Etats réservés que la cristallisation d'une opposition réelle et efficace : ces Etats expriment leurs

réserves tout en acceptant les conséquences de l'adoption du texte et les réalités qu'il reflète<sup>992</sup>. Il s'agit de réserves en trompe l'œil. Le choix du recours au vote lui-même, statistiquement plus rare que les adoptions par consensus au sein de l'Assemblée générale, suggère l'importance juridique de l'enjeu et la conscience chez les Etats que, loin de se confiner à un processus exclusivement politique, cet acte est de nature à créer des obligations susceptibles d'excéder la *lex ferenda*.

### Conclusion

Avec l'adoption de la Déclaration, l'*opinio juris* et la pratique ont une présomption d'existence affermie. La norme coutumière est en train de passer dans le droit positif. La confirmation de ce plein passage viendra dans la période ultérieure<sup>993</sup> avec la rétractation de réserves manquant déjà de cohérence, les ralliements supplémentaires, la pratique d'applications multiples dans les ordres internes des Etats répondant à un sentiment de droit et les activités institutionnelles pertinentes, notamment de l'O.N.U. Ainsi, l'adoption de la Déclaration consacre la pleine maturation de l'*opinio juris*, et amène la pratique à un stade proche quasi consolidé. La consolidation finale de la pratique, notamment à la lumière de l'*opinio juris* à présent validée, interviendra à l'époque postérieure, dans les quelques années suivant l'adoption. Cette ultime étape consacrera la validation définitive des deux éléments du processus coutumier, permettant de constater la pleine accession de la nouvelle règle coutumière à la normativité, ou autrement dit, son passage dans la *lex lata*. Cette maturation postérieure illustre le propos final d'Emmanuel Voyiakis envisageant une résolution non obligatoire comme occasion d'articulation de normes et d'attentes appelées à passer dans la *lex lata* seulement si elles sont appliquées postérieurement par les Etats.

Ainsi, les deux éléments du processus coutumier existent au moment de l'adoption de la Déclaration en 2007 qui en consacre la cristallisation, mais les développements ultérieurs sont appelés à lever tout doute éventuel persistant à ce propos en lien avec l'effet de palier lorsque le passage de la norme dans la *lex lata* sera achevé. L'achèvement de ce passage à

---

<sup>992</sup> Cette approche reflète le sens du consentement formulé in Alain PELLET, *op. cit.*, 1992 (v. note 267 *supra*), p. 46 : "A blossoming of soft law reveals both the hopes of the weakest and the capacity for resistance of the dominant. No State or group of States can impose its views, none is fully satisfied, but all resign themselves. They do not will: Rather, they consent."

<sup>993</sup> V. titre suivant.

l'aune de la pratique et de l'*opinio juris* ultérieures doit notamment voir la norme passer progressivement d'une dimension permissive puis exhortatoire vers une dimension prescriptive, avec les conséquences que cela entraîne dans le domaine de la responsabilité de l'Etat. Une augmentation de la fréquence des références, même incidentes, des juridictions internes et internationales aux dispositions pertinentes de la Déclaration, si elle est constatée, pourra être interprétée comme amorçant une tendance progressive à la responsabilisation de l'Etat vis-à-vis de la nouvelle norme coutumière. En dépit du formalisme du vote, ses différentes dynamiques témoignent de la nature informelle du processus coutumier qui ne répond pas à un modèle d'explication en particulier mais un peu tout à la fois. Pour cette raison, la recherche d'une trop grande cohérence, logique ou rigidité dans l'administration de la preuve trahirait le caractère souple, informel et partiellement inconscient du processus coutumier.

L'adoption de la Déclaration révèle un enjeu commun aux Etats suscitant de leur part des attitudes et des prises de positions. La pratique et l'*opinio juris* se renforcent et ont un effet cumulatif sur l'accession de la norme à la normativité. Quelle que soit l'approche conceptuelle adoptée vis-à-vis du processus coutumier<sup>994</sup>, l'adoption de la Déclaration représente un pas de plus vers l'affermissement de la norme émergente comme norme du droit positif en ce qu'elle s'insère dans le *continuum*<sup>995</sup> qui ressort globalement de l'examen des

---

<sup>994</sup> Notamment les approches prônant un élément unique dans le processus coutumier. Pour ce faire, certains auteurs suggèrent de ne conserver que l'élément matériel : Anthony D'AMATO, « Customary International Law: A Reformulation », *International Legal Theory*, n° 4, 1998, p. 1 ; Lazare KOPELMANAS, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *B.Y.I.L.*, n° 18, 1937, pp. 127-130 ; Hans Kelsen, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, n° 1, 1939, pp. 253 et 263 ; Paul GUGGENHEIM, « Les deux éléments de la coutume en droit international », in Charles ROUSSEAU (dir.), *La Technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 275 et 280 ; Maurice H. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *R.C.A.D.I.*, 1998-II, tome 272, pp. 250 et 289. D'autres accordent au contraire une prépondérance à l'*opinio juris* : Bin CHENG, « Epilogue » in *op. cit.*, 1982 (v. note 822 *supra*), p. 223 ; Andrew T. GUZMAN, « Saving Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, n° 27, 2005, pp. 115 et 153 ; Rudolf BERNHARDT, « Principles and Characteristics of Customary International Law », *R.C.A.D.I.*, 1987-V, tome 205, p. 266 ; Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*). La persistance de la controverse doctrinale sur le poids respectif des deux éléments du processus coutumier se retrouve dans les débats de la C.D.I. sur le sujet portant sur la formation et l'identification du droit international coutumier, inscrit à son programme de travail à long terme (2011-2016), v. notamment les débats lors de sa 65<sup>e</sup> session de 2013, comptes-rendus analytiques des six séances dédiées au sujet (A/CN.4/SR.3181 à A/CN.4/SR.3186). Sur la pertinence de la doctrine des deux éléments elle-même, v. Peter HAGGENMACHER, *op. cit.*, 1986 (v. note 33 *supra*), pp. 5-125.

<sup>995</sup> Il s'entend ici qu'il s'agit pas d'une notion rigide et que le *continuum* peut s'accommoder d'imperfections et d'accidents tant que la direction générale du processus est préservée : C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, §186 p. 98 : « Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les Etats s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats » ; Sir Michael WOOD, A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), §57 pp. 43-44, et *Projet de rapport : chapitre X – Détermination du droit international*

comportements pertinents. Elle est à ce moment en train de passer dans la *lex lata*, et il lui manque pour cela seulement la consolidation ultérieure des deux éléments désormais formés – mais avant tout de la pratique – permettant de lever l’incertitude quant au caractère achevé du processus. Cela suppose notamment une pratique ultérieure qui ne vienne pas contredire la Déclaration. Dans tous les cas, l’étape majeure du processus coutumier que constitue l’adoption de la Déclaration par une majorité écrasante crée une situation nouvelle qui ne peut pas manquer d’influencer les développements ultérieurs et de les éclairer d’une manière différente, compte tenu notamment des attentes fortes que cette recommandation exprime.

---

*coutumier*, C.D.I., 66<sup>e</sup> session, 2014, A/CN.4/L.843. Il importe alors que les déviations subséquentes soient ignorées par les autres Etats ou traitées par eux comme autant de violations de la norme émergente, et non comme consacrant l’émergence d’une autre norme concurrente. Sur un autre plan, étant donné la situation relativement rare de mise en présence de deux éléments d’intensité égale, il a été également suggéré que l’équilibre entre les deux éléments puisse suivre une « échelle glissante » selon laquelle une *opinio juris* forte puisse être amenée à compenser une pratique faible et *vice versa* (v. Frederic L. KIRGIS, « Custom on a Sliding Scale », *A.J.I.L.*, n° 81, 1987, p. 149 ; « Fuzzy Logic and the Sliding Scale Theorem », *Alabama Law Review*, tome 53, n° 2, 2002, pp. 421-461).

## **Titre 2 – Accession à la normativité : développements ultérieurs**

### Introduction

La C.I.J. a parfois paru acquiescer à l'idée d'un positionnement renforcé de certains comportements individuels dans le processus coutumier allant jusqu'à modifier l'environnement juridique de la pratique. Dans l'affaire du *Différend maritime*, la Cour a en effet pris en compte, en vue de déterminer le poids et la portée de la pratique ultérieure des parties, de comportements dénués d'effets juridiques obligatoires tels que la visite d'un ambassadeur et la soumission d'un mémorandum<sup>996</sup>. Ainsi, par leur importance politique, certains comportements pourtant non gouvernés par une obligation juridique peuvent être appelés à avoir une place déterminante dans le processus coutumier, allant jusqu'à modifier à eux seuls l'environnement juridique de l'émergence de la norme nouvelle. Il semble que ce raisonnement par inférence présente une pertinence particulière dans le cas d'espèce avec l'épisode de l'adoption de la Déclaration.

Etape centrale du processus coutumier, l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* peut raisonnablement constituer l'un de ces comportements proéminents opérant une révolution du cadre juridique. Cette présomption apparaît logique à la lumière de l'examen du contexte de l'adoption de cet instrument et du long processus de son élaboration<sup>997</sup>. Si cet instrument ne peut être assimilé purement et simplement à une manifestation de volonté de la part des Etats, les circonstances de son adoption, au premier rang desquelles la majorité « écrasante », compensent dans une certaine mesure l'absence formelle d'obligation en créant indubitablement des attentes fortes dont la portée se révèle incontournable. Fournissant ainsi un cadre juridique que les Etats ne peuvent ignorer<sup>998</sup>, la Déclaration crée une situation juridique nouvelle en ce sens que les développements et les comportements intervenant à une époque ultérieure à son adoption se

---

<sup>996</sup> C.I.J., *Différend maritime* (Pérou c. Chili), arrêt, 27 janvier 2014, §142 p. 52 : « La Cour considère [...] que la visite de l'ambassadeur Bákula et son mémorandum tendent nettement à réduire la valeur de la pratique ultérieure des Parties. »

<sup>997</sup> V. partie I titre 2 et partie II titre 1 *supra*.

<sup>998</sup> Notamment lorsque les Etats étaient présents lors du vote, et particulièrement lorsqu'ils ont contribué à son adoption, v. en ce sens la remarque du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James ANAYA, *Rapport sur la situation des peuples autochtones au Népal*, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 20 juillet 2009, A/HRC/12/34/Add.3, §49 p. 14, suggérant implicitement que le vote positif du Népal à l'occasion de l'adoption de la Déclaration affecte la portée de son engagement.

placent nécessairement dans le contexte de cet instrument, dénué en lui-même de force juridique obligatoire. Leur appréciation et leur interprétation se situent nécessairement en regard de la Déclaration, et quelle que soit la position des Etats sur ce point, il s'agit d'une prise de position *vis-à-vis* de la Déclaration, du simple fait de son existence. Malgré le caractère non obligatoire de cet instrument, les développements postérieurs à son adoption ne peuvent, encore moins que les développements antérieurs, être considérés comme advenant dans le cadre d'un vide juridique. Dans la mesure où ils sont situés, les comportements pertinents et les développements concordants acquièrent une dimension supplémentaire ou un poids accru dans le cadre du processus coutumier, conduisant à une accélération de la cristallisation de la norme émergente.

Le cadre juridique ainsi modifié est appelé à renforcer le sentiment de droit qui achève à son tour de structurer la pratique confirmant l'*opinio juris*. A partir de 2007, l'accession de la règle émergente à la normativité, déjà bien entamée, entre dans sa phase de finalisation. Il s'agit alors essentiellement d'un processus de clarification au terme duquel l'existence de la norme est constatée. Plutôt que de s'attacher à déterminer le moment exact – par essence introuvable si l'on admet l'inexistence d'un seuil unique de normativité<sup>999</sup> – du passage de la norme émergente dans la *lex lata*, cette constatation rétrospective doit établir au-delà du doute raisonnable le parachèvement de la pleine accession à la normativité.

Dans cette situation juridique nouvelle, la période post-2007 voit la consécration de la pleine accession de la règle émergente à la normativité suivre au moins deux tendances qu'il s'agit d'examiner tour à tour afin de livrer une interprétation fidèle du phénomène. Premièrement, les comportements des Etats s'alignent progressivement sur la norme telle qu'énoncée par les dispositions pertinentes de la Déclaration, tant en termes de pratique que d'*opinio juris* qui se trouvent enfin complètement validées (chapitre 1). A cet égard, lorsque les Etats n'assortissent pas leurs comportements d'une référence explicite à la norme nouvelle contenue dans la Déclaration, le cadre existant et la concordance chronologique de ces comportements interdisent d'envisager les comportements des Etats conformes à la norme nouvelle comme purement discrétionnaires ou bien dictés par un sentiment de courtoisie ou d'humanité. Au contraire, le long processus d'activités normatives se déployant dans le cadre de l'O.N.U., les fortes attentes qu'il engendre et la convergence générale de comportements

---

<sup>999</sup> V. examen sur ce point pp. 349-360 *supra*.

cumulés dans ce sens appellent à conclure à l'existence d'un sentiment de droit régissant les comportements étatiques pertinents. Deuxièmement, ce phénomène est loin de se limiter à une simple application des dispositions pertinentes de la Déclaration, mais s'apparente plutôt à un processus permanent de précision continue de la norme à l'occasion de son application (chapitre 2). Sans incidence directe sur l'accession à la normativité désormais acquise, ce second phénomène mérite néanmoins d'être examiné en raison de son incidence sur la portée de la norme coutumière. Ainsi, le lien de détermination apparaît clairement entre d'une part les dispositions pertinentes de la Déclaration et les activités de supervision des institutions mandatées de l'Organisation des Nations Unies, et d'autre part les comportements internes ultérieurs des Etats. Cette articulation peut se caractériser par un lien d'influence réciproque : la Déclaration s'impose progressivement comme un référent dans les comportements et les droits internes des Etats (chapitre 1), mais les Etats ont également en retour une influence sur la précision du contenu et de la portée des dispositions de la Déclaration pertinentes au regard de la norme nouvelle (chapitre 2, section 1).

### Chapitre 1 – Influence des principes de la Déclaration sur les comportements des sujets du droit international

Cette influence est double. Elle touche d'une part les comportements internes des Etats qu'elle contribue à ordonner et à assortir d'un sentiment d'obligation juridique (section 1). Elle touche d'autre part les comportements des organisations et juridictions internationales, qui ont à leur tour un effet ordonnateur sur les comportements des Etats au titre de la consolidation de la pratique ainsi que sur la consolidation de l'*opinio juris* (section 2).

#### Section 1 – Comportements étatiques postérieurs à l'adoption de la Déclaration

Les comportements adoptés par les Etats postérieurement à l'adoption de la Déclaration consacrent une pleine consolidation des deux éléments du processus coutumier, suivant une interaction dynamique de renforcement mutuel. Premièrement, l'examen des comportements internes des Etats en lien avec la norme nouvelle révèle qu'il s'agit pour une bonne part d'une application des dispositions pertinentes de la Déclaration, en raison du sentiment juridique accompagnant ces comportements (§1). La cohérence et la constance de



cette pratique se généralisent progressivement à la société internationale dans son ensemble, reflétant la « majorité écrasante » identifiée lors du vote. Deuxièmement, l'*opinio juris* parvient à sa pleine maturation et validation avec le phénomène essentiel de disparition de toute opposition expresse ou déclarée à la Déclaration (§2). L'identification de la pratique et de l'*opinio juris* est alors quasi-totale, permettant de valider leur existence au-delà du doute raisonnable. Cette conclusion mène logiquement à valider l'existence de la norme nouvelle dans la *lex lata* au-delà du doute raisonnable et au-delà de tout seuil hypothétique de normativité. Il semble réaliste de présumer que ce plein accès à la normativité, constaté *a posteriori*, s'est fait progressivement et que la norme nouvelle est ainsi définitivement entrée dans la *lex lata* à un moment indéterminé entre 2007 et 2014.

La lecture combinée des deux éléments examinés aux §1 et §2 révèle le sentiment juridique désormais attaché de manière systématique aux comportements des Etats, qu'ils abondent dans le sens de la nouvelle norme ou qu'ils en dévient. Les comportements déviants sont systématiquement accompagnés de condamnations et d'un rappel des normes internationales applicables, notamment lorsque ces comportements sont examinés par les entités et mécanismes de l'O.N.U. mandatés en matière de droits des peuples autochtones. Le lien de cause à effet entre la Déclaration et les nouvelles orientations de certains comportements étatiques, particulièrement eu égard au moment où celles-ci adviennent, est parfois explicité par des références à la Déclaration. En effet, dans de nombreux cas, les Etats eux-mêmes se réfèrent aux dispositions pertinentes de la Déclaration lorsqu'ils font application des divers droits constitutifs de la norme nouvelle. Lorsque cette référence expresse fait défaut, la prise en compte du facteur temporel est essentielle afin de déceler l'influence de la Déclaration sur la prise de mesures dans les droits internes des Etats. En d'autres termes, les comportements internes marquant un tournant en matière d'action vis-à-vis des peuples autochtones interviennent souvent dans la période suivant l'adoption de la Déclaration ou suite à des recommandations des entités et mécanismes de l'O.N.U. compétents. A cet égard, ces mécanismes apprécient et qualifient systématiquement les comportements étatiques internes pertinents à la lumière du cadre posé par la Déclaration. Ils opèrent ainsi le lien, lorsque celui-ci n'est pas explicité par les Etats, entre leurs comportements et le cadre normatif de la Déclaration. Cela contribue à mettre en évidence, selon les cas, le consentement ou l'intention des Etats d'être liés par la norme, ou encore leur expression de la désirabilité de son application dans l'immédiat ou dans un avenir proche. Dans cette mesure, il est possible de parler alors d'application de la Déclaration, dont la

norme nouvelle qu'elle contient fait désormais partie de la *lex lata*. La généralisation des comportements pertinents dans l'espace et dans le temps permet de valider, au-delà du doute raisonnable, le passage de la norme dans le droit positif.

*§1 – Adoption des principes de la Déclaration dans les droits internes des Etats*

Suite à l'adoption de la Déclaration et dans le nouveau cadre qu'elle pose, les Etats ont adopté de nombreux comportements internes, tant au plan législatif et constitutionnel (A) qu'au plan des mesures et mécanismes politiques (B). L'examen détaillé des comportements pertinents Etat par Etat, dont il faut admettre le caractère fastidieux, est néanmoins nécessaire méthodologiquement. Il s'agit en effet de mettre en évidence le lien entre ces comportements internes – parfois marquant un changement d'orientation de l'action de l'Etat – et la norme nouvelle contenue dans les dispositions pertinentes de la Déclaration, au premier chef desquelles l'article 3. La validation du sentiment juridique devant accompagner les comportements internes pertinents des Etats pourra alors être déduite du fait que les comportements internes constituent un alignement de plus en plus généralisé sur les dispositions pertinentes de la Déclaration, dont l'autorité est parfois expressément citée. Il faut préciser d'emblée que l'examen de la jurisprudence interne fait l'objet d'un traitement séparé dans la mesure où par sa nature et ses principes de fonctionnement, la jurisprudence interne est davantage susceptible d'opérer des références à la Déclaration et aux autres instruments internationaux.

A ce stade de l'examen, un rappel de certaines précisions méthodologiques semble désirable, notamment concernant le poids à accorder aux comportements négatifs ou déviants, ou encore à l'absence chez certains Etats de développement allant dans le sens de la nouvelle norme. Aux fins d'administration de la preuve, l'objet du présent examen dans le cadre du processus coutumier n'est pas de constater le caractère nécessairement perfectible de l'adéquation des comportements étatiques à la norme nouvelle ni d'apprécier la marge persistante d'amélioration de la situation des peuples autochtones. En effet, la totalité des Etats est en principe susceptible de prêter le flanc à la critique dans le sens d'une application imparfaite ou incomplète de la norme à l'étude. De telles critiques qualitatives reflètent dans une certaine mesure une application contextuelle et à géométrie variable de la norme, qui tient sa part de subjectivité liée aux aspirations de ses titulaires. Il s'agit plutôt de valider

l'orientation générale constante des comportements étatiques dans le sens d'une acceptation et d'une application croissantes du droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1000</sup>. L'accompagnement de cette application par un sentiment de droit permet de valider la pleine accession de la norme nouvelle à la normativité dans la mesure où la persistance de déviations individuelles, en constante diminution, ne semble pas de nature à faire obstacle à la consolidation d'une *opinio juris* générale. En ce sens, les comportements des Etats témoignent d'un engagement général diffus mais certain à respecter et à appliquer la Déclaration, et *a fortiori* la norme nouvelle. Il s'agit ainsi de valider l'acceptation de l'essence de la norme au-delà du doute raisonnable. Quel que soit leur contenu, les développements révèlent un comportement des Etats répété et conscient du nouveau cadre, assorti ainsi d'un sentiment juridique, si vague soit-il parfois. Ces développements s'inscrivent inévitablement en relation à la Déclaration à l'aune de laquelle ils sont appréciés et jugés par les institutions mandatées de l'O.N.U. En ce sens, il s'agit de développements conscients dans la direction d'une réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination tel que contenu dans le cadre de la Déclaration.

Les comportements des Etats relatifs à l'application de la norme nouvelle suivent plusieurs modèles : à la régularité d'application qui constitue une réalité déjà bien établie chez certains Etats s'ajoute le changement de cap et de politique d'autres Etats dans la direction d'une application partielle mais consciente des droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Dans ce dernier cas, il semble que le changement de comportement de ces Etats vers un alignement progressif et tendanciel sur la norme nouvelle constitue la raison de leur inclusion dans le processus coutumier. Même de portée limitée et intervenant dans le contexte d'un comportement traditionnellement défavorable aux peuples autochtones, le changement d'orientation consacré par ces développements contribue à l'accession de la norme nouvelle à la pleine normativité.

Bien qu'un examen des comportements regroupés par principe thématique ou par droit constitutif de la norme nouvelle présenterait une clarté indéniable au plan méthodologique, le

---

<sup>1000</sup> Ce que confirme abondamment l'approche évaluative du Rapporteur spécial vis-à-vis des comportements internes des Etats, conférant un poids particulier aux dynamiques de rupture avec les pratiques antérieures. V. par exemple à propos de la Nouvelle-Zélande : *La situation du peuple māori en Nouvelle-Zélande*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 31 mai 2011, A/HRC/18/35/Add.4, résumé p. 2 et §67 p. 19 : « *The Treaty settlement process in New Zealand, despite its evident shortcomings, is one of the most important examples in the world of an effort to address historical and on-going grievances of indigenous peoples* ».

caractère ambivalent de certains actes étatiques rend un tel classement périlleux et arbitraire. Comme pour les développements précédents, la solution retenue de conduire un examen Etat par Etat offre peut-être d'une visibilité moindre, mais elle offre l'avantage d'une plus grande rigueur de classement et d'un arbitraire réduit. Cette approche, certes répétitive, permet d'apprécier pour chaque Etat examiné l'intensité et la portée des comportements au regard des droits constitutifs de la norme nouvelle ainsi que les références explicites éventuellement opérées. Il paraît également utile de rappeler que l'inventaire des nombreux développements et comportements pertinents ne peut évidemment prétendre à une exhaustivité qui ne semble d'ailleurs pas nécessaire aux fins de l'administration de la preuve<sup>1001</sup>. L'effort en vue de rendre l'examen le plus complet possible demeure adapté au propos de l'étude, c'est-à-dire de dépasser le doute raisonnable quant au passage de la norme dans le droit positif, *via* notamment les effets de seuil, et de constater l'absence de comportements contradictoires susceptibles d'affecter la phase terminale du processus coutumier. Seuls les comportements ayant un lien direct avec les droits constitutifs et les principes d'application de la norme à l'étude sont examinés, sans préjudice de nombreux autres comportements concordants dont le lien avec la norme, pourtant réel, apparaît plus distant. L'examen révèle une tendance générale des Etats après 2007 à orienter consciemment leurs comportements internes dans le sens des dispositions de la Déclaration – au premier chef desquelles la norme nouvelle –, conduisant à parachever la pratique. Le caractère conscient de ces comportements dont le lien avec l'article 3 de la Déclaration apparaît de différentes manières, confirme la finalisation de l'*opinio juris*, ainsi que la relation de renforcement mutuel des deux éléments. De cet examen des comportements, il peut être raisonnablement constaté que les deux éléments ont atteint leur pleine maturation à un moment donné après 2007 et qu'autour de 2014 la norme à l'étude a achevé son passage dans la *lex lata*, devenant pleinement une norme du droit international coutumier.

---

<sup>1001</sup> Dans la mesure où la norme examinée est une coutume générale, il suffit de constater l'existence d'une pratique générale, « c'est-à-dire suffisamment répandue et représentative, sans être forcément universelle » pour en valider l'élément matériel (*Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Sir Michael WOOD, A/CN.4/672, *doc. cit.*, 22 mai 2014 (v. note 4 *supra*), projet de conclusion 9.1, p. 76). Dès lors qu'une telle « pratique générale » est identifiée, tout comportement non pris en compte mais allant dans son sens constitue une confirmation supplémentaire de l'existence de la pratique. Par contraste, l'examen des comportements contraires doit être exhaustif.

## A – Mesures législatives et constitutionnelles

En Argentine, des mesures législatives ont mis en œuvre certains droits constitutifs de la norme à l'étude tels qu'envisagés dans la Déclaration. Le décret n° 1122/07 et la résolution n° 587/07 de l'Institut national des questions autochtones (I.N.A.I.) sur le « Programme national pour l'identification des territoires des communautés autochtones » ont initié en 2007 un processus de démarcation des territoires autochtones, contribuant ainsi à reconnaître la notion de territoire traditionnel comme expression de l'autodétermination des peuples autochtones<sup>1002</sup>. Ordonnée en 2006 dans l'attente d'une clarification du cadastre par l'I.N.A.I., la suspension des évictions de peuples autochtones de territoires utilisés par des sociétés privées a été prolongée pour une période supplémentaire de quatre ans, jusqu'en 2013, par la loi n° 26 554 du 11 décembre 2009. Cependant, en considérant le troisième rapport périodique de l'Argentine, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels constate une mise en œuvre incomplète de ces dispositions sur la propriété traditionnelle des territoires autochtones<sup>1003</sup>. Afin de combler une carence juridique, l'I.N.A.I. a proposé au Congrès en 2012 un projet de loi sur la possession et la propriété commune autochtone. De fait, une loi de 2012, unifiant les codes civil, commercial et de procédure, prévoit à l'article 18 que « les communautés autochtones jouissant d'une personnalité juridique reconnue ont le droit de possession et de propriété de leurs territoires dans le cadre défini par le livre IV, titre V du présent Code. Ils ont également le droit de participer à la gestion de leurs ressources naturelles et possèdent des droits collectifs. »<sup>1004</sup> Concernant la souveraineté sur les richesses naturelles, une loi sur la protection environnementale des forêts autochtones<sup>1005</sup> adoptée en 2007 lutte contre les excès de l'exploitation agricole préjudiciables aux peuples autochtones, bien que ses effets restent encore à démontrer avec le temps<sup>1006</sup>. En matière d'intégrité culturelle, la législation argentine reconnaît le droit des peuples autochtones à des *media* et organes de communication répondant à leur identité<sup>1007</sup>. Bien que le Rapporteur spécial considère la

---

<sup>1002</sup> *Cas examinés par le Rapporteur spécial (juin 2009-juillet 2010)*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 15 septembre 2010, A/HRC/15/37/Add.1, §25.3.m p. 24.

<sup>1003</sup> *Observations finales – Argentine*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 59<sup>e</sup> séance, 2 décembre 2011, E/C.12/ARG/CO/3, §§8-10.

<sup>1004</sup> Talia NA'AMAT, Nina OSIN, Dina PORAT (dir.), *Legislating for Equality: a Multinational Collection of Non-Discrimination Norms*, tome II: Americas, Brill, 2013, p. 31.

<sup>1005</sup> Loi n° 26 331 du 28 novembre 2007 sur la protection de l'environnement des forêts autochtones, publiée au *Boletín Oficial* n° 31 310 du 26 décembre 2007, p. 2.

<sup>1006</sup> A/HRC/21/47/Add.2, *doc. cit.*, 4 juillet 2012 (v. note 638 *supra*), §41 p. 10.

<sup>1007</sup> Loi n° 26 522 du 10 octobre 2009 sur les services de communication audiovisuels et son décret d'application n° 1225/2010 du 31 août 2010.

ratification par l'Argentine de la Convention n° 169 de l'O.I.T. en 2000 et le vote en faveur de l'adoption de la Déclaration en 2007 comme reflétant les efforts de cet Etat en vue de renforcer son cadre juridique interne en matière de droits des peuples autochtones<sup>1008</sup>, il souligne également un certain écart entre la théorie et la pratique résultant d'une application insuffisante du cadre juridique<sup>1009</sup>. Malgré la persistance d'inégalités et de discriminations à l'égard des peuples autochtones, le Rapporteur spécial reconnaît les efforts effectués par l'Argentine en vue de se conformer aux normes internationales en matière de droits des peuples autochtones<sup>1010</sup>, ce qui peut être considéré comme un indice supplémentaire du sentiment juridique accompagnant les comportements de cet Etat.

En Australie, en matière de titre autochtone, un *Native Title Amendment Bill 2012 (Cth)* a été proposé dont les dispositions marquent un certain progrès par rapport au cadre juridique existant. Ce projet de loi tend notamment à réduire les possibilités d'extinction du titre autochtone, à préciser le sens du principe de bonne foi dans le cadre des négociations entre les peuples autochtones et l'Etat sur la reconnaissance du titre autochtone, ou encore à clarifier le processus de conclusion et d'application des *Indigenous Land Use Agreements (I.L.U.A.)*. Ces mesures vont dans le sens des dispositions de la Déclaration relatives à certains droits constitutifs et principes d'application du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Ce projet de loi n'a pas été adopté par le parlement, mais des discussions restent à l'œuvre. Les efforts législatifs en matière de restitution des territoires autochtones apparaissent inégaux selon les Etats fédérés, et certains amendements apportés en 2006 à l'*Aboriginal Land Rights Act 1976* sont dénoncés comme problématiques par le Rapporteur spécial<sup>1011</sup>.

Le Bangladesh, qui s'était abstenu lors du vote à l'Assemblée générale mais a ratifié la Convention n° 107 de l'O.I.T. de 1957, a entrepris une réforme constitutionnelle en 2011 qualifiant les peuples autochtones de « tribus », de « races mineures » ou encore de « sectes et communautés ethniques »<sup>1012</sup>. En dépit de l'apparence péjorative de ces appellations, il s'agit

---

<sup>1008</sup> A/HRC/21/47/Add.2, *doc. cit.*, 4 juillet 2012 (v. note 638 *supra*), §17 p. 6.

<sup>1009</sup> *Ibid.*, résumé p. 1.

<sup>1010</sup> *Ibid.*, §65 p. 19 et §84 p. 22.

<sup>1011</sup> *Situation des peuples autochtones en Australie*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> juin 2010, A/HRC/15/37/Add.4, §§22-23 p. 8.

<sup>1012</sup> Constitution du Bangladesh du 4 novembre 1972, article 23A (introduit par la section 14 du *Constitution (Fifteenth Amendment) Act 2011 (Loi XIV de 2011)*) : « L'Etat prend des mesures en vue de protéger et de développer la culture et tradition locale unique des tribus, races mineures, communautés et sectes ethniques » ;

de la première forme de reconnaissance des peuples autochtones au plan constitutionnel. La rupture matérialisée par ce comportement apparaît plus importante que la dimension qualitative de celui-ci.

La Bolivie, dont les peuples autochtones constituent la majorité de la population, a pris des mesures parmi les plus radicales en vue de donner plein effet à la Déclaration dans son droit interne, et peut à cet égard être raisonnablement considérée comme l'un des Etats les plus avancés à ce jour. Etat partie à la Convention n° 169 de l'O.I.T. depuis 1991, la Bolivie a intégré la Déclaration dans son droit interne<sup>1013</sup> immédiatement après son adoption à l'Assemblée générale de l'O.N.U. à laquelle elle a contribué par son vote positif. Allant plus loin encore, une réforme constitutionnelle a été entreprise, donnant effet à nombre de recommandations du Rapporteur spécial, et débouchant sur l'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution le 7 février 2009. Ce document accorde une place centrale à la norme nouvelle de manière conforme à sa conception qui ressort de la Déclaration et constitue à cet égard une application de cet instrument, compte tenu du lien direct de cause à effet entre la Déclaration et les dispositions pertinentes de la Constitution<sup>1014</sup>. L'alinéa 4 de son préambule cite le droit des peuples à l'autodétermination comme présidant à l'établissement d'un Etat démocratique. L'article 2 du dispositif reconnaît expressément le droit des peuples autochtones à l'autodétermination exercé sous sa forme interne et défini comme incluant le droit à l'autonomie, à l'auto-administration, à la culture, à des institutions reconnues et à la consolidation des entités territoriales autochtones, en conformité avec la Constitution et la loi. Le chapitre 4 de la première partie de la Constitution – articles 30 à 32 – est expressément consacré aux peuples autochtones des régions rurales – « *naciones y pueblos indígena originario campesinos* ». L'article 30.II.4 reconnaît le droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme territoriale, cette fois placé côte à côte avec ses droits constitutifs énumérés de 30.II.1 à 30.II.18. L'article 269-I définit le « territoire autochtone d'origine rurale » comme l'une des entités existantes servant de socle à l'exercice de l'autonomie territoriale. Les articles 289 à 296 traitent expressément de l'autonomie comme exercice interne de l'autodétermination. Enfin, les peuples autochtones eux-mêmes ont situé

---

*The Indigenous World 2013*, Groupe de travail international pour les affaires autochtones (I.W.G.I.A.), Copenhague, 2013, p. 294.

<sup>1013</sup> Par la loi n° 3760 du 7 novembre 2007 dont l'article unique élève les 46 articles de la Déclaration au rang de loi de la République.

<sup>1014</sup> Sur la place de la Déclaration dans les dispositions de la Constitution de 2009 et dans le bloc de constitutionnalité, v. la présentation officielle par le Président Morales suivi du texte de la Constitution et d'un commentaire analytique officiel : *Constitución política del estado plurinacional de Bolivia*, publication du Ministère de la présidence, section pour la transversalisation des droits des peuples autochtones, 2009, 179 p.

la mise en œuvre des dispositions pertinentes de la nouvelle Constitution dans le cadre de la nouvelle norme<sup>1015</sup>. Une telle pratique reflète directement les dispositions pertinentes de la Déclaration. Par ailleurs, il faut noter que la Bolivie a été l'organisatrice, avec l'Union interparlementaire, d'une Conférence parlementaire internationale sur les parlements et les droits des peuples autochtones en 2014, soulignant ainsi le caractère essentiel de la consultation et du consentement libre, éclairé et préalable comme principes d'application de la norme.<sup>1016</sup>

Au Botswana, la révision constitutionnelle de 2007 a conduit à une révision de la composition de la Chambre des chefs afin d'assurer une meilleure représentation des groupes minoritaires<sup>1017</sup>. La représentation institutionnelle de certains peuples autochtones en situation de minorité numérique est ainsi améliorée. Déclaré inconstitutionnel par la Haute Cour du Botswana en 2001 en raison de son caractère discriminatoire en matière de représentation, le *Cheftainship Act 1933* a été abrogé et remplacé en 2008 par le *Bogosi Act*<sup>1018</sup> qui introduit un système représentatif moins discriminatoire à l'encontre des tribus non dominantes. Le droit autochtone coutumier est incorporé dans le cadre juridique interne du Botswana depuis son indépendance en 1966 et appliqué par les tribunaux lorsque cela est possible<sup>1019</sup>. A cet égard, il faut noter l'existence de tribunaux coutumiers encadrés par le *Customary Courts Act* de 1961, amendé en 2006, et fonctionnant selon le système de *kgotla* fondé sur la coutume des tribus majoritaires Tswana. D'autres formes d'autorité tribale sont également reconnues, ce que confirment la pratique récente et les efforts du gouvernement en vue de renforcer la position des groupes minoritaires. Cette pratique est appréciée par le Rapporteur spécial comme soutenant l'intégrité et l'identité culturelles autochtones<sup>1020</sup>.

---

<sup>1015</sup> Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de la neuvième session (19-30 avril 2010)*, Supplément n° 23 aux documents officiels du Conseil économique et social, New-York, Nations Unies, 2010, E/2010/43 – E/C.19/2010/15, §57 p. 12.

<sup>1016</sup> *Déclaration de Santa Cruz de la Sierra*, Conférence parlementaire internationale sur les parlements et les droits des peuples autochtones, organisée conjointement par l'Assemblée plurinationale législative de Bolivie et l'Union interparlementaire, Santa Cruz de la Sierra, 7-9 avril 2014 ; v. dans ce sens, *Rapport d'étape sur l'Etude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, 3<sup>e</sup> session (12-16 juillet 2010), 17 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2, §34 p. 10 : « [p]our les peuples autochtones, le droit au consentement libre, préalable et éclairé est une condition et une manifestation de l'exercice de leur droit à l'autodétermination tel qu'il est défini dans le droit international des droits de l'homme ».

<sup>1017</sup> A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §11 p. 6 et §91 p. 20.

<sup>1018</sup> *Bogosi Act*, CAP 41 : 01, Loi n° 9 de 2008, 30 avril 2008.

<sup>1019</sup> A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §13 p. 6.

<sup>1020</sup> *Ibid.*, §16 p. 7. Ce faisant, le Rapporteur spécial se réfère au soutien du Botswana à la Déclaration et examine ses comportements internes sous l'angle de l'application de cet instrument, v. *inter alia* §§14-15 pp. 6-7, §56 p. 14 et §62 p. 15. Dans ce cadre ainsi posé, il reconnaît l'importance, malgré leurs lacunes, des initiatives prises par le Gouvernement en vue d'améliorer la situation des peuples autochtones (résumé p. 1).



Le Brésil a mené récemment une activité législative relativement intense en matière de droits des peuples autochtones. Un nouveau « Statut pour les peuples autochtones » est en cours d'élaboration au Congrès national brésilien en vue d'encadrer les articles 231 et 232 de la Constitution fédérale sur les droits des peuples autochtones<sup>1021</sup>. Un autre projet de loi vise à élaborer une politique autochtone nationale<sup>1022</sup>. Si ces développements vont certainement dans le sens de la nouvelle norme, l'activité législative du Parlement a pu susciter une certaine préoccupation chez des peuples autochtones pour d'autres raisons. En effet, l'Organisation nationale des peuples autochtones du Brésil (A.P.I.B.) a soumis le 13 novembre 2012 une plainte au bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies contre les mesures récentes du Gouvernement. Sont notamment en cause une proposition d'amendement constitutionnel – PEC 215/2000 – validé par un comité parlementaire le 21 mars 2012 et visant à transférer l'autorité d'approuver la démarcation des territoires autochtones au Congrès national, ou encore un projet de loi sur les activités minières – PL 1610/1996 – qui ne tient pas suffisamment compte des droits fonciers et culturels des peuples autochtones. D'autres actes juridiques posent également problème selon les peuples autochtones eux-mêmes : l'ordonnance 2498/2011 sur le processus de démarcation des terres autochtones contourne le décret 1775/96 qui fixe les modalités de la procédure, l'ordonnance 419/2011 comporte des déficiences dans la réglementation de l'agence gouvernementale de la F.U.N.A.I. concernant les mesures d'octroi de permis environnementaux, l'ordonnance 303/2012 introduit une « normalisation » des activités de l'Administration fédérale publique en matière de garanties et de protection concernant les territoires autochtones. Ces plaintes constituent autant de reflets en creux des aspirations des peuples autochtones à définir leurs priorités et à contrôler leur destinée, dimensions essentielles du droit des peuples à l'autodétermination. En outre, le traitement de ces comportements législatifs étatiques sous l'angle de la condamnation confirme l'existence et la force des normes internationales, au premier chef de la norme nouvelle, auxquelles lesdits comportements sont opposés.

Au Burundi, qui s'est abstenu lors du vote à l'Assemblée générale, il existe un système de réserve ou de quota pour assurer la participation des peuples autochtones à la vie politique du pays, ce qui peut être souligné comme un exemple de bonne pratique en matière de

---

<sup>1021</sup> Projet n° PL 760/2011.

<sup>1022</sup> Projet de loi n° PL 3571/2008, présenté au Président de la République le 15 avril 2008 (doc. EM n° 00074 – MJ), visant à la mise en place d'un *Conselho Nacional de Política Indigenista* (CNPI). Ce projet ne doit pas être confondu avec la *Comissão Nacional de Política Indigenista*, créée par un décret du 22 mars 2006 et opérant depuis avril 2007.

représentation politique et de participation à la prise de décision, en dépit de la situation relativement désavantagée des peuples autochtones dans ce pays. En effet, l'article 141 de la Constitution de transition du 28 octobre 2001 réserve trois sièges aux peuples autochtones issus de l'ethnie batwa au Sénat. Cette disposition est reprise par l'article 180.2 de la Constitution provisoire post-transition du 22 février 2005, et en outre l'article 164 prévoit également le même quota pour la composition de l'Assemblée nationale. Ces dispositions ont été confirmées plus récemment dans le Code électoral de 2010. Illustration du fonctionnement de ce système, les élections de 2010 ont permis de dégager pour les Batwa six sièges dans chacune des deux Chambres. Dans un cadre relativement défavorable aux peuples autochtones au Burundi, il convient cependant de noter que les dispositions constitutionnelles susmentionnées en matière de participation politique constituent une nouveauté apparue à lors du processus de règlement de violents conflits ethniques et à l'époque des discussions intenses sur le projet de Déclaration au sein de l'O.N.U. dans les années précédant l'adoption du texte final. En effet, de telles dispositions sont absentes de la Constitution précédente<sup>1023</sup>. Une influence du processus d'élaboration de la Déclaration sur l'adoption de ces dispositions peut être ainsi raisonnablement présumée, notamment parce que ces mesures contrastent avec des comportements internes jusqu'alors plutôt défavorables aux peuples autochtones. Toujours en Afrique équatoriale, des dispositions constitutionnelles visant à la protection des droits des peuples autochtones, à des degrés certes variables, doivent être signalées notamment au Cameroun – Constitution de 1996 –, en République du Congo, en République démocratique du Congo, en Ouganda ou encore au Rwanda, bien que l'inapplication partielle de ces cadres porte à nuancer le constat. La Constitution du Gabon du 26 mars 1991 ne comporte aucune disposition à cet effet. Sans qu'elle ait un rapport direct avec la norme nouvelle à l'étude, la ratification de la Convention n° 169 de l'O.I.T. par la République centrafricaine le 30 août 2010 constitue un autre indice de l'attention grandissante des Etats de cette région envers les droits des peuples autochtones.

Au Cambodge, qui a voté en faveur de l'adoption de la Déclaration, il faut noter l'existence d'un cadre juridique en matière de droits fonciers autochtones. Ceux-ci font notamment l'objet, en vertu d'un sous-décret récent, de mesures de protection dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de développement. Il reste cependant beaucoup à faire pour aligner ce régime sur les normes internationales<sup>1024</sup>.

---

<sup>1023</sup> Constitution du 9 mars 1992 amendée le 13 septembre 1996.

<sup>1024</sup> A/HRC/15/37/Add.1, *doc. cit.*, 15 septembre 2010 (v. note 1002 *supra*), §78 p. 46.

Le Chili a mené en 2009 une réforme de la Constitution de 1980 en suivant un processus consultatif et participatif ayant fait place aux peuples autochtones et au Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones<sup>1025</sup>. En vertu d'une décision du Tribunal constitutionnel de 2000 qualifiant le principe de consultation des peuples autochtones d'obligation incombant au Congrès en vertu de l'article 5 de la Constitution dérivé de l'article 6 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. – que le Chili ratifiera le 15 septembre 2008<sup>1026</sup> –, les organes gouvernementaux du Mideplan et de la Corporation nationale du développement autochtone (C.O.N.A.D.I.) ont consulté les organisations et représentants autochtones à partir d'avril 2009 sur le projet de réforme constitutionnelle. Jusqu'alors législative, la reconnaissance des peuples autochtones devient constitutionnelle avec cette nouvelle étape. Cette initiative apparaît comme une conséquence au moins partielle de l'adoption de la Déclaration de 2007 qui se retrouve en effet expressément mentionnée dans la proposition présidentielle de reconnaissance constitutionnelle des peuples autochtones, formulée immédiatement après l'adoption du texte par l'Assemblée générale<sup>1027</sup>. S'appuyant sur la Déclaration entendue comme reflétant les normes internationales en matière de droits des peuples autochtones, la proposition inclut la plupart des normes ayant été identifiées par ailleurs comme des droits constitutifs de l'autodétermination, notamment le droit à l'autonomie, à l'intégrité culturelle, à la consultation ou participation, au consentement libre, préalable et éclairé ou encore les droits fonciers<sup>1028</sup>. Certes, ces droits ne sont pas expressément liés au terme « autodétermination » qui est absent du texte. Cependant, le contexte et la référence à la Déclaration, que le Chili a approuvée lors du vote, ne laissent guère de doute quant à l'applicabilité de cette norme dans le cas d'espèce.

L'idée de la réforme constitutionnelle chilienne en vue de respecter les droits des peuples autochtones a été approuvée par le Sénat le 7 avril 2009, en application de la

---

<sup>1025</sup> *La situation des peuples autochtones au Chili : suivi des recommandations formulées par le Rapporteur spécial précédent*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 5 octobre 2009, A/HRC/12/34/Add.6, appendice A, pp. 21-35.

<sup>1026</sup> Tribunal constitutionnel, décision *Rol 309* du 4 août 2000. V. aussi A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), §§16-17 pp. 7-8. Le Rapporteur place cette obligation constitutionnelle aussi à la lumière de la Déclaration de 2007, v. appendice A, §19 p. 25.

<sup>1027</sup> V. notamment le *Message de S. E. la Présidente de la République initiant un projet de réforme constitutionnelle pour la reconnaissance des peuples autochtones du Chili*, bulletin n° 5522-07, message n° 1101-355, 23 novembre 2007.

<sup>1028</sup> *Ibid.*, partie II.2 p. 3 (référence à la Déclaration) et partie III.2 à III.4 pp. 4-6.

recommandation du Rapporteur spécial dans son précédent rapport<sup>1029</sup>. L'adhésion susmentionnée du Chili à la Convention n° 169 de L'O.I.T. suit également une recommandation expresse du Rapporteur spécial formulée dans son rapport précédent<sup>1030</sup>, témoignant de l'influence de ses avis sur les comportements de l'Etat. Au plan législatif, le Gouvernement a présenté en 2009 un projet de loi en vue de garantir la participation des peuples autochtones dans la définition des politiques de l'Etat, notamment par leur présence au Parlement et au sein des institutions régionales ainsi que par la création d'un Conseil des peuples autochtones appelé à jouer un rôle représentatif en matière de consultation<sup>1031</sup>. D'autres projets de loi se sont fait jour visant à institutionnaliser les politiques autochtones en vue d'offrir un cadre plus adéquat pour la protection de leurs droits<sup>1032</sup>. Les droits concernés ont été par ailleurs reconnus comme constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Le plan du Gouvernement du 1<sup>er</sup> avril 2008 intitulé « Re-Conocer : Pacto Social por la Multiculturalidad » a été complété par l'instruction présidentielle n° 5 du 25 juin 2008 affirmant l'obligation de consulter incombant à l'Etat. Sur ce plan, un règlement provisoire a également été élaboré en vue de l'application des articles 6 et 7 de la Convention n° 169 de l'O.I.T. de 1989 et de l'article 34 de la loi n° 19 253 de 1993, dite loi autochtone. Enfin, en 2012 a été élaboré un projet de réglementation sur la consultation des peuples autochtones avec la participation du Rapporteur spécial<sup>1033</sup>. Ces efforts constitutionnels et législatifs sont relevés comme autant de progrès par le Rapporteur spécial, notamment en matière de consultation, de participation et de rétrocessions de territoires autochtones que le Gouvernement chilien semble reconnaître comme des obligations internationales<sup>1034</sup>.

Etat partie à la Convention n° 169 de l'O.I.T. depuis son entrée en vigueur en 1991, la Colombie a établi une Commission des droits de l'homme des peuples autochtones au sein du Congrès de la République qui est compétente pour examiner les questions relatives aux

---

<sup>1029</sup> E/CN.4/2004/80/Add.3, *doc. cit.*, 17 novembre 2003 (v. note 646 *supra*), §57 p. 19.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, §58 p. 19.

<sup>1031</sup> *Message de S.E. la Présidente de la République visant à l'initiation d'un projet de loi portant création d'un Ministère des affaires autochtones et d'une Agence du développement autochtone*, bulletin n° 6726-06, message n° 1254-357, 29 septembre 2009 ; *Message de S.E. la Présidente de la République initiant un projet de loi portant création d'un Conseil des peuples autochtones*, bulletin n° 6743-06, message n° 1253-357, 29 septembre 2009. Cette mesure a été accueillie favorablement par le Rapporteur spécial, v. A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), §18 p. 8.

<sup>1032</sup> V. *inter alia* *Projet portant établissement d'un sous-secrétariat aux affaires autochtones*, bulletin n° 6018-06 ; *Projet de politique sur les associations et la participation citoyenne dans la gestion publique*, bulletin n° 3562-06.

<sup>1033</sup> A/68/317, *doc. cit.*, 14 août 2013 (v. note 957 *supra*), §11 p. 5.

<sup>1034</sup> A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), §§64-65 p. 20. Autre reflet présumable de l'action du Gouvernement, le Rapporteur spécial note aussi une certaine amélioration de la situation socio-économique des peuples autochtones du Chili, en particulier une diminution importante du nombre de personnes autochtones en dessous du seuil de pauvreté depuis le rapport précédent (§7 p. 5).

peuples autochtones<sup>1035</sup>, ce qui est identifié par le Rapporteur spécial comme une bonne pratique dans les développements récents, tout comme la reconnaissance constitutionnelle d'autorités autochtones autonomes. La norme nouvelle est également mise en œuvre via un système de réserve ou de quota en vue d'assurer la participation des peuples autochtones à la vie politique. La note circulaire n° 151 de 2004 oblige à la consultation avec les autorités autochtones lorsque les forces armées doivent intervenir sur leur territoire, et la directive n° 016 de 2006 du Ministère de la Défense oblige les forces armées à protéger les peuples autochtones lorsqu'elles doivent opérer sur leurs territoires. Dans la période ayant suivi l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale – lors de laquelle la Colombie s'est abstenue –, le Gouvernement a élaboré plusieurs projets de loi visant à mieux intégrer et institutionnaliser les politiques autochtones<sup>1036</sup>. Pour apprécier ces comportements internes certes perfectibles à leur juste valeur, il convient de rappeler qu'ils se déploient dans un contexte tendu de conflit armé interne.

La République du Congo a récemment pris des mesures en faveur des droits des peuples autochtones, contrastant avec une relative inaction antérieure et une situation très défavorisée des peuples autochtones dans ce pays<sup>1037</sup>. Ce changement d'attitude même timide du Gouvernement peut être vu comme le résultat de l'influence des développements internationaux en la matière, au centre desquels l'adoption de la Déclaration. Développement principal au plan interne, la République du Congo a adopté le 25 février 2011 la loi n° 5-2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones. Certaines dispositions de cette loi ont un lien avec certains droits constitutifs de la norme nouvelle qu'elles mettent en œuvre. L'article 11 reconnaît le droit coutumier autochtone tandis que l'article 12 reconnaît les villages autochtones en tant qu'entités administratives, consacrant une forme

---

<sup>1035</sup> Décret n° 1396 du 8 août 1996, « *Creación de la Comisión de DDHH de los pueblos indígenas y del programa especial de atención a los pueblos indígenas* ».

<sup>1036</sup> V. projet de loi n° 196 de 2008 (« *por medio del cual se establece el Estatuto Integral del Derecho de los Pueblos Indígenas* ») ; projet de loi n° 32 de 2008 (« *por la cual se crea la Comisión Nacional de Desarrollo Integral para los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes y se adoptan medidas tendientes a asegurar el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio en estas poblaciones* ») ; projet de loi sur la protection des langues autochtones ("*Protección de Lenguas Nativas*"), in *La situation des peuples autochtones en Colombie : suivi des recommandations formulées par le Rapporteur spécial précédent*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 25 mai 2010, A/HRC/15/37/Add.3, §§45-46 pp. 14-15. Le Rapporteur spécial a encouragé le Gouvernement à poursuivre ses efforts législatifs, notamment en matière de consultation, en conformité avec les normes internationales et en lien avec les mécanismes pertinents des Nations Unies (§78 p. 20).

<sup>1037</sup> *La situation des peuples autochtones dans la République du Congo*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 11 juillet 2011, A/HRC/18/35/Add.5, §64 p. 18.

d'auto-administration. Les articles 13, 14 et 16 prévoient le droit des peuples autochtones de conserver leurs cultures propres, et l'article 15 garantit à cet égard le droit à la propriété intellectuelle. Le droit à l'éducation dans le respect de la culture autochtone est détaillé aux articles 17 à 21. Les droits économiques, sociaux et culturels sont également couverts. L'article 39 garantit aux peuples autochtones le droit à la consultation, notamment en matière foncière et culturelle. L'obligation de consultation de bonne foi dans le respect des normes internationales prévu à l'article 3 doit être interprété en regard de l'approbation par la République du Congo de la Déclaration lors du vote de 2007. A cet égard, l'adoption de la loi de 2011 semble corroborer les propos du Rapporteur spécial sur le sens du soutien apporté par le Congo à la Déclaration : « C'est parce que la République du Congo reconnaissait la nécessité de prêter une attention particulière aux problèmes des autochtones qu'elle a voté en 2007 pour l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. »<sup>1038</sup> De cette interprétation transparaît la prise de conscience de la nécessité sociale de la nouvelle norme. C'est le caractère collectif de cette prise de conscience, reflété par les comportements des autres Etats, qui offre la dynamique du processus coutumier. Certes, le Rapporteur spécial admet que la marge de progression demeure grande afin d'aligner les comportements internes de la République du Congo sur les normes internationales contenues dans la Déclaration<sup>1039</sup>, mais encore une fois, le tournant conscient opéré et la progression enregistrée semblent importer plus que la situation à un moment donné. La dimension diachronique et dynamique de la pratique offre ainsi une perspective qui fait défaut au point de vue statique.

En Equateur, une réforme constitutionnelle a eu lieu en 2008 à laquelle le Rapporteur spécial a participé à la demande de l'Etat. De fait, la nouvelle Constitution du 20 octobre 2008 suit l'essentiel des recommandations formulées par le Rapporteur spécial<sup>1040</sup> et place l'Equateur parmi les Etats les plus avancés en matière de reconnaissance des droits des peuples autochtones. Alignant de fait le droit interne équatorien sur l'article 3 de la

---

<sup>1038</sup> *Ibid.*, §39 p. 13. Cet engagement est répété au §57 p. 17.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, §29 p. 10 sur les carences en matière de participation des peuples autochtones aux processus de prise de décision sur les questions les concernant, §33 p. 10 sur la faible reconnaissance des droits fonciers.

<sup>1040</sup> *Observations du Rapporteur spécial concernant le processus de réforme constitutionnelle en Equateur*, juin 2008, in *Résumé des cas transmis aux Gouvernements et des réponses reçues*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 9<sup>e</sup> session, 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1, annexe 1, pp. 92-101 ; suivi des recommandations in *Observations concernant les progrès réalisés et les obstacles rencontrés dans la mise en œuvre des garanties de la Constitution politique de l'Equateur relatives aux droits des peuples autochtones*, 17 septembre 2010, A/HRC/15/37/Add.7. Le Rapporteur y recommande notamment d'établir une loi sur l'accès des peuples autochtones à la justice.

Déclaration de 2007, l'article 57.2 de la Constitution reconnaît expressément le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et à la justice autochtone coutumière<sup>1041</sup>. L'article 57.1 reconnaît l'ensemble des droits ayant été identifiés précédemment comme constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, entendu comme droit-cadre, et notamment leur dimension collective, conformément aux normes internationales. Parmi la liste de vingt-et-un droits que cet article dresse, les points 1, 9, 10 et 15 prévoient le droit à l'intégrité culturelle, aux traditions et institutions ancestrales et coutumières, ce qui implique une certaine forme d'autonomie. Le point 3 affirme le droit aux mesures de réparation. Les points 4 et 5 reconnaissent les droits fonciers ancestraux autochtones. Le point 6 consacre le droit à la participation aux activités de mise en valeur de leurs territoires. Les points 7 et 16 prévoient le droit des peuples autochtones au consentement libre, éclairé et préalable à l'adoption des mesures affectant leurs intérêts. Le point 13 envisage le droit des peuples autochtones à la protection de leur culture et de leur héritage culturel. Les points 15 et 16 affirment le droit à la participation à la vie politique du pays et au processus de prise de décision ainsi que le droit d'être représenté à l'extérieur du pays au sein des organisations internationales. Le point 18 prévoit le droit des peuples autochtones à l'établissement et au maintien de contacts avec d'autres peuples autochtones, notamment dans le cas de division d'un peuple par des frontières internationales. Cet aspect transfrontalier, qui se retrouve également dans les développements régionaux concernant le peuple sami des Etats nordiques, témoigne d'un phénomène de précision continue de la norme nouvelle à l'occasion de ses applications contextuelles<sup>1042</sup>. Enfin, le point 21 affirme le droit des peuples autochtones à une éducation reflétant leur culture. La Constitution ne formule pas explicitement le lien entre le droit à l'autodétermination (article 57.2) et ses droits constitutifs (article 57.1), mais il apparaît révélateur que ces deux faces d'une même médaille fassent l'objet de deux paragraphes distincts mais néanmoins regroupés au sein d'un même article. Ce trait semble corroborer la structuration de l'autodétermination en droit-cadre. Enfin, l'article 96 de la Constitution étend l'autodétermination entendue comme processus à tous les peuples de l'Equateur. Ce cadre juridique et les circonstances dans lesquelles il a été élaboré suggèrent le sentiment de droit accompagnant ce comportement interne de l'Equateur, qui est pleinement conforme à la norme nouvelle contenue dans la Déclaration du reste soutenue par cet Etat.

---

<sup>1041</sup> A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), §40 pp. 29-30 et la note 57 correspondante.

<sup>1042</sup> V. examen p. 542 *infra*.

Aux Etats-Unis d'Amérique, le Rapporteur spécial constate un contraste entre les développements initiaux et les comportements internes dans les dernières décennies. Ceux-ci sont considérés comme bonne pratique en matière de réalisation de l'autodétermination des peuples autochtones, en particulier les efforts de l'exécutif ces dernières années pour développer les droits des peuples autochtones<sup>1043</sup>. Point culminant de ce contraste, le ralliement des Etats-Unis d'Amérique à la Déclaration en 2010<sup>1044</sup> marque un changement de cap radical par rapport au vote négatif et aux vues exprimés par cet Etat à l'Assemblée générale en 2007. Ce tournant est reflété dans la pratique interne américaine qui semble avoir évolué depuis une approche antérieure assimilationniste vers une intégration des peuples autochtones dans un plus grand respect de leur intégrité et de leur autonomie. Le cadre juridique interne relativement progressiste et avancé par rapport aux pratiques internes d'autres Etats discrédite la tentation des Etats-Unis d'introduire une double mesure pour les peuples autochtones en matière d'autodétermination. Le maintien de l'*Alaska Native Claims Settlement Act* adopté par le Congrès en 1971 apparaît à cet égard comme une aberration anachronique. Inspirée par une approche intégrationniste abandonnée depuis, cette loi prévoit l'extinction de titres autochtones et leur remplacement par un système d'entreprises. Le Rapporteur spécial a appelé à une abrogation de ce système et à la restauration des titres autochtones<sup>1045</sup>. Cet appel est important car il confirme le caractère en pratique inacceptable de l'extinction unilatérale du titre autochtone par l'Etat, bien qu'elle soit autorisée par la *Common law*.

De même, le Rapporteur spécial exhorte le Congrès à s'abstenir d'actes d'extinction unilatérale<sup>1046</sup>. Le titre autochtone ainsi envisagé est alors entendu comme partie des droits fonciers couverts par le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Le Congrès a

---

<sup>1043</sup> *La situation des peuples autochtones aux Etats-Unis d'Amérique*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, 21<sup>e</sup> session, 30 août 2012, A/HRC/21/47/Add.1, résumé p. 2 ; Walter R. ECHO-HAWK, *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden, Fulcrum Publishing, 2013, 352 p.

<sup>1044</sup> *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, discours du Président Barack H. Obama du 16 décembre 2010, 15 p. V. pp. 497-502 *infra*.

<sup>1045</sup> A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §§59-60 p. 15.

<sup>1046</sup> *Ibid.*, §102 p. 22. L'idée du caractère inacceptable en pratique et contraire au droit international de l'extinction unilatérale du titre autochtone par l'Etat est corroborée par d'autres mécanismes institutionnels de l'O.N.U. mandatés: Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de la onzième session (7-18 mai 2012)*, E/2012/43 – E/C.19/2012/13, §6 p. 3. Elle est déjà affirmée, de manière symptomatique, concernant l'extinction des titres fonciers ayant fait l'objet d'une reconnaissance aux Etats-Unis d'Amérique (I.C.C.P.R., A/50/40, tome I, 1995, §302 p. 52) et au Canada (I.C.C.P.R., A/54/40, tome, 1999, §230 p. 48 : « *The practice of extinguishing inherent aboriginal rights is incompatible with article 1 and should be abandoned* »).



adopté en 2010 des excuses officielles du Gouvernement fédéral aux peuples autochtones ainsi qu'un appel au Président à agir en ce sens<sup>1047</sup>. Notamment, le texte prévoit que les Etats-Unis « reconnaissent la relation juridique et politique spéciale que les tribus indiennes ont avec les Etats-Unis ainsi que l'engagement solennel avec les territoires que nous partageons », « expriment [...] leur engagement [anglais : « *commitment* »] à développer les relations positives du passé et du présent en vue d'un avenir meilleur où tous les habitants de ce territoire [anglais : « *all the people of this land* »] vivent réconciliés comme frères et sœurs, et gèrent et protègent ensemble ce territoire de manière harmonieuse » et « félicitent les gouvernements d'Etats fédérés qui ont initié des efforts de réconciliation avec les tribus indiennes reconnues situées à l'intérieur de leurs frontières et encouragent tous les Gouvernements fédéraux à travailler de manière similaire en vue de réconcilier les relations avec les tribus indiennes à l'intérieur de leurs frontières. »<sup>1048</sup> Bien que l'alinéa (b) précise que cette section ne peut constituer le fondement d'une action en justice, l'engagement ainsi formulé dans un texte législatif semble excéder la simple portée politique, symbolique ou morale. Les recommandations du Rapporteur spécial en matière législative répondent à la démarche de traduire les dispositions de la Déclaration dans la législation et autres mesures internes<sup>1049</sup>, contournant ainsi le problème d'incertitude juridique lié au caractère de *soft law* de la Déclaration en opérant une application indirecte de celle-ci *via* des instruments internes obligatoires.

La pratique américaine s'enrichit également en matière d'obligation de consulter et de participation à la prise de décision et à la définition des politiques concernant les peuples autochtones. Le Mémoire présidentiel du 5 novembre 2009 détaille ainsi les aspects de la mise en œuvre de l'*executive order* n° 13 175 du 6 novembre 2000 sur la consultation et la coordination avec les gouvernements tribaux indiens, dont la section 2(c) prévoit que « Les Etats-Unis reconnaissent le droit des tribus indiennes à l'auto-administration et soutiennent la souveraineté et l'autodétermination tribales. » La formulation apparaît certes ambiguë car l'autodétermination n'y est pas qualifiée de droit. Cependant, il ne fait pas de doute que des notions aussi essentielles et univoques que la souveraineté ou l'autodétermination sont ici

---

<sup>1047</sup> *Department of Defense Appropriations Act*, 2010, public law 11-118, signé par le Président le 19 décembre 2009, H.R. 3326 (111th), section 8113 p. 45. Le Rapporteur a cependant regretté que cette excuse formelle soit réduite à une courte section noyée dans une loi volumineuse (A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §74 pp. 17-18). Les principales lois fédérales sur les droits des peuples autochtones sont regroupées sous le titre 25 de l'*U.S.C.* intitulé « Indiens ».

<sup>1048</sup> *Ibid.*, section 8113 (a) alinéas 1, 5 et 7.

<sup>1049</sup> A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §99 p. 22.

reconnues. Du reste, cette reconnaissance de principe est suivie par l'affirmation de droits et principes autrement identifiés comme droits constitutifs de la norme nouvelle. En matière de droit à l'éducation dans le respect de la culture autochtone, l'*executive order* n° 13 592 du 2 décembre 2011 sur l'amélioration des opportunités des Indiens d'Amérique et des Natifs d'Alaska en matière d'éducation et sur le renforcement des collèges et universités tribaux s'appuie explicitement sur la notion d'autodétermination tribale – section 1. Il consacre l'abandon définitif de l'approche assimilationniste ancienne et promeut une adaptation du système éducatif en vue de tenir pleinement compte des cultures et des langues autochtones. De manière générale, quelles que soient les déclarations contraires pouvant être parfois formulées, il ressort de l'examen des comportements internes pertinents des Etats-Unis d'Amérique qu'en 2014 le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est effectivement reconnu sous sa forme interne et correspond qualitativement à la norme nouvelle telle que reconnue par la Déclaration de 2007 plutôt qu'à un droit spécial. Le *Claims Resolution Act* de 2010 entérine et finance le règlement atteint en l'affaire *Cobell c. Salazar* en 2009 qui constatait des déficiences de gestion de certains comptes en fiducie autochtones<sup>1050</sup>. Cette loi inclut également quatre règlements en matière d'accès à l'eau couvrant sept tribus d'Arizona, du Montana et du Nouveau-Mexique, et prévoit la rénovation des infrastructures existantes ainsi que la construction de nouveaux projets d'infrastructure en matière d'accès à l'eau à hauteur de plus d'un milliard de dollars américains. A cette période, vingt-six règlements en matière de droits des peuples autochtones à l'eau avaient été validés par le Congrès américain<sup>1051</sup>.

En Finlande, la loi oblige le Gouvernement à consulter le peuple sami en matière de gestion des ressources forestières. La Suède et la Norvège ont des législations similaires. Depuis l'adoption de la loi sur la langue samie en 2003<sup>1052</sup>, plusieurs programmes de revitalisation de la langue samie se sont fait jour, à l'image du programme « *nest* » refondé en 2011. De plus, il faut noter la tentative de l'Etat d'intégrer ces programmes au sein

---

<sup>1050</sup> *Claims Resolution Act of 2010*, Pub. L. 111-291, H.R. 4783, promulgué le 8 décembre 2010.

<sup>1051</sup> De nombreux autres comportements internes pertinents des Etats-Unis ont un lien plus lointain avec la norme nouvelle, et il semble suffisant ici de renvoyer à une liste indicative de ces comportements établie par le Rapporteur spécial in A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), appendice I, pp. 24-33.

<sup>1052</sup> *Sámi Language Act*, loi 1086/2003 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004. Il s'agit d'un exemple parmi d'autres de réalisation de l'autonomie culturelle samie dans la patrie (« *Homeland* ») samie, conformément aux garanties législatives, aux amendements constitutionnels entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2003 et aux critères de définition de l'appartenance samie définis par la Cour suprême administrative de Finlande en 1999.

d'initiatives globales et d'inclure les peuples autochtones dans les questions de politique étrangère<sup>1053</sup>.

La France, qui a voté en faveur de la Déclaration, fait une application relativement avancée de la norme nouvelle au bénéfice des peuples autochtones de ses territoires d'outre-mer. Il faut noter à cet égard la reconnaissance des Amérindiens de Guyane comme peuples autochtones ainsi que les expériences d'autonomie politique de la Polynésie française (bénéficiant d'une autonomie politique substantielle<sup>1054</sup>) et de Wallis-et-Futuna (divisée en trois royaumes coutumiers) comme autant d'exemples d'exercice d'une forme interne du droit à l'autodétermination à la faveur d'un processus de dévolution. Ces expériences bénéficient largement aux peuples autochtones en améliorant leur participation et représentation ainsi qu'en protégeant leur droit et leurs institutions coutumiers, leur identité et intégrité culturelle. Depuis l'adoption de la Déclaration, ces processus se sont poursuivis. Le cas de la Nouvelle-Calédonie tient une place à part dans l'expérience française et constitue à certains égards un cas limite<sup>1055</sup> dans la mesure où ce territoire figure sur la liste dressée par l'O.N.U. des territoires non autonomes et par conséquent éligibles au processus de décolonisation. De fait, l'exercice du droit à l'autodétermination inclut dans ce cas la possibilité de l'accession à l'indépendance souveraine, autorisée par le droit interne français à titre d'exception. Ainsi, le droit à l'autodétermination dont il est question dans le cadre du processus de dévolution vise non le seul peuple kanak mais le peuple néo-calédonien dans son ensemble. Il reste que la large autonomie politique mise en place par le transfert progressif et irréversible de compétences satisfait pour une grande part aux critères de la norme nouvelle. De plus, les circonstances particulières au cas de la Nouvelle-Calédonie ne préjugent pas de l'absence en principe de dimension externe chez la norme nouvelle dans la mesure où ce cas particulier découle d'un arrangement consensuel et implique ainsi une autorisation expresse de l'Etat.

---

<sup>1053</sup> *Government Report to Parliament on the Human Rights Policy of Finland 2009*, publication n° 14/2009 du Ministère des affaires étrangères de la Finlande, Helsinki, 2010, 198 p.

<sup>1054</sup> La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 en fait une « collectivité d'outre-mer » (article 74 de la Constitution de 1958) et la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 « portant statut d'autonomie de la Polynésie française » en régit le statut particulier (J.O.R.F. n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183).

<sup>1055</sup> *La situation du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie (France)*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, §§15-16 p. 7. Le régime applicable à la Nouvelle-Calédonie en droit interne français semble unique à bien des égards. Notamment, la reconnaissance de droits collectifs au bénéfice du peuple kanak déroge à l'article 1 sur l'égalité des citoyens de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui demeure par ailleurs le cadre général.

Le processus de dévolution propre à la Nouvelle-Calédonie, collectivité *sui generis*, est ancré dans le cadre du droit des peuples à l'autodétermination au moins depuis les Accords de Nouméa. Il devrait entrer dans une phase cruciale après le référendum d'autodétermination qui doit conclure la phase du transfert progressif et irréversible de compétences<sup>1056</sup>. Prévu en principe entre mai 2014 et décembre 2018, il peut donner lieu jusqu'à trois consultations successives en cas de résultat défavorable à l'indépendance<sup>1057</sup>. Le système actuel respecte la structure tribale et le droit coutumier autochtone, expressément rattachés à l'autodétermination par le Rapporteur spécial<sup>1058</sup>. Les institutions représentatives font place à la représentation coutumière *via* le Congrès de la Nouvelle-Calédonie et surtout le Sénat coutumier. Les droits fonciers autochtones semblent également respectés dans l'ensemble. Le processus de dévolution a conduit à des modifications de la loi organique de 1999. Notamment, l'Assemblée nationale a adopté le 2 octobre 2013 un projet de loi organique prévoyant trois objectifs. Premièrement, il s'agit de permettre à la Nouvelle-Calédonie de se doter d'autorités administratives locales indépendantes disposant des mêmes prérogatives que leurs homologues nationales. Deuxièmement, il s'agit de conférer au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie un pouvoir de police administrative en matière de circulation aérienne et maritime, ainsi que de sécurité civile. Troisièmement, il s'agit d'accompagner les autorités néo-calédoniennes dans l'exercice de leurs nouvelles responsabilités. Ces dispositions s'inscrivent dans la logique transitionnelle visant à donner plein effet au droit du peuple néo-calédonien à l'autodétermination. Ce développement est à même de permettre au peuple kanak de mieux maîtriser son destin puisqu'il compte pour environ quarante pour cent de la population. Un Comité de pilotage sur le bilan de l'Accord de Nouméa se réunit annuellement en vue de superviser l'application du processus de dévolution et d'autodétermination. A cet égard, le onzième Comité des signataires de l'Accord de Nouméa s'est ouvert en octobre 2013.

Faisant formellement partie du Danemark, le Groenland s'est acheminé vers une autonomie politique accrue dans la période qui a suivi l'adoption de la Déclaration. Ainsi, le référendum du 25 novembre 2008 portant sur l'élargissement de l'auto-administration a

---

<sup>1056</sup> A/HRC/18/35/Add.6, *doc. cit.*, 14 septembre 2011 (v. note 1055 *supra*), §17 p. 7.

<sup>1057</sup> Article 217 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

<sup>1058</sup> A/HRC/18/35/Add.6, *doc. cit.*, 14 septembre 2011 (v. note 1055 *supra*), §20 p. 8: « L'une des caractéristiques de l'identité culturelle et de l'autodétermination kanak est la structure institutionnelle et légale traditionnelle qui régit les relations entre clans et communautés kanak et à l'intérieur même de ces groupes. ». V. aussi François GARDE, "Sur l'article 75: les autochtones et la République", *Revue française de droit administratif*, n° 1, janvier-février 1999, pp. 1-13.

ouvert la voie au remplacement du *Home Rule* par un système d'autonomie politique élargie en 2009<sup>1059</sup>. Ce processus sert directement l'autodétermination autochtone dans la mesure où le peuple inuit forme 90% de la population du Groenland. C'est avec cette réalité à l'esprit qu'il convient de lire le préambule de la loi de 2009 qui « reconna[ît] que le peuple du Groenland est un peuple au sens du droit international ayant le droit à l'autodétermination » et dont l'objectif affirmé est de renforcer la relation de partenariat entre le Danemark et le Groenland, traitant le Gouvernement du Groenland et le Gouvernement danois « en tant que partenaires égaux ». L'autonomie politique substantielle ainsi définie offre pour ainsi dire un cas d'école de l'exercice de l'autodétermination interne. Le processus à l'œuvre est une dévolution concernant tous les secteurs couverts par les droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination identifiés précédemment. Au Groenland, la gestion des ressources naturelles tient une place particulière parmi ces droits.

Le Guatemala a pris quelques mesures en matière de droits des peuples autochtones suite à l'adoption de la Déclaration, même si les comportements internes de cet Etat demeurent généralement en retrait vis-à-vis de la norme nouvelle, alors que les peuples autochtones comptent pour environ soixante pour cent de la population<sup>1060</sup>. Un projet de loi réglementant les processus de consultation des communautés a été présenté aux peuples autochtones le 24 février 2011, mais il semble que la préparation même du projet de loi soit entachée d'un manque de consultation et d'une faible représentativité.

Le Guyana a mis en place une consultation des peuples autochtones par la commission de réforme constitutionnelle en vertu du *Commission Act* du 22 janvier 1999, ce qui est perçu comme une bonne pratique par le Rapporteur spécial.

La reconnaissance d'abord timide des droits des peuples autochtones par l'Indonésie semble s'être affirmée depuis 2007<sup>1061</sup>. Cela est vrai *a fortiori* concernant certains droits

---

<sup>1059</sup> *Act on Greenland Self-Government*, loi n° 473 du 12 juin 2009, entrée en vigueur le 21 juin 2009. Le principe d'un élargissement de l'autonomie politique avait été recommandé par la Commission sur l'auto-administration dans un rapport de 2003.

<sup>1060</sup> *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., 2013, *doc. cit.* (v. note 1012 *supra*), pp. 78-86.

<sup>1061</sup> Il faut néanmoins rappeler que l'Indonésie avait exprimé lors du vote des vues similaires à celles de l'Inde, à savoir que les dispositions de la Déclaration n'étaient pas applicables sur son territoire car la totalité de sa population était considérée comme autochtone (A/61/PV.108, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 4). Elle a répété cette interprétation en 2012 à l'occasion de la procédure d'examen périodique universel auprès du Conseil des droits de l'homme. Bien que cette interprétation apparaisse douteuse compte tenu de la définition des peuples autochtones dégagée dans le chapitre précédent, elle témoigne qu'en 2007 il est difficile de déceler chez cet Etat une participation à la prise de conscience collective de la nécessité sociale de la nouvelle règle. De

constitutifs de la norme nouvelle, en témoigne l'activité législative récente. Le Gouvernement reconnaît 365 « communautés géographiquement isolées de droit coutumier » – « *komunitas adat terpencil* ». L'article 18b-2 de la Constitution du 18 août 1945 reconnaît les droits des peuples autochtones en vertu du troisième amendement constitutionnel de 2001. Bien qu'il s'agisse de la seule référence constitutionnelle aux peuples autochtones, il faut replacer celle-ci dans un cadre institutionnel accordant une place importante aux mesures d'autonomie politique ou d'auto-administration. En outre, la portée vague de cet article est susceptible d'être rapprochée de celle de la norme nouvelle lorsque sa lecture est combinée à l'article 28c-2 prévoyant que « Toute personne a le droit d'améliorer sa situation au moyen de la lutte collective pour ses droits à développer sa société, nation et Etat. » Alors qu'il existait déjà une reconnaissance implicite de certains droits des peuples autochtones dans la législation antérieure à 2007<sup>1062</sup>, cette tendance se confirme dans la période récente. Les développements récents incluent des dispositions législatives en matière d'aménagement des littoraux et îlots ou encore d'environnement qui reconnaissent dans une certaine mesure les droits des peuples autochtones, notamment en matière de possession coutumière<sup>1063</sup>. Une évolution vers une reconnaissance plus générale et systématique pourrait être à l'œuvre. En 2011 en effet, une commission législative (B.A.L.E.G.) de la Chambre des représentants a accepté d'inclure un projet de loi portant reconnaissance et protection des droits des peuples autochtones sur le programme législatif national pour 2012, bien que le processus demeure lent et peu transparent. Il reste que, selon les peuples autochtones eux-mêmes, la marge de progression demeure importante<sup>1064</sup>. A cet égard, l'influente Alliance des peuples autochtones de l'archipel (A.I.M.A.N.) a initié en 2012 une procédure devant la Cour constitutionnelle en vue d'obtenir la révision de certaines dispositions de la loi n° 41/1999 sur les activités forestières

---

fait, la confrontation de cette déclaration aux comportements internes subséquents semble refléter le caractère progressif de ladite prise de conscience ainsi que la contribution de la Déclaration à cet égard. Cet aspect touche au double rôle de la Déclaration dans l'accession de la norme nouvelle à la normativité : alors que chez une majorité d'Etats l'adoption de la déclaration représente la consécration ou l'illustration de la prise de conscience, chez une minorité elle en constitue le déclencheur. Du reste, les réserves exprimées par l'Indonésie auprès de l'O.N.U. semblent s'inscrire en contradiction avec son droit interne qui consacre une certaine forme de reconnaissance des peuples autochtones.

<sup>1062</sup> Loi n° 5/1960 du 24 septembre 1960 sur les principes de réglementation agraire (L.N.1960/104, T.L.N. n° 2043), loi n° 39/1999 du 23 septembre 1999 sur les droits de l'homme (Gazette officielle n° 165, 1999) ou encore le décret n° X/2001 de l'Assemblée consultative du peuple (M.P.R.) sur la réforme agraire. Ces textes se réfèrent aux peuples autochtones sous l'appellation *masyarakat adat* ou *masyarakat hukum adat*.

<sup>1063</sup> Loi n° 27/2007 sur la gestion de la zone costale et des îlots (Gazette officielle n° 64 de 2007) ; loi n° 32/2009 du 3 octobre 2009 sur la protection et la gestion environnementale (Gazette officielle n° 140 de 2009).

<sup>1064</sup> Alliance des peuples autochtones de l'archipel (A.M.A.N.), *Rapport de soumission au Conseil des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones en Indonésie*, examen périodique universel, 13<sup>e</sup> session, 21 mai – 1<sup>er</sup> juin 2012 (appréciant la mise en œuvre des recommandations de l'examen périodique universel de 2008) ; *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., *doc. cit.*, 2013 (v. note 1012 *supra*), pp. 250-257.

jugées préjudiciables aux peuples autochtones et contraires à la Constitution. Cette organisation de société civile a également conclu un mémorandum d'accord avec l'Agence nationale foncière en 2011, bien que sa mise en œuvre semble laborieuse. Le Congrès des peuples autochtones de l'archipel qu'elle a tenu en avril 2012 confirme l'A.I.M.A.N. comme un acteur non-gouvernemental consultatif de premier plan auprès du Gouvernement, ouvrant la perspective d'évolutions positives à venir. Au plan local, le Conseil de Malinau, dans la province de Kalimantan Timur, a adopté en 2012 un règlement reconnaissant les droits des peuples autochtones locaux et reflétant la plupart des dispositions de la Déclaration de 2007. Appréciés de manière générale, ces développements au plan interne semblent indiquer un comportement adopté par l'Indonésie dans le sens d'une mise en œuvre, encore certes limitée, de certaines dispositions de la Déclaration se rapportant à la norme nouvelle. L'orientation des développements et la conscience des normes contenues dans la Déclaration, manifestée par un soutien présumé de bonne foi lors du vote, placent ainsi l'Indonésie en situation de renforcer les deux éléments du processus coutumier au lendemain de l'adoption de la Déclaration.

Alors qu'il s'était abstenu lors du vote de 2007, le Kenya a semblé dernièrement adopter un tournant dans sa politique gouvernementale vers une plus grande reconnaissance des peuples autochtones, conformément aux dispositions de la Déclaration. L'article 56 de la Constitution du 27 août 2010 identifie spécifiquement les minorités et communautés marginalisées comme nécessitant une attention et une protection particulières de la part de l'Etat.

Le Népal a été marqué par de profonds changements sur le plan juridique et social de manière contemporaine à l'adoption de la Déclaration, à laquelle cet Etat a par ailleurs apporté son soutien. Ces changements ont permis une certaine amélioration de la position juridique des peuples autochtones. Le régime politique a été modifié en 2008, passant de la monarchie à la République, et la nouvelle Constitution du pays est en cours d'élaboration. La Constitution intérimaire entrée en vigueur le 15 janvier 2007 reconnaît la diversité de la population, l'emploi des langues au sein du Gouvernement (article 5), le droit à la protection et à la préservation des langues et des cultures, le droit à l'éducation dans sa langue (article 17) ou encore le droit à la représentation proportionnelle (article 21). L'article 13 prévoit

spécifiquement la mise en place de mesures de protection et de développement des « nationalités autochtones »<sup>1065</sup>.

Etablie le 26 mai 2000, la Commission nationale des droits de l'homme du Népal est devenue un organe constitutionnel en 2007 et a commencé à prendre en compte les questions autochtones dans sa stratégie 2008-2010. Elle a formulé quelques recommandations de réformes législatives au bénéfice des peuples autochtones, et elle travaille en collaboration avec la Fondation nationale pour le développement des nationalités autochtones (N.F.D.I.N.)<sup>1066</sup>. La N.F.D.I.N. a pour objectif notamment de promouvoir le développement des « nationalités autochtones », de promouvoir et préserver les langues, cultures et savoirs traditionnels autochtones ou encore d'encourager la participation des peuples autochtones dans le développement national<sup>1067</sup>. Ces objectifs apparaissent comme autant de formes d'exercice de la norme nouvelle. Une nouvelle Commission nationale des droits de l'homme a été mise en place en 2012<sup>1068</sup> qui, tout en couvrant les droits de l'homme de manière générale dans le pays, inclut *ipso facto* ceux des peuples autochtones et offre un levier supplémentaire pour leur reconnaissance. Plusieurs autres actes législatifs consacrent un certain degré de reconnaissance et de protection des droits des peuples autochtones<sup>1069</sup>. Le *Civil Service Act* a été amendé en 2007 afin d'améliorer la représentation des peuples autochtones par l'instauration de quotas au sein des administrations publiques. Ces efforts sont décrits par le Rapporteur spécial comme reflétant l'engagement du Népal à respecter les normes

---

<sup>1065</sup> V. aussi A/HRC/12/34/Add.3, *doc. cit.*, 20 juillet 2009 (v. note 998 *supra*), §20 p. 8. Au plan législatif, il faut rappeler l'existence du *Local Self-Governance Act*, loi de 2055 (1999) qui reconnaît l'exclusion historique des peuples autochtones vis-à-vis du développement national ainsi que la nécessité d'inclure au moins un représentant autochtone dans les conseils municipaux et régionaux. Cette loi vise à renforcer notamment leur participation (v. préambule et articles 8.c, 75.2.c, 172.2.e).

<sup>1066</sup> *Summary Report of NHRC Recommendations upon Complaints in a Decade (2000-2010)*, Commission nationale des droits de l'homme, Harihar Bhawan, Lalitpur, novembre 2010, §3.7 p. 17. La Fondation nationale pour le développement des nationalités autochtones (N.F.D.I.N.) a été établie par le *National Foundation for Development of Indigenous Nationalities Act*, loi n° 20 de 2058 (2002), 25 octobre 2002. Une certaine coopération a lieu entre les organismes d'Etat et la société civile représentant les peuples autochtones, dont la principale organisation non-gouvernementale fédérative est la *Nepal Federation of Indigenous Nationalities*, créée en 1990.

<sup>1067</sup> Loi n° 20 de 2058 (2002) précitée, article 5. En vue d'atteindre lesdits objectifs définis à l'article 5, l'article 6 prévoit notamment la protection des savoirs et cultures traditionnels par le droit à la propriété intellectuelle, l'adoption de programmes spéciaux en vue d'améliorer le développement économique des nationalités autochtones ou encore d' « établir des relations amicales avec les associations internationales ayant des objectifs similaires et échanger des informations pertinentes de manière bénéfique aux deux parties » (article 6.k). Cette dernière disposition apparaît susceptible d'opérer le lien avec les organismes spécialisés des Nations Unies en vue d'une transposition progressive des dispositions de la Déclaration de 2007 dans les droits internes selon la dynamique exhortatoire généralement à l'œuvre.

<sup>1068</sup> *National Human Rights Commission Act*, loi n° 14 de 2068 (2012), publiée le 21 janvier 2012 (2068.10.7).

<sup>1069</sup> V. *inter alia* Plan intérimaire triennal (2007) ; amendements apportés en 2007 aux lois sur le service civil au Népal, à la loi militaire et au règlement sur la police ; ordonnance sur l'inclusion dans le service public de 2009.



internationales<sup>1070</sup>. Bien que le Népal ait insisté lors du vote sur l'absence d'obligation juridique découlant de la Déclaration, le Rapporteur spécial effectue son évaluation des comportements internes du Népal à la lumière des normes qu'elle contient, fournissant ainsi un exemple particulièrement limpide du déploiement de la *soft law* et de sa solidification progressive dans le champ de la *lex lata*<sup>1071</sup>.

Concernant le processus d'élaboration d'une nouvelle Constitution, il faut noter une augmentation de la présence de membres autochtones au sein de la première Assemblée constituante élue le 10 avril 2008 et dissoute le 28 mai 2012. Cette assemblée fonctionnait selon un système proportionnel mixte de représentation<sup>1072</sup>. Dans ce cadre, des efforts ont été entrepris en vue d'assurer une consultation des peuples autochtones sur certains choix politiques ainsi qu'une participation et une représentation adéquates des peuples autochtones au sein de la N.F.D.I.N., de la *Task Force* destinée à appliquer la Convention n° 169 de l'O.I.T. et du programme R.E.D.D.+ (*Reduced Emissions from Deforestation and Forest Degradation*) des Nations Unies. Il faut cependant noter la persistance de problèmes et de discriminations tels que la dépossession foncière et le maintien d'anciennes lois régressives.

Au Nicaragua, le Comité des affaires ethniques de l'Assemblée nationale a initié en 2012 des discussions concernant un projet de « Loi sur les territoires des peuples autochtones et d'ascendance africaine ». Si le texte semble devoir reprendre les dispositions de certaines lois antérieures<sup>1073</sup>, il n'en constitue pas moins une avancée vers un cadre plus général et systématisé. Ce cadre juridique existant en cours de définition doit permettre la démarcation des territoires autochtones et la délivrance de titres autochtones. La tendance à mettre en place une loi générale sur la protection des droits des peuples autochtones, suivant les normes

---

<sup>1070</sup> A/HRC/12/34/Add.3, *doc. cit.*, 20 juillet 2009 (v. note 998 *supra*), §§24-25 pp. 8-9. Il note le soutien du Népal à la Déclaration lors du vote et sa ratification de la Convention n° 169 de l'O.I.T. le lendemain, suivi de l'établissement d'une *Task Force* en vue de son application.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, v. *inter alia* §49 p. 14 sur la valeur juridique de la Déclaration excédant la *lex ferenda*, §§59-63 p. 17 sur le fédéralisme comme forme d'exercice du droit des peuples à l'autodétermination sous sa forme interne (avec une référence expresse aux articles 3 et 4 de la Déclaration) conformément aux engagements internationaux du Népal et §77 p. 21 sur l'inclusion de la Déclaration dans le cadre juridique pertinent en matière de droits des peuples autochtones.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, §53 p. 15.

<sup>1073</sup> Notamment le *Statut d'autonomie des régions de la côte atlantique du Nicaragua* (loi n° 28, publié au journal officiel 'La Gaceta' n° 238 du 30 octobre 1987), la *loi sur le régime de propriété commune pour les communautés ethniques et autochtones sur la côte atlantique et les rivières Bocay, Coco et Indio Maíz* (loi n° 445 du 13 décembre 2002) et la *Loi sur le cadastre national* (loi n° 509 du 11 novembre 2004, publié au journal officiel 'La Gaceta' n° 11 du 17 janvier 2005). L'arrêt précité *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 2001 (v. note 579 *supra*) a eu une influence décisive dans l'adoption de ces deux derniers textes.

contenues dans la Déclaration, se retrouve chez d'autres Etats comme décrit par ailleurs, notamment en République du Congo. Cette approche générale qui fait écho au texte unique de la Déclaration semble témoigner chez les Etats concernés d'une évolution vers plus de clarté et de cohérence dans la rationalisation du cadre juridique interne. Au Nicaragua, la problématique des peuples autochtones a tendance à être rapprochée de celle des personnes d'ascendance africaine en raison d'enjeux similaires. Ce trait qui se retrouve dans un certain nombre d'Etats d'Amérique centrale et latine a attiré l'attention de l'Organisation des Etats américains (O.E.A.), de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>1074</sup>. De même, répétant son approche méthodologique à l'œuvre concernant les minorités nationales et les peuples autochtones, l'O.N.U. a proclamé une décennie internationale pour les personnes d'ascendance africaine<sup>1075</sup> et a mis en place un Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine. Cependant, le recours au terme de « personnes » ainsi que le traitement institutionnel séparé suggère que cette catégorie ne constitue pas à proprement parler des peuples autochtones, en dépit de certains traits communs.

Après l'adoption de la Déclaration, la Norvège a continué de développer son cadre juridique interne vers une meilleure protection des droits du peuple autochtone sami en lien notamment avec certains aspects constitutifs de la norme nouvelle<sup>1076</sup>. Le *Planning and Building Act* de 2008 autorise le Parlement sami norvégien à formuler des objections concernant des mesures de planification affectant leurs intérêts<sup>1077</sup>. Afin de compléter la loi sur le comté de Finnmark de 2005<sup>1078</sup>, le *Standing Committee on Justice* du Parlement norvégien et le Gouvernement ont mis en place le Comité sur la pêche côtière qui a reconnu les droits de pêche ancestraux des peuples autochtones sur la côte du comté de Finnmark en

---

<sup>1074</sup> V. jurisprudence régionale pp. 507-510 *infra*.

<sup>1075</sup> Résolution 68/237 de l'Assemblée générale du 23 décembre 2013 sur la proclamation de la décennie internationale pour les personnes d'ascendance africaine (couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier 2015 au 31 décembre 2024). V. aussi résolution A/HRC/25/L.23 du Conseil des droits de l'homme dans le même sens (2014).

<sup>1076</sup> Il peut être bon de rappeler certains éléments du cadre juridique mis en place précédemment, à savoir la *Loi concernant le Sámeting (Parlement sami) et d'autres questions juridiques liées aux Samis (Sámi Act)*, loi n° 56 du 12 juin 1987, qui met en place le Parlement sami norvégien (Sámeting) comme organe représentatif élu exerçant également certaines fonctions administratives, ou encore l'accord de principe du 11 mai 2005 sur les procédures de consultation entre l'Etat et le parlement sami (cité par le Rapporteur spécial comme une bonne pratique in *Situation du peuple sami dans la région Sápmi de Norvège, Suède et Finlande*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 6 juin 2011, A/HRC/18/35/Add.2, §17 p. 7).

<sup>1077</sup> *Act Relating to Planning and the Processing of Building Applications*, loi n° 71 du 27 juin 2008, sections 1.9, 3.1(c), 3.2 et 5.4.

<sup>1078</sup> V. partie I, titre 2.

application du droit international<sup>1079</sup>. Le *Norway Mineral Act* de 2009 impose la sauvegarde de la vie culturelle samie et autorise le Parlement sami norvégien à donner son avis concernant l'octroi de permis d'exploitation dans le comté de Finnmark<sup>1080</sup>. En évaluant les comportements internes de la Norvège, le Rapporteur spécial cite côte à côte la Déclaration de 2007 et les textes obligatoires parmi les instruments internationaux auxquels cet Etat est partie sans opérer de distinction particulière en matière de portée juridique<sup>1081</sup>, ce qui suggère un certain renforcement du statut de la Déclaration. De plus, le Rapporteur spécial adopte une approche comparative entre les pratiques internes et régionales des trois Etats nordiques que sont la Finlande, la Norvège et la Suède, contribuant ainsi à renforcer la pression sur les Etats liée à sa démarche exhortatoire. De plus, un indice tendant à corroborer la cristallisation de la norme à l'étude peut être apporté par la posture du Rapporteur spécial lorsqu'il apprécie la marge de progression restante. En effet, cette posture consiste apparemment à traiter certains comportements comme des violations, et non comme des déviations, de plusieurs aspects de la norme nouvelle<sup>1082</sup>.

En Nouvelle-Zélande, un développement législatif majeur est intervenu dans la période suivant l'adoption de la Déclaration. Le *Marine and Coastal Area Act* adopté en 2011<sup>1083</sup> abroge le *Foreshore and Seabed Act* de 2004, répondant de fait aux préoccupations répétées des mécanismes de l'O.N.U. critiques à l'égard de ce dernier texte controversé<sup>1084</sup>. La loi de 2011 offre une meilleure protection du titre autochtone couvrant les zones littorales et marines en revenant sur le système discriminatoire instauré par la loi de 2004 qui consistait à geler les titres autochtones sur l'estran et les fonds marins. En restaurant les titres autochtones affectés, la loi de 2011 place la Nouvelle-Zélande en conformité avec la plupart des dispositions de la Déclaration de 2007 et témoigne de l'influence des mécanismes de l'O.N.U. compétents sur le comportement interne de cet Etat<sup>1085</sup>. Autre indice de cette influence sur l'alignement des comportements interne sur les normes internationales nouvelles

---

<sup>1079</sup> NOU 2008 :5, 18 février 2008, cité in A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §54 p. 15.

<sup>1080</sup> Loi n° 101 du 19 juin 2009, section 2-b et 10, respectivement.

<sup>1081</sup> A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §20 p. 7.

<sup>1082</sup> *Ibid.*, §§41 et 43 p. 12, par exemple en matière budgétaire. V. aussi le *Rapport du Groupe de travail sur l'examen périodique universel – Norvège*, Conseil des droits de l'homme, 13<sup>e</sup> session, 4 janvier 2010, A/HRC/13/5, §24 p. 5.

<sup>1083</sup> *Marine and Coastal Area (Takutai Moana) Act 2011*, Public Act, 2011 n° 3, approuvée le 31 mars 2011 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011.

<sup>1084</sup> V. *inter alia* les critiques formulées en 2006 par le Rapporteur spécial sur la loi de 2004 (v. note 629 *supra*).

<sup>1085</sup> A cet égard, le deuxième alinéa du préambule de la loi de 2011 fait explicitement référence aux condamnations de la loi de 2004 de la part du Tribunal de Waitangi, du Rapporteur spécial et du Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

et sur la consolidation du sentiment de droit, ce développement intervient d'ailleurs après le ralliement de la Nouvelle-Zélande à la Déclaration, abandonnant ainsi sa position hostile initiale. Cela contribue en retour à parachever et à confirmer *a posteriori* la consolidation de ces normes internationales. A noter également que l'adoption de la loi de 2011 suite aux diverses pressions offre une illustration supplémentaire du caractère inacceptable, à l'aune des normes internationales applicables, de l'extinction unilatérale du titre autochtone par l'Etat, quand bien même la doctrine du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* l'autorise. Cela reflète les deux dimensions du titre autochtones déjà examinées, à savoir que celui-ci équivaut à une tolérance discrétionnaire de la Couronne sous *Common law* alors qu'il apparaît assimilable à un droit sous l'angle du droit international. Toujours au plan législatif, la Nouvelle-Zélande continue de préciser et de mettre en œuvre les principes du Traité de Waitangi, progressivement identifiés par les juridictions internes par opposition à la lettre du Traité et matérialisant le statut constitutionnel de celui-ci, en l'absence de son incorporation formelle au bloc de constitutionnalité. Offrant l'avantage certain de la flexibilité du traité au passage du temps<sup>1086</sup> et de la sauvegarde de son principe ainsi que de ses objectifs, ce système tend néanmoins à diluer les responsabilités de l'Etat en les rendant plus aléatoires et moins facilement identifiables<sup>1087</sup>. Le Rapporteur spécial a conseillé sur ce point d'institutionnaliser davantage les droits des Māoris et les principes du Traité de Waitangi dans le bloc de constitutionnalité néo-zélandais en vue d'augmenter leur sécurité juridique.

Le Panama, qui a voté en faveur de la Déclaration, possède certaines dispositions législatives et constitutionnelles en faveur des droits des peuples autochtones<sup>1088</sup>, bien que ce cadre juridique demeure faiblement appliqué, laissant les peuples autochtones du pays dans une situation de vulnérabilité certaine. Parmi les développements liés à la norme à l'étude

---

<sup>1086</sup> Cette solution offre également l'avantage d'une flexibilité pragmatique face aux interprétations et traductions conflictuelles des versions du Traité en langues anglaise et māorie. Notamment, alors que l'article 1 de la version anglaise prévoit un transfert total et sans réserve de la souveraineté māorie à la Couronne britannique, l'article 2 de la version māorie garantit la rétention par les Māoris signataires du *tino rangatiratanga*, concept analogue à celui de souveraineté ou d'autodétermination.

<sup>1087</sup> *Renseignements fournis par le Gouvernement néo-zélandais sur la suite donnée aux observations finales du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, 21 janvier 2009, CERD/C/NZL/CO/17/Add.1, §4 pp. 2-3. Les cinq principes du Traité identifiés reflètent certains droits constitutifs de la nouvelle norme.

<sup>1088</sup> Notamment, la Constitution de 1972, maintes fois amendée depuis, reconnaît les langues autochtones et promeut leur conservation et leur dissémination ainsi que le bilinguisme dans l'enseignement (article 88). Elle reconnaît « l'identité ethnique des communautés autochtones nationales », promeut la préservation de leurs cultures et de leurs langues ainsi que leur plein développement en tant que groupes humains (article 90). L'article 108 prévoit des programmes d'éducation respectueux de la culture autochtone. Les articles 124 et 126.4 prévoient une attention particulière de l'Etat envers les communautés autochtones agricoles en vue d'assurer leur participation dans la vie économique, sociale et politique de la vie politique du pays. L'article 127 garantit les droits fonciers autochtones ainsi que leur propriété collective, en vue d'assurer leur bien-être économique.

intervenues après l'adoption de la Déclaration, il convient de relever la reconnaissance des langues et alphabets autochtones par une loi de 2010<sup>1089</sup>. Le système de *comarca indígena* permettant la mise en place de régions administratives autochtones peut être cité comme une forme d'exercice interne de l'autodétermination entendue comme autonomie, bien que des progrès restent à faire en vue d'établir une véritable autonomie politique. Un dialogue direct a parfois émergé entre les autorités de ces régions autochtones et l'Etat, conduisant à une certaine coopération et à une amélioration de l'exercice de leurs droits par les peuples autochtones concernés. Par exemple, le peuple autochtone Ngäbe-Buglé a obtenu la création de sa propre *comarca* en 1997 et a depuis réussi à exercer son droit au consentement libre, éclairé et préalable en menant des consultations avec l'Etat concernant certains projets d'exploitation minière et aboutissant en 2012 à l'adoption d'une loi protégeant leurs droits à cet égard<sup>1090</sup>.

Absente lors du vote de 2007, la Papouasie-Nouvelle-Guinée semble être revenue en 2010 sur les droits fonciers ancestraux des peuples autochtones pourtant reconnus par la doctrine du titre autochtone<sup>1091</sup>. En effet, le Gouvernement a tenté d'introduire une loi d'urgence affectant les droits des propriétaires fonciers constitutionnellement garantis, ayant de fait une incidence sur les droits fonciers autochtones. Bien que les raisons de son adoption semblent puiser leurs racines dans un certain opportunisme de la classe politique, cette mesure draconienne, introduite au nom de l'« intérêt national », s'inscrit en contradiction des dispositions de la Déclaration.

La Fédération de Russie, qui témoigne pourtant d'une pratique encourageante sur d'autres plans<sup>1092</sup>, a opéré en 2009 certaines réformes législatives susceptibles d'affecter négativement le comportement interne général de cet Etat. Notamment, deux dispositions de la loi sur les garanties apportées aux peuples autochtones ont été abrogées, concernant d'une

---

<sup>1089</sup> Loi n° 88 de 2010 reconnaissant les langues et les alphabets des peuples autochtones du Panama et fixant les règles pour l'éducation interculturelle bilingue, adoptée par l'Assemblée nationale le 22 novembre 2010 et publiée à la Gazette officielle n° 26 669-A du 26 novembre 2010.

<sup>1090</sup> Loi n° 11 de 2012 établissant un régime spécial pour la protection des ressources minérales, hydriques et environnementales dans la *comarca* ngäbe-buglé, adoptée et publiée à la Gazette officielle n° 27 001 du 26 mars 2012.

<sup>1091</sup> Amendement introduit le 27 mai 2010 à la *Loi sur l'environnement de 2000* (loi n° 64 de 2000, certifiée le 19 avril 2001). La note explicative fournie aux *media* est formulée ainsi : « The law is being made in light of the recent Court decision that has exposed resource projects to the risk that permits granted by the State in satisfaction of legal and scientific requirements may not be enforceable ». Les sociétés d'exploitation et d'extraction des ressources naturelles pouvaient jusqu'alors voir leurs activités bloquées par l'objection de propriétaires fonciers (y compris autochtones) affectés.

<sup>1092</sup> V. pp. 469-475 *infra*.

part la possession de territoires et de lieux culturels ancestraux, et d'autre part la représentation des peuples autochtones au sein des autorités régionales et locales<sup>1093</sup>. Ces changements apparaissent cependant mineurs.

Le Salvador ne possède pas de législation nationale reconnaissant les peuples autochtones. La Constitution du 15 décembre 1983 ne reconnaît pas non plus les peuples autochtones du pays, bien que certaines de ses dispositions semblent s'y référer implicitement. C'est le cas par exemple de l'article 63 qui prévoit que « les richesses artistiques, historiques et archéologiques du pays font partie du trésor culturel salvadorien qui doit être sauvegardé par l'Etat et soumis à des lois spéciales aux fins de sa conservation ». Une proposition de réforme constitutionnelle a été néanmoins adoptée en 2012 amendant notamment cet article : « Le Salvador reconnaît les peuples autochtones et adopte des politiques aux fins de maintenir et de développer son identité ethnique et culturelle, sa vision du monde, ses valeurs et sa spiritualité »<sup>1094</sup>. De cette formulation transparaissent certains droits constitutifs de la norme nouvelle. Le Salvador a voté en faveur de l'adoption de la Déclaration, ce que le Rapporteur spécial décrit comme le prélude à un avancement significatif des normes pertinentes dans cet Etat<sup>1095</sup> qui est également partie aux deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966 ainsi qu'à la Convention n° 107 de l'O.I.T. de 1957. Dans la mesure où l'article 144 de la Constitution affirme que le droit international fait partie du droit interne et qu'en cas de conflit de normes le premier prévaut sur le second, il faut conclure que les dispositions de ces instruments conventionnels font partie du droit interne de l'Etat. Ce rapport du Salvador envers la Déclaration et les

---

<sup>1093</sup> Loi fédérale n° 40-FZ du 5 avril 2009 amendant la loi fédérale n° 82-FZ « sur les garanties des droits des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie » du 30 avril 1999. D'autres réglementations ayant trait à la norme à l'étude ont été également amendées, notamment concernant l'utilisation de certaines catégories foncières par les peuples autochtones dans les Codes foncier, forestier et de l'eau ; pour une description détaillée de la législation russe et des modifications apportées en 2009, v. Maxim ZADORIN, *Theme 5. Russian Legislation on Indigenous Peoples*, Arkhangelsk, R.A.I.P.O.N. et Northern Arctic Federal University, 2012, 26 p. ; *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., *doc. cit.*, 2013 (v. note 1012 *supra*), pp. 26-36.

<sup>1094</sup> Assemblée législative, *accord de réformes constitutionnelles n° 5*, 25 avril 2012 ; *La situation des peuples autochtones en El Salvador*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 25 juin 2013, A/HRC/24/41/Add.2, §14 p. 6. Les amendements à l'article 63 de la Constitution ont été finalement ratifiés par le Parlement salvadorien le 12 juin 2014, faisant ainsi suite à la recommandation du Rapporteur spécial (v. Déclaration du Rapporteur spécial, Victoria L. Tauli-Corpuz : « UN Expert congratulates El Salvador on reforms to Constitution recognizing indigenous peoples », 17 juin 2014).

<sup>1095</sup> A/HRC/24/41/Add.2, *doc. cit.*, 25 juin 2013 (v. note 1094 *supra*), §22 p. 8 : « Depuis son vote en faveur de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones en 2007, le Gouvernement du Salvador a promu quelques avancées significatives vers le respect des droits des peuples autochtones dans le pays ». Une telle formulation semble sous-entendre que les avancées en questions se mesurent à l'aune des dispositions de la Déclaration, au premier chef desquelles se trouve la norme à l'étude.

instruments conventionnels pertinents permet de déduire que la norme nouvelle est acceptée par cet Etat, nonobstant un éventuel retard dans sa pleine reconnaissance et application au plan interne. Le cadre juridique national étant ainsi posé, il faut en outre souligner des développements juridiques récents significatifs au niveau local. Un certain nombre de municipalités ont adopté des ordonnances reconnaissant les peuples autochtones locaux et garantissant leurs droits<sup>1096</sup>. Ces ordonnances reconnaissent les droits économiques, fonciers et au développement des peuples autochtones. Leur trait le plus remarquable demeure cependant l'article 4 prévoyant que les peuples autochtones jouissent de « tous les droits les concernant conformément à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones »<sup>1097</sup>. Par cette disposition, la Déclaration se trouve intégrée dans le droit positif interne, parmi les normes internationales pertinentes. Ses dispositions acquièrent ainsi un caractère obligatoire sur le territoire des municipalités en question et prévalent sur les autres normes en cas de conflit, conformément à l'article 144 de la Constitution. L'article 35 de l'ordonnance de Nahuizalco établit un Conseil des communautés autochtones investi de fonctions représentatives et consultatives. L'article 31 de l'ordonnance d'Izalco met en également œuvre le principe de consultation.

En Suède, une réforme constitutionnelle<sup>1098</sup> est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 reconnaissant les Samis en tant que peuple et les distinguant ainsi des autres groupes minoritaires du pays<sup>1099</sup>. Cette reconnaissance fait droit à une revendication des Samis suédois de longue date, répond au principe d'auto-identification et pose les conditions d'un renforcement de la relation de partenariat entre le peuple sami et l'Etat. Le Gouvernement a récemment poursuivi ses efforts en vue de mettre au point un projet de loi visant à régler les problèmes propres au peuple sami et à répondre à ses revendications<sup>1100</sup>, bien que ce texte ait été critiqué par les représentants autochtones pour ne pas traiter leurs aspirations et problèmes

---

<sup>1096</sup> Municipalité de Nahuizalco, *ordonnance municipale sur les droits des communautés autochtones asentadas dans la municipalité de Nahuizalco*, décret n° 1 du 24 octobre 2010, publié au journal officiel n° 126 du 6 juin 2011, p. 392 ; Municipalité d'Izalco, *ordonnance municipale sur les droits de la communauté autochtone d'Izalco*, décret n° 2 du 11 avril 2012, journal officiel n° 75 du 25 avril 2012, p. 395. L'article 3 commun de ces deux ordonnances reconnaît les peuples autochtones de ces municipalités comme les « premiers habitants » du territoire, soit l'un des fondements du statut de peuple autochtone identifié au chapitre précédent. V. A/HRC/24/41/Add.2, *doc. cit.*, 25 juin 2013 (v. note 1094 *supra*), §29 p. 9.

<sup>1097</sup> *Ibid.*, §31 p. 10.

<sup>1098</sup> Proposition du gouvernement 2009/10 : 80, « *A Reformed Constitution* ».

<sup>1099</sup> Code suédois des statuts (« *Svensk författningssamling* »), S.F.S. 2011 : 109, portant publication de la réforme du gouvernement 2010 : 1408, section 2.6 : « le peuple sami et les minorités ethniques, linguistiques et religieuses ont la faculté de préserver et de développer leur propre vie culturelle et sociale », v. notamment la distinction de principe opérée par la formulation entre les minorités nationales et le peuple sami autochtone.

<sup>1100</sup> *Vissa samopolitiska frågor* (certaines questions de politique sami), Ministère de l'Agriculture, Ds 2009 : 40, Stockholm, 2009, 149 p.

principaux ainsi qu'en raison d'un manque de consultation dans son élaboration. Le Parlement sami suédois a rejeté le projet, ce qui a contraint le Gouvernement à retirer le texte et à engager un dialogue avec les Samis. Cet épilogue, qui confirme la plupart des développements constatés dans d'autres Etats, fait apparaître le principe de consultation de bonne foi, entendu au sens large, comme une forme ou modalité d'exercice de la norme à l'étude, qui transparaît dans tous les aspects de son exercice. Comme modalité de son exercice, le principe de la consultation de bonne foi englobe ainsi la norme à l'étude. Ce principe, qui fait pleinement partie de la norme à l'étude structurée en droit-cadre, apparaît comme un principe légitimateur de l'exercice de la norme, dont le respect entérine la bonne application de la norme et le non-respect est susceptible de l'invalider. En effet, le principe de consultation de bonne foi apparaît intimement lié au principe d'auto-identification autochtone, au principe du consentement libre, préalable et éclairé ainsi qu'à la faculté pour un peuple de maîtriser son propre destin. Ainsi, l'exercice de chaque droit constitutif de la norme à l'étude et formant son contenu doit faire l'objet d'un processus de consultation de bonne foi entre les peuples autochtones et l'Etat afin d'être respecté. De fait, dans la plupart des comportements étatiques examinés, l'absence d'un processus de consultation mené en bonne et due forme et de bonne foi conduit à invalider, aux yeux des peuples autochtones concernés, les comportements adoptés par l'Etat, quand bien même ils iraient dans le sens d'une application de la norme à l'étude.

Au Suriname, le Rapporteur spécial a conseillé le Gouvernement en mars 2011 en vue de la mise en place d'une loi sur la protection des droits fonciers des peuples autochtones<sup>1101</sup>. En outre, des efforts sont en cours pour l'élaboration d'une loi posant le cadre général de la protection des droits des peuples autochtones. Les peuples autochtones du pays ont proposé à l'Etat de reconnaître leur droit à l'autodétermination, requête restée pour l'instant sans suite<sup>1102</sup>. Comme dans l'appréciation des comportements d'autres Etats, le principe de consultation de bonne foi entre l'Etat et les peuples autochtones se présente comme un moyen englobant de réalisation de la norme nouvelle, conditionnant, gouvernant et légitimant l'application de chacun de ses droits constitutifs.

---

<sup>1101</sup> *Mesures nécessaires pour assurer les droits fonciers et y relatifs des peuples autochtones et tribaux au Suriname*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 18 août 2011, A/HRC/18/35/Add.7, qui place le principe de consultation de bonne foi au cœur de ce processus législatif et de l'exercice des droits fonciers.

<sup>1102</sup> *Ibid.*, §§29-30 p. 12.



L'examen des comportements législatifs et constitutionnels des Etats suggère l'influence ordonnatrice de la Déclaration sur les comportements internes des Etats dont la tendance à un alignement progressif apparaît nettement se confirmer après 2007.

### B – Mécanismes institutionnels et initiatives politiques

Les comportements des Etats sur le plan des mécanismes institutionnels ainsi que des mesures, programmes et institutions politiques suggèrent une convergence des comportements internes des Etats orientés psychologiquement notamment par la Déclaration.

En Argentine, le décret présidentiel n° 700/2010 du 20 mai 2010 met en place la *Commission for Analysis of the Implementation of Indigenous Community Ownership*.

Le gouvernement de l'Australie a adressé en 2008 ses excuses publiques aux peuples autochtones du pays en raison des persécutions et discriminations systématiques passées, démarche entérinée par le Parlement. Anticipant le tournant à venir dans l'attitude de l'Australie et notamment son ralliement à la Déclaration, le discours est formulé en termes de réparation, de réconciliation nationale et de formation d'une relation de partenariat entre les peuples autochtones et le reste de la population nationale<sup>1103</sup>. En outre, le gouvernement a développé une pratique consistant à commander de nombreux rapports thématiques sur lesquels il s'appuie afin d'orienter l'élaboration de ses politiques et sa prise de décision. De tels rapports sont généralement élaborés par des commissions dédiées et formulent des recommandations à l'adresse du gouvernement et des agences gouvernementales. Au titre de cette pratique, le rapport *Bringing Them Home* de 1997 a guidé les efforts continus du gouvernement jusqu'à l'époque actuelle en vue de mettre en œuvre ses recommandations en matière de réparation. Egalement, un *Social Justice Report* est publié annuellement depuis 1993 par la Commission et le Commissaire de la justice sociale pour les Aborigènes et les insulaires du détroit de Torres, que le Rapporteur spécial cite comme un exemple de bonne pratique en matière de consultation et de participation<sup>1104</sup>.

---

<sup>1103</sup> Discours du Premier ministre Kevin Rudd du 13 février 2008 devant le 42<sup>e</sup> Parlement du Commonwealth. V. notamment le passage suivant : “*Most old approaches [towards indigenous Australians] are not working. We need [...] a new beginning, a new partnership, on closing the gap*”.

<sup>1104</sup> A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), §51 pp. 31-32. Comme exemple de ces rapports, v. *Social Justice and Native Title Report 2013*, Aboriginal and Torres Strait Social Justice

Parmi ses objectifs, le Commissaire vise à promouvoir la pleine application des normes contenues dans la Déclaration de 2007, y compris le droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1105</sup>. L'évolution des comportements de l'Australie et l'émergence du sentiment juridique apparaissent évidents lorsque cette formulation expresse par une agence gouvernementale de son intention d'appliquer la Déclaration est mise en regard avec le vote initial négatif de cet Etat en 2007 puis son ralliement à la Déclaration en 2009. Ce changement d'attitude apparaît remarquable si l'on garde à l'esprit que, lors du vote de 2007, l'Australie s'était déclarée mécontente de l'emploi même du terme d'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones<sup>1106</sup>. D'ailleurs, le Rapporteur spécial, dont le mandat inclut d'encourager la pleine application de la Déclaration, a considéré dans son rapport pays sur l'Australie que « le Gouvernement australien devrait être félicité pour les nombreuses initiatives qu'il a prises et les divers programmes qu'il a lancés ces dernières années pour remédier à la situation des droits de l'homme des Aborigènes et des insulaires du détroit de Torres ». Il poursuit en soulignant les « engagements pris par le Gouvernement dans la perspective d'une réconciliation avec les peuples autochtones » ainsi que son « soutien à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones »<sup>1107</sup>.

Les comportements internes récents de cet Etat pointent donc vers une adhésion à la norme émergente qu'il applique de manière consciente, nonobstant le caractère nécessairement perfectible de son action. Ce caractère perfectible est situé par le Rapporteur spécial dans le contexte de la marge de progression vers une pleine application des

---

Commissionner, Commission australienne des droits de l'homme, Sydney, 2013, 218 p. et *Progress and Priorities Report 2014*, Close the Gap Campaign Steering Committee, février 2014, 48 p. V. aussi A/HRC/15/37/Add.4, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juin 2010 (v. note 1011 *supra*), §65 p. 17. A cet égard, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones définit la notion de « bonne pratique » comme un comportement contribuant notamment à la réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination (A/HRC/EMRIP/2011/2, *doc. cit.*, 26 mai 2011 (v. note 484 *supra*), §13 p. 4). L'objet général commun et la coopération étroite entre les divers mécanismes et entités de l'O.N.U. permet de présumer que la méthodologie appliquée par le Mécanisme d'experts puisse l'être également par le Rapporteur spécial.

<sup>1105</sup> V. *inter alia*, *Social Justice and Native Title Report 2013*, *doc. cit.* (v. note 1104 *supra*), pp. 15 et 94 (incluant également certains de des droits constitutifs de l'autodétermination), pp. 16, 89 et 109 (promouvant une interprétation postcoloniale de l'autodétermination), p. 17 (en lien avec la conduite des affaires), p. 60 (en lien avec l'éducation), pp. 108-109 (en lien avec l'auto-administration en vertu de l'article 4 de la Déclaration), p. 110 (citant des exemples d'exercice du droit à l'autodétermination dans le pays), parmi de nombreux autres exemples témoignant d'une conception large de l'autodétermination. La Déclaration sert d'orientation générale aux propos du rapport.

<sup>1106</sup> Déclaration de M. Hill, représentant de l'Australie, au titre des explications de vote à l'Assemblée générale, A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 11. V. aussi titre précédent sur les explications de vote de l'Australie.

<sup>1107</sup> A/HRC/15/37/Add.4, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juin 2010 (v. note 1011 *supra*), résumé pp. 1-2.

dispositions de la Déclaration – et *a fortiori* de la norme nouvelle –, ce qui corrobore l'idée de la cristallisation de l'autodétermination comme norme centrale et incontournable dans le contexte des peuples autochtones. Le Rapporteur spécial apprécie en effet les comportements de l'Etat l'aune du droit à l'autodétermination malgré – ou peut-être précisément en raison de – la discrétion de l'Etat sur ce point<sup>1108</sup>.

Parmi les autres initiatives gouvernementales australiennes, il faut noter l'établissement en avril 2010 du Congrès national des peuples premiers d'Australie en tant qu'entité représentative des peuples autochtones auprès du Gouvernement. Cette initiative vise à remédier à la suppression en 2005 de la Commission des Aborigènes et des insulaires du détroit de Torres, qui avait suscité la préoccupation du Rapporteur spécial<sup>1109</sup>. Cette initiative peut donc être vue en partie comme une mise en œuvre des recommandations du Rapporteur spécial. Enregistré comme société publique limitée par garantie, le Congrès a tenu sa première réunion en juin 2011. Il comporte un Conseil d'éthique composé d'experts indépendants ayant une fonction consultative en matière de normes et de principes directeurs. Le gouvernement australien a également reconnu d'autres éléments identifiés par ailleurs comme des droits constitutifs de la norme nouvelle : le besoin, revendiqué par les peuples autochtones, de réaliser leur reconnaissance constitutionnelle<sup>1110</sup>, la nécessité de respecter les droits fonciers autochtones – notamment à travers la doctrine distincte du titre autochtone – comme forme d'autonomie autochtone, ou encore l'efficacité rationnelle de la prise de décision autochtone<sup>1111</sup>. La campagne « *Closing the Gap* » a été lancée en 2008 par le Conseil des gouvernements australiens en vue de réduire les désavantages des peuples autochtones vis-à-vis du reste de la population nationale en matière de santé. Enfin, le 25 septembre 2013 a été établi le Conseil consultatif autochtone auprès du Premier ministre, dont le rôle est de conseiller le chef du gouvernement en matière de politique autochtone. Composé en partie de membres autochtones, cet organe apparaît de nature à renforcer le principe de consultation de bonne foi comme modalité de réalisation des droits constitutifs de la norme nouvelle. Le

---

<sup>1108</sup> *Ibid.*, p. 2, §54 p. 14, §55 p. 15 et §72 p. 19.

<sup>1109</sup> *Ibid.*, §13 p. 6.

<sup>1110</sup> *Ibid.*, §14 p. 6.

<sup>1111</sup> *Ibid.*, §§53-65 pp. 14-17 et en particulier §54 p. 15 se référant à l'article 3 de la Déclaration de 2007 ; *Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators 2009*, rapport de la Commission gouvernementale de la productivité, Melbourne, 2 juillet 2009, p. 653. L'analyse du Rapporteur spécial assigne à la norme nouvelle le statut d'élément du cadre juridique servant de critère pour examiner les comportements de l'Etat selon trois directions correspondant à autant de droits constitutifs : l'auto-administration locale, la participation et les initiatives autochtones. Alors que des manquements continuent d'être constatés concernant les deux premiers aspects, le Rapporteur spécial relève des bonnes pratiques pour le dernier élément.

Ministre des affaires autochtones relève également du cabinet de Premier ministre, le Gouvernement ayant déclaré les questions autochtones comme l'une de ses priorités.

Au Bangladesh, un programme du P.N.U.D. a été initié en décembre 2009 visant au renforcement de l'éducation dans les langues autochtones de la région du Chittagong. De même, en 2010, un projet visant à revitaliser les tribunaux de village a été lancé par le gouvernement en coopération avec le P.N.U.D. et l'Union européenne.

Parmi les mesures politiques et législatives en faveur des peuples autochtones mises en place depuis l'accession au pouvoir du président autochtone Evo Morales Ayma, la Bolivie a développé un mécanisme spécial de participation politique étendu aux élections<sup>1112</sup>. Cela se situe dans la droite ligne des dispositions pertinentes de la Déclaration de 2007 concernant la norme nouvelle.

Au Botswana, le Programme de développement des zones isolées a été révisé en 2009 afin de prendre en compte les besoins particuliers des peuples autochtones minoritaires<sup>1113</sup>.

Au Brésil, le Rapporteur spécial lui-même note une situation de progrès de la réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination par rapport au rapport précédent du Rapporteur spécial de 2003<sup>1114</sup>. Le gouvernement a exprimé son engagement à promouvoir le droit des peuples autochtones à l'autodétermination tel que contenu dans la Déclaration et a initié un certain nombre de programmes à cette fin<sup>1115</sup>. Les Services éducatifs apparaissent relativement adaptés culturellement aux peuples autochtones et inclusifs dans leur mode de gestion, en dépit de la nécessité de poursuivre les efforts dans ce sens<sup>1116</sup>. En matière de droit à l'intégrité culturelle, le Programme des points culturels du Ministère de la

---

<sup>1112</sup> Faisant écho aux conclusions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son arrêt du 23 juin 2005 en l'affaire *YAMATA c. Nicaragua* (série C, n° 127) dans le sens d'une obligation pour l'Etat d'assurer une participation politique appropriée de toutes les sections de la population, y compris les peuples autochtones.

<sup>1113</sup> En anglais original *Remote Area Development Programme*, v. A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §57 p. 14 et §78 p. 19.

<sup>1114</sup> *Rapport sur la situation des droits de l'homme des populations autochtones au Brésil*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, 26 août 2009, A/HRC/12/34/Add.2, §21 p. 8.

<sup>1115</sup> *Ibid.*, §23 p. 8. Ici encore, la méthodologie suivie par le Rapporteur spécial situe ces développements dans le cadre d'un droit à l'autodétermination interne envisagé par la Déclaration que le Brésil a soutenu et servant de critère (v. tout au long du rapport, en particulier §70 p. 20). Dans cet esprit, le Rapporteur spécial a adressé en 2012 des recommandations au Brésil dans le cadre de l'élaboration de mécanismes de consultation des peuples autochtones.

<sup>1116</sup> *Ibid.*, §25 p. 9.

culture ainsi que la loi n° 11 645 adoptée par le Gouvernement fédéral le 10 mars 2008 visent à promouvoir la conscience publique des cultures et des droits des peuples autochtones dans les *media* et dans l'éducation<sup>1117</sup>. A cet égard, en septembre 2009 a eu lieu la Conférence nationale sur l'éducation autochtone, avec la participation de la Commission nationale de l'éducation autochtone, organe au statut consultatif. En matière de droits fonciers ancestraux autochtones, la période récente voit la poursuite du système de démarcation des territoires autochtones prévu par la Constitution de 1988 et instaurant pour ces territoires une forme de quasi autonomie. Opérée par la F.U.N.A.I. et le Ministère de la Justice avec la participation des peuples autochtones, la procédure de démarcation foncière place le Brésil parmi les meneurs mondiaux en la matière<sup>1118</sup>. Afin d'améliorer l'efficacité du système, la F.U.N.A.I. a lancé le Projet intégré de protection des populations et des territoires autochtones de l'Amazonie juridique (P.P.T.A.L.). En outre, les peuples autochtones bénéficient d'institutions représentatives. Dans le domaine de la santé, il faut relever la création de districts de santé autochtones spéciaux rendus autonomes en 2009 afin d'améliorer l'état de santé des peuples autochtones. D'autre part, une coopération existe entre certaines organisations non-gouvernementales brésiliennes et des organisations internationales, avec l'accord du Gouvernement, concernant la mise en œuvre de mesures et de programmes en faveur des peuples autochtones, par exemple en matière de développement<sup>1119</sup>.

Le cas du Brésil offre un exemple d'orientation progressive des comportements de l'Etat dans le sens d'un respect conscient de la norme nouvelle nonobstant la persistance d'inégalités et de discriminations<sup>1120</sup>. Celles-ci donnent la mesure de la marge de progression qui demeure à l'avenir, mais n'apparaissent pas de nature à invalider la direction du comportement de l'Etat dans le sens de la réalisation, par essence progressive, de la norme nouvelle. Le phénomène de prise de conscience *a posteriori* de l'existence de la norme *via* un sentiment, même vague, d'obligation juridique, est ici bien visible. Reflet de la présence d'un certain sentiment juridique accompagnant les comportements de l'Etat relativement à certains aspects de la norme nouvelle, le Rapporteur spécial a reconnu les efforts entrepris par le Gouvernement brésilien en vue de répondre aux inquiétudes des peuples autochtones suite à la publication par le Conseil des droits de l'homme le 23 février 2012 d'une déclaration

---

<sup>1117</sup> *Ibid.*, §28 p. 9 et §66 p. 19.

<sup>1118</sup> *Ibid.*, §§36-38 p. 12 et §41 p. 13.

<sup>1119</sup> *Le PNUD en action 2012/2013 : Œuvrer pour un progrès global*, Rapport annuel 2012-2013 du P.N.U.D., New-York, Nations Unies, juin 2013, p. 19.

<sup>1120</sup> A/HRC/12/34/Add.2, *doc. cit.*, 26 août 2009 (v. note 1114 *supra*), §24 pp. 8-9, §§78-82 p. 22.

dénonçant les conditions de construction du barrage de *Belo Monte*, notamment en termes de carence de consultation et de préjudice foncier<sup>1121</sup>. Dans ce processus de prise de conscience de l'existence de la norme, le Rapporteur spécial joue un rôle catalysant, en témoigne l'attention que porte souvent l'Etat à ses recommandations.

Le Canada a fermé la Commission sur les revendications particulières des Indiens le 31 mars 2009 et l'a remplacée, suite aux recommandations de celle-ci, par un organisme indépendant investi de pouvoirs juridictionnels<sup>1122</sup>. Cette évolution abonde dans le sens d'un renforcement de la sécurité juridique des droits des peuples autochtones et renforce ainsi le cadre nécessaire à l'application effective de la norme à l'étude.

La Chine, qui a pourtant voté en faveur de la Déclaration, continue cependant de contester l'applicabilité de la notion de peuple autochtone dans son contexte national, concluant par conséquent à l'inexistence de peuples autochtones sur son territoire. Cela ne signifie pas pour autant que ce comportement interne soit susceptible de poser obstacle à la consolidation finale de la norme nouvelle dans le champ du droit international, notamment parce que le refus chinois ne porte pas sur le principe du peuple autochtone en général. Il faut noter l'adoption récente de mesures économiques et en matière d'infrastructures en faveur des minorités ethniques<sup>1123</sup>.

La Colombie témoigne de net progrès en matière de garantie de droits couverts par la norme nouvelle depuis 2007. Ainsi, le Rapporteur spécial estime en 2010 que « le Gouvernement colombien est disposé à reconnaître les droits des peuples autochtones. Il est manifeste que celui-ci s'intéresse aux questions autochtones et a mis au point des plans et propositions visant à donner suite aux recommandations du précédent Rapporteur spécial [en 2004] », bien qu'« en général, les lois, programmes et politiques du Gouvernement ne permettent pas de protéger et de satisfaire de manière effective les droits de l'homme des peuples autochtones »<sup>1124</sup>, qui incluent logiquement la norme nouvelle. Il est possible de voir dans cette appréciation un reflet du sentiment juridique de la Colombie bien que le rapport soit ouvertement critique à l'égard des comportements internes de la Colombie. En effet, le

---

<sup>1121</sup> *Ibid.*, §51 p. 35.

<sup>1122</sup> Cet organisme a été mis en place le 16 octobre 2008 avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*. Ce tribunal rend des décisions exécutoires et fait partie d'un plan d'action plus général visant à favoriser le règlement des revendications particulières.

<sup>1123</sup> *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., *doc. cit.*, 2013 (v. note 1012 *supra*), p. 233.

<sup>1124</sup> A/HRC/15/37/Add.3, *doc. cit.*, 25 mai 2010 (v. note 1036 *supra*), p. 2.

net progrès enregistré depuis 2004 semble peser plus que les carences persistantes de la situation actuelle, reflétant le caractère par essence progressif de la pleine réalisation de la norme nouvelle<sup>1125</sup>. En outre, la société civile semble relativement active en matière de protection et de promotion des droits des peuples autochtones, en témoigne l'activité de l'Organisation nationale autochtone de Colombie (O.N.I.C.). La direction du processus en Colombie est en outre confirmée par le changement de position de cet Etat initialement abstentionniste, qui a confirmé ultérieurement son ralliement à la Déclaration<sup>1126</sup>. Le procureur général de la nation et pour la défense du peuple, relevant du Ministère public, et son système d'alerte précoce jouent un rôle important dans la protection des droits des peuples autochtones<sup>1127</sup>. Ce système permet d'identifier les violations des droits des peuples autochtones afin d'y remédier en amont. Parmi les recommandations qu'il formule à l'adresse du Gouvernement, l'Ombudsman – *Defensoría del Pueblo* – traite également des droits des peuples autochtones<sup>1128</sup>. Parmi les instruments internationaux pertinents, il s'est référé explicitement à la Déclaration de 2007, bien qu'elle se distingue des instruments générant des obligations à l'égard de la Colombie en matière de *lex lata*<sup>1129</sup>.

La République du Congo a mis en place un plan d'action national pour l'amélioration de la qualité de vie des populations autochtones pour la période 2009-2013. Ce plan d'action a été élaboré en coopération entre le Gouvernement, l'U.N.I.C.E.F. et l'organisation non-gouvernementale « Réseau national des peuples autochtones ». De même, en 2011 a été prévue la mise en place d'un comité interministériel consacré à la mise en œuvre de la loi n° 5-2011 et du Plan d'action<sup>1130</sup>. A cet égard, le Rapporteur spécial a recommandé que l'application de la loi et du Plan d'action soit mise au service du droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1131</sup>. Organe indépendant créé en 2003, la Commission nationale des droits de l'homme trouve également sa place dans le cadre nouvellement posé eu égard à son activité en matière de protection des droits des personnes vulnérables. Au plan régional, la

---

<sup>1125</sup> *Ibid.*, §6 p. 5 et §13 p. 7 qui regrette le manqué d'action efficace du Gouvernement pour protéger les peuples autochtones contre les violences, inégalités, meurtres et déplacements forcés dans le cadre du conflit armé sévissant dans le pays.

<sup>1126</sup> *Ibid.*, §7 p. 5 ; v. p. 504 *infra*.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, §9 p. 6.

<sup>1128</sup> V. *inter alia* le rapport d'évaluation des risques n° 53, Bureau de l'Ombudsman, 5 juin 2008, bien qu'en l'espèce le gouvernement n'ait pas pris les dispositions appropriées qu'il recommande.

<sup>1129</sup> *Recorriendo los caminos del pec en el fortalecimiento del enfoque de derechos humanos, resguardo indígena de huellas caloto-cauca*, rapport, Ombudsman (dir.), 2012, pp. 55, 98, 102, 111 et 116.

<sup>1130</sup> A/HRC/18/35/Add.5, *doc. cit.*, 11 juillet 2011 (v. note 1037 *supra*), §52 p. 15.

<sup>1131</sup> *Ibid.*, §63 p. 18, §72 p. 19 et §83 p. 21. Ses exhortations sont dirigées également vers les institutions de l'O.N.U. (§94 p. 23).

République du Congo a participé à l'établissement du Forum international sur les peuples autochtones d'Afrique centrale (F.I.P.A.C.). Ce forum met en œuvre une coopération entre les Etats, des organisations de société civile et l'O.N.U. avec notamment pour objectif de renforcer le Réseau des peuples autochtones d'Afrique centrale. La République du Congo est en outre impliquée dans le Programme de collaboration des Nations Unies sur la réduction des émissions liées au déboisement et à la dégradation des forêts dans les pays en développement (O.N.U. – R.E.D.D.) qui inclut la définition de mesures pour la protection des droits des peuples autochtones.

En Equateur, un mécanisme spécial de participation a été étendu aux élections<sup>1132</sup>, donnant ainsi meilleur effet au principe légitimateur de consultation et renforçant la qualité de participation des peuples autochtones.

Aux Etats-Unis d'Amérique la préoccupation pour une meilleure garantie institutionnelle des droits des peuples autochtones, concernant également la norme nouvelle, s'est accrue depuis 2007. De nombreuses initiatives, programmes et institutions à divers niveaux du système fédéral témoignent de la volonté de l'Etat de garantir les droits de ses peuples autochtones, dont le contenu reflète divers aspects de la norme nouvelle, et de s'assurer que le cadre juridique est effectivement appliqué. En effet, en 2008 est établi un *Advisor for Activities Relating to Indigenous Peoples Internationally* dont le rôle est de conseiller le directeur de l'agence d'aide étrangère des Etats-Unis, ainsi que l'administrateur de l'Agence des Etats-Unis pour le développement international (U.S.A.I.D.)<sup>1133</sup>. Ce conseiller représente en principe le Gouvernement des Etats-Unis concernant les questions autochtones à l'occasion des réunions tenues avec les Gouvernements étrangers ou avec les institutions multilatérales. De même est créé en 2009 le poste de *Senior Policy Advisor for Native American Affairs* dont le mandat est de conseiller directement le Président sur les questions autochtones. La politique de réalisation de l'autodétermination des peuples autochtones est ancrée de longue date, malgré son caractère perfectible, et se trouve en conformité avec les aspirations des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1134</sup>. Le Comité

---

<sup>1132</sup> YAMATA c. Nicaragua, C.I.D.H., arrêt du 23 juin 2005, série C n° 127, sur l'obligation de consulter.

<sup>1133</sup> *Omnibus Appropriations Act 2008*, H.R. 2764, public law 110-161, signé par le Président le 26 décembre 2007, 110<sup>e</sup> Congrès, section 699B p. 526.

<sup>1134</sup> A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §52 pp. 13-14 et §71 p. 17. De même, il a été vu précédemment que la tentative des Etats-Unis d'Amérique de promouvoir une double mesure en matière de statut et de portée de l'autodétermination pour les peuples autochtones est peu convaincante et fermement rejetée par les institutions pertinentes de l'O.N.U. Il faut y voir là une précaution superflue de la part de l'Etat en



du Sénat sur les affaires autochtones a tenu le 9 juin 2011 une audition sur la Déclaration de 2007, ce que le Rapporteur spécial approuve, appelant à la systématisation de cette bonne pratique afin de familiariser les membres du Parlement avec cet instrument<sup>1135</sup>.

Depuis 2009 se tient une Conférence annuelle de la Maison blanche relative aux nations tribales, en vue de renforcer la relation de partenariat entre les tribus et les organes compétents de l'Etat. C'est d'ailleurs à l'occasion symbolique de cette conférence que le Président a annoncé en 2010 le ralliement des Etats-Unis d'Amérique à la Déclaration. *L'America's Great Outdoors and the Call to Action* est une initiative présidentielle en vue de soutenir l'intégrité culturelle et l'intégrité autochtones. Un *Office of Tribal Relations* (O.T.R.) dépendant du Département fédéral de l'agriculture a été établi en 2009 pour servir de point de contact entre le Département et les Gouvernements tribaux, communautés tribales et membres individus tribaux reconnus au niveau fédéral ainsi que les Gouvernements tribaux reconnus par les Etats fédérés. Une équipe conjointe de membres autochtones et du Département de l'intérieur a développé un Plan d'action et une politique de consultation tribale, qui prévoit l'établissement d'un poste d'officier de gouvernance à l'échelle du Département ainsi que l'implication précoce de tribus dans l'élaboration d'initiatives affectant les intérêts tribaux. L'*Office of the Special Trustee for American Indians* gère les fonds de financement des titres autochtones en matière d'exploitation des ressources naturelles. Le *Water Rights Negotiation/Litigation Program* du Bureau des affaires indiennes (B.I.A.), dépendant du Département de l'intérieur) a pour principe d'allouer des fonds à l'Etat et aux tribus en vue de financer des activités liées à l'exercice ou à la défense des droits réservés autochtones à l'eau au moyen de la négociation ou du contentieux. Parmi les organes institutionnels consacrés à la protection de certains droits reflétant partiellement la norme nouvelle, il convient de noter le Bureau de l'éducation indienne ou encore le Bureau de la gestion foncière et ses différents programmes. La plupart des départements du Gouvernement fédéral ont des programmes et entretiennent des relations mutuelles intégrées en matière de droits des peuples autochtones. Le Conseil national consultatif sur l'éducation indienne conseille le Secrétaire de l'éducation en matière de financement de l'administration des programmes du Département visant les Indiens d'Amérique et les autochtones d'Alaska. Il rend aussi compte au Congrès des

---

vue de limiter le droit à l'autodétermination à sa forme interne. L'analyse précédente a pourtant déjà révélé, compte tenu de l'intention répétée des Etats, l'incertitude qui règne pour le moins quant à l'existence d'une dimension externe de ce droit dans un contexte pacifique.

<sup>1135</sup> *Ibid.*, §99 p. 22.

recommandations qu'il estime appropriées en vue d'améliorer les programmes fédéraux d'éducation concernant les peuples autochtones ou bénéficiant à ceux-ci.

Parmi les griefs des peuples autochtones invoquant des comportements négatifs de l'Etat, la *Maine Indian Tribal – State Commission* (M.I.T.S.C.), le *Maine Indian Claims Settlement Act* et le *Maine Implementing Act*<sup>1136</sup> semblent engendrer des inégalités structurelles limitant l'exercice par les tribus du Maine de leur droit à l'autodétermination. Il ressort des consultations menées par le Rapporteur spécial avec les représentants autochtones et les organisations de société civile que l'exercice de l'autodétermination est perçu et situé par ceux-ci dans le cadre de la Déclaration<sup>1137</sup>, opérant ainsi l'identité conceptuelle entre la norme nouvelle et la pratique – ou en l'occurrence ses déficiences – interne des Etats-Unis, telle que perçue par les peuples autochtones eux-mêmes.

En Finlande, l'entreprise d'Etat d'exploitation forestière « *Metsähallitus* » s'est engagée depuis 2010 dans une pratique de conclusion d'accords avec les éleveurs autochtones de rennes afin de sauvegarder cette activité traditionnelle autochtone<sup>1138</sup>.

En France, les mesures prises dans le cadre de l'application de l'Accord de Nouméa sur le processus de dévolution à l'œuvre en Nouvelle-Calédonie sont jugées par le Rapporteur spécial conformes à la définition du droit des peuples autochtones à l'autodétermination et peuvent raisonnablement en être considérés comme une forme d'exercice<sup>1139</sup>. La Réforme foncière en vertu de l'Accord de Nouméa est gérée par l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (A.D.R.A.F.). Le Sénat coutumier est représenté au siège de son conseil d'administration<sup>1140</sup>. Le Congrès a mis en place une commission pour étudier

---

<sup>1136</sup> V. *inter alia* 25 U.S.C., §1724, Pub. L. 113-86.

<sup>1137</sup> A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), parmi les nombreux griefs et soumissions affectant l'autodétermination listés à l'appendice II, v. par exemple §26 p. 38 : “*Ihanktonwan Dakota: Self-government and self-determination in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; Doctrine of Discovery in addition to a patchwork of federal statutes, regulations and policies create foremost barriers to self-determination*”. V. dans ce sens §§37-38 p. 39, §58 p. 40, §64 p. 41, §88 p. 43, §121 p. 46, §128 p. 46, §132 p. 46, §136 p. 47, §140 p. 47, §165 p. 50, et §167 p. 50.

<sup>1138</sup> A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §59 p. 16. Les efforts doivent cependant être poursuivis dans ce sens, v. Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, *Troisième avis sur la Finlande*, 14 octobre 2010, ACFC/OP/III(2010)007, §50.

<sup>1139</sup> A/HRC/18/35/Add.6, *doc. cit.*, 14 septembre 2011 (v. note 1055 *supra*), §24 pp. 9-10.

<sup>1140</sup> Rapport du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie sur la situation actuelle du peuple kanak de la Kanaky – Nouvelle-Calédonie, 8 février 2011.

l'enseignement des langues et de la culture kanak, qui est entrée en fonction le 8 février 2011<sup>1141</sup>.

Au Guatemala, un institut a été créé afin de revitaliser les langues autochtones, ce qui peut être souligné comme une bonne pratique en matière de protection de l'intégrité culturelle autochtone comme forme d'exercice du droit à l'autodétermination. L'année 2011 a été marquée par une augmentation des manifestations d'envergure nationale et internationale au Guatemala revendiquant le retour des droits fonciers collectifs autochtones, ce qui témoigne peut-être d'un tournant dans les préoccupations des institutions et de la société civile. Un plus grand recul temporel serait nécessaire afin de voir la confirmation ou l'infirmité de cette tendance.

En Inde, qui a voté en faveur de la Déclaration en 2007, il existe un système de réserve ou de quota pour assurer la participation des peuples autochtones à la vie politique, ce qui apparaît comme une bonne pratique dans la mise en œuvre de la dimension participative de leur droit à l'autodétermination. Cet Etat a cependant conservé la même approche intransigeante exprimée lors du vote à l'Assemblée générale, considérant que les normes internationales ne s'appliquent pas dans son cas car il considère que la totalité de sa population est autochtone<sup>1142</sup>. Ses comportements internes révèlent une prise de conscience encore perfectible concernant la norme nouvelle, notamment en matière de consentement préalable et de droits liés aux ressources naturelles, en témoigne une procédure récente de communication dans le cadre des procédures spéciales du Rapporteur spécial<sup>1143</sup>.

Bien qu'il ait voté en faveur de la Déclaration, le Japon avait rappelé à plusieurs reprises que celle-ci était dénuée de force juridique obligatoire. Cependant, les comportements internes ultérieurs de cet Etat révèlent une certaine orientation en faveur de la reconnaissance des peuples autochtones et de la mise en œuvre de certaines dispositions de la Déclaration liées à la norme nouvelle. Notamment, le Japon a reconnu en 2008 le peuple ainu comme un peuple autochtone et a créé en 2009 un conseil pour la politique ainu. En l'absence d'un lien

---

<sup>1141</sup> A/HRC/18/35/Add.6, *doc. cit.*, 14 septembre 2011 (v. note 1055 *supra*), §44 p. 14. Toujours au plan culturel, l'Accord particulier du 22 janvier 2002 sur le développement culturel de la Nouvelle-Calédonie avait prévu la mise en place d'un système de protection des biens culturels kanak.

<sup>1142</sup> A/HRC/15/37/Add.1, *doc. cit.*, 15 septembre 2010 (v. note 1002 *supra*), §§235-236 pp. 101-102.

<sup>1143</sup> Affaire IND 9/2013 – procédure AL, communication du 8 juillet 2013 et réponse du 9 juillet 2013, résumé in *Rapport sur les communications des procédures spéciales – Communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> juin et le 30 novembre 2013 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> août 2013 et le 31 janvier 2014*, Conseil des droits de l'homme, 25<sup>e</sup> session, 24 février 2014, A/HRC/25/74, p. 36.

expressément déclaré par cet Etat entre ses comportements internes et la Déclaration, le principe de bonne foi doit guider l'appréciation de son soutien apporté à la Déclaration, dont il a déjà été vu qu'elle possède à n'en pas douter, en raison de son objet, de sa forme et de la majorité dégagée, une certaine force juridique allant au-delà de son statut formel. Cela est d'autant plus vrai si l'on se rappelle que certaines de ses dispositions font partie du droit international coutumier, ce qui est vraisemblablement le cas de la norme nouvelle en 2007. Du reste, dans sa procédure de suivi, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale semble qualifier le développement susmentionné comme reflétant un engagement du Japon et le lie à une mise en œuvre limitée de la Déclaration, appelant à un renforcement des efforts dans le cadre de cet instrument<sup>1144</sup>.

Au Kazakhstan, le soutien de l'Etat à la Déclaration lors du vote de 2007 contraste avec la quasi absence persistante de mesures en vue d'assurer la reconnaissance et la protection des droits des peuples autochtones au plan interne. Cette situation s'explique par la position officielle traitant le peuple kazakh, qui forme la majorité de la population nationale, comme le peuple autochtone, c'est-à-dire les premiers habitants du pays. En l'absence de comportements internes correspondants, le poids du vote positif exprimé par le Kazakhstan apparaît moindre, mais sa contribution nuancée au dégagement du consensus demeure supérieure par exemple à celles du Tadjikistan et du Turkménistan, Etats aux comportements internes similaires mais absents lors du vote à l'Assemblée générale. Dans tous les cas, l'absence de comportements négatifs substantiels et univoques ne semble pas de nature à poser un obstacle supplémentaire au processus coutumier. En l'absence d'une éligibilité de l'Etat au statut d'objecteur persistant – qui du reste ne saurait prévenir l'émergence de la règle générale – et d'un obstacle substantiel de ses comportements internes à la constance de la pratique, les déficiences de ses comportements internes semblent devoir s'apprécier à la lumière du principe de bonne foi présumée eu égard au vote positif de l'Etat. Cette situation semble refléter la diversité des rythmes de prise de conscience par les Etats de la cristallisation de la norme. La même logique semble pouvoir s'appliquer aux Etats du Proche

---

<sup>1144</sup> *Observations conclusives du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale sur le Japon*, Considération des rapports soumis par les Etats parties en vertu de l'article 9 de la Convention, C.E.R.D., 76<sup>e</sup> session, 6 avril 2010, CERD/C/JPN/CO/3-6, §§4-5 pp. 1-2 et §20 p. 6. Cette tendance du Comité à une approche normative lors de l'appréciation des comportements des Etats apparaît générale, v. sur ce point un autre exemple concernant la l'examen des 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> rapports périodiques des Îles Fidji in *Compte-rendu analytique de la 1850<sup>e</sup> séance*, Genève, 20 février 2008, 72<sup>e</sup> session, doc. CERD/C/SR.1850, §24 p. 5 où l'intervenant « se demande si l'Etat partie pourrait envisager, compte tenu de l'adoption récente par l'Assemblée générale de la Déclaration [des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones], qui affirme le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, de reconnaître officiellement à ces peuples le droit en question. »

et du Moyen-Orient, qui ont presque tous voté en faveur de la Déclaration<sup>1145</sup> mais dont la reconnaissance des peuples autochtones dans le droit interne reste faible<sup>1146</sup>.

Le Kenya a déclaré devant le Conseil des droits de l'homme en 2012 que le Gouvernement reconnaît la vulnérabilité des minorités ou communautés marginalisées, dans la droite ligne des nouvelles dispositions constitutionnelles de 2010<sup>1147</sup>. Le Kenya a également inclus des autochtones dans ses délégations gouvernementales dans le cadre des négociations sur le changement climatique<sup>1148</sup>. En 2011, il a accepté les recommandations de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et de l'examen périodique universel en vue de mettre en œuvre la décision en l'affaire *Endorois Welfare Council c. Kenya*, et le Rapporteur spécial s'est joint en septembre 2013 au processus de réflexion à cette fin. L'orientation des comportements du Kenya apparaît donc positive, bien que les progrès semblent lents à venir et que les problèmes de violations des droits des peuples autochtones demeurent nombreux.

La Malaisie, qui a voté en faveur de la Déclaration, a mis en place une enquête nationale sur les droits fonciers des peuples autochtones qui a été conduite par la Commission des droits de l'homme de Malaisie (SUHAKAM) entre décembre 2010 et juin 2012. La Commission a rendu son rapport final en avril 2013 qui identifie expressément la Déclaration aux côtés d'instruments obligatoires, des traités autochtones et des interprétations du droit par des organes d'autorité comme formant le « droit et les normes internationaux en matière de droits des peuples autochtones »<sup>1149</sup>. Certes, l'article 3 de la Déclaration n'est pas évoqué expressément comme fondement des dispositions sur les droits fonciers et aux ressources naturelles prévues par les autres articles, et de même le rapport appuie son raisonnement sur le

---

<sup>1145</sup> A l'exception d'Israël qui était absent.

<sup>1146</sup> V. l'exemple représentatif de l'Égypte: *Country Report of the Research Project by the International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Constitutional and Legislative Protection of the Rights of Indigenous Peoples: Egypt*, Genève, 2009, 64 p. (qui se réfère notamment aux observations du C.E.R.D.). En l'absence de comportements internes affirmés, le sentiment juridique de certains de ces États semble pouvoir se déduire, avec toutefois beaucoup de prudence, de certains discours ou prises de positions à l'égard de comportements d'autres États et venant compléter leur vote en faveur de la Déclaration. C'est le cas par exemple de la Jamahiriya arabe libyenne qui, lors d'une procédure de l'examen périodique universel, « a félicité la Bolivie d'avoir incorporé la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans sa législation », *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – Bolivie (Etat plurinational de)*, Conseil des droits de l'homme, 14<sup>e</sup> session, 15 mars 2010, A/HRC/14/7, §20 p. 5.

<sup>1147</sup> *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., *doc. cit.*, 2013 (v. note 1012 *supra*), p. 370.

<sup>1148</sup> *The Indigenous World 2012*, I.W.G.I.A., Copenhague, 2012, p. 11.

<sup>1149</sup> *Report of the National Inquiry into the Land Rights of Indigenous Peoples*, Commission des droits de l'homme de la Malaisie (SUHAKAM), Kuala Lumpur, 2013, p. x, §4.2 p. 36 ; §§4.10 à 4.18 pp. 37-39. Le rapport s'appuie en outre abondamment sur les décisions des mécanismes institutionnels des Nations Unies compétents en matière de droits des peuples autochtones ainsi que sur la jurisprudence internationale.

seul l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, expressément distingué de l'article 1<sup>1150</sup>. Cependant, cette timidité apparente ne résiste pas à un examen plus détaillé du texte qui suggère en réalité une acceptation implicite de la norme nouvelle. En effet, après avoir évoqué le caractère controversé des revendications des délégations autochtones lors du processus d'élaboration du projet de Déclaration en vue d'inclure le droit à l'autodétermination dans le texte, le rapport décrit la Déclaration enfin adoptée en 2007 comme « une liste exhaustive des droits des peuples autochtones », couvrant *ipso facto* l'article 3<sup>1151</sup>. Concentré sur la question spécifique des trois fonciers autochtones, le rapport note également l'émergence d'une reconnaissance contemporaine de plus en plus systématisée du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* par les juridictions malaisiennes internes<sup>1152</sup>. Nombre de ces titres finissent par être effectivement reconnus par les autorités au bénéfice des tribus.

Kiribati constitue un cas à part mais se situe néanmoins pleinement dans le sens du processus coutumier ; en ce sens cet Etat présente un intérêt certain dans la mesure où il est représentatif d'autres Etats insulaires de l'océan pacifique. En effet, environ 99% de la population nationale de Kiribati est mélanésienne et constitue le peuple autochtone du pays. Ainsi, les autochtones sont les acteurs du système entier du pays. En ce sens, l'organisation économique du pays autour d'une agriculture vivrière peu productive est abordé non en termes de discrimination mais d'organisation systémique d'un pays qui fait face par ailleurs au problème de la montée des eaux. Absente lors du vote à l'Assemblée générale, Kiribati, qui d'ordinaire vote par l'intermédiaire de la Nouvelle-Zélande, peut néanmoins être présumée acquiescer aux dispositions de la Déclaration qui présentent pour elle une pertinence renforcée, compte tenu de sa problématique interne.

---

<sup>1150</sup> *Ibid.*, §§4.13 à 4.18 pp. 38-39 et §4.20 p. 39.

<sup>1151</sup> *Ibid.*, §4.11 p. 38. Du reste, la formulation péjorative adoptée par le rapport semble manifester une prise de distance vis-à-vis des efforts de certains Etats en vue d'empêcher l'inclusion du droit à l'autodétermination dans le projet de Déclaration : v. §4.10 p. 37 affirmant notamment que ces projets d'articles « sont restés très controversés tout au long de ces onze années car les Etats s'efforçaient de qualifier, de limiter, d'affaiblir ou d'éroder ces droits. »

<sup>1152</sup> *Ibid.*, chapitre 5 p. 68 et suivantes. Parmi les précédents d'importance, v. *Superintendent des terres et enquêtes, division de miri c. Madeli bin Salleh*, Cour fédérale, 8 octobre 2007, Putrajaya, affaire n° 01-1-2006 (Q), [2007] 6 *C.L.J.* 509 ; [2008] 2 *M.L.J.* 677 ; *Sagong Tasi et autres c. Kerajaan Negeri Selangor et autres*, affaire n° MTI-21314-1996, arrêt du 27 mai 2010, Haute Cour de Malaya, Shah Alam ; *Mohamad Nohing et 5 autres c. Gouvernement d'Etat de Pahang et 3 autres*, Haute Cour, 2012 ; *Mohamad Nohing et autres c. Pejabat Tanah dan Galian Negeri Pahang et autres*, Haute Cour de Malaya, arrêt du 18 mars 2013, [2013] 9 *C.L.J.* p. 533.

Le Maroc a créé un institut pour revitaliser les langues autochtones, ce qui peut être interprété comme une bonne pratique en matière de protection de l'intégrité culturelle autochtone comme forme d'exercice du droit à l'autodétermination, compte tenu du scepticisme de cet Etat vis-à-vis du projet de Déclaration et son absence lors du vote de son adoption finale.

Les Samoa présentent une situation démographique analogue à celle de Kiribati au sens où la quasi-totalité de la population répond au critère du peuple autochtone. En raison de ce trait démographique particulier, il apparaît arbitraire d'analyser les comportements internes de cet Etat en termes d'efforts en vue de reconnaître ou de mettre en œuvre les droits des peuples autochtones. En effet, ces comportements tendent à se confondre avec l'ensemble de la politique de l'Etat vis-à-vis de sa population. S'agissant par conséquent d'un Etat particulièrement intéressé du processus coutumier, son ralliement ultérieur à la Déclaration, modifiant une position initiale d'abstention, semble investi d'un poids accru.

Déjà identifiés comme opérant une reconnaissance constitutionnelle du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne et ayant voté en faveur de la Déclaration, le Mexique ont maintenu leurs comportements internes en ce sens. Outre des mesures législatives<sup>1153</sup>, l'Etat a établi un système de gouvernance municipale permettant l'exercice d'une autonomie autochtone comme forme de l'autodétermination. Un institut a également été mis en place afin de revitaliser les langues autochtones, ce qui peut être considéré comme une bonne pratique en matière de protection de l'intégrité culturelle des peuples autochtones comme forme d'exercice de leur droit à l'autodétermination. Le fonctionnement de la bonne pratique répétée constitue le reflet de la sédimentation progressive de la norme nouvelle. En avril 2013, le Rapporteur spécial a formulé des observations sur un protocole relatif aux droits des personnes et des peuples autochtones émis par la Cour suprême du Mexique, indice supplémentaire de l'attention de cet Etat sur les droits des peuples autochtones au sein desquels il accorde une place centrale à la norme nouvelle. Les divers comportements internes et internationaux du Mexique confirment la présence chez cet Etat d'un sentiment d'obligation juridique relativement à la norme nouvelle.

---

<sup>1153</sup> Egalement prises en vertu des dispositions de la Convention n° 169 de l'O.I.T. de 1989, v. le *Rapport du Comité en charge d'examiner l'allégation de violation par le Mexique de la Convention sur les peuples indigènes et tribaux, 1989 (n° 169), présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'O.I.T. par le Front authentique du travail (FAT)*, GB.283/17/1 ; GB.289/17/3 (2001), §83.

La Namibie, qui avait parrainé le projet de prolongation des consultations au sein de la Troisième Commission de l'Assemblée générale en novembre 2006 et qui avait finalement voté en faveur de la Déclaration, a pris par la suite des mesures novatrices allant dans le sens d'une mise en œuvre de certaines formes de la norme nouvelle. Le Gouvernement a en effet conclu des arrangements négociés novateurs avec la tribu San lui permettant une meilleure gestion territoriale. Notamment, le Gouvernement a octroyé au peuple san des concessions foncières couvrant une partie de leurs terres ancestrales sur le parc national d'Etosha<sup>1154</sup>. D'autres initiatives doivent être signalées en matière de redistribution des terres ou encore d'éducation dans les langues maternelles autochtones.

Certaines déficiences persistent cependant, notamment en matière de participation des peuples autochtones aux prises de décision et en matière de reconnaissance des autorités autochtones traditionnelles légitimes. Bien qu'il constate les efforts du Gouvernement, le Rapporteur spécial relève un manque de cohérence des politiques gouvernementales en faveur des peuples autochtones, notamment concernant les questions d'auto-administration, de droits fonciers, de représentation et de participation<sup>1155</sup>. Développement majeur, la Division du développement san est créée en 2009 au sein du cabinet du Premier ministre<sup>1156</sup>. Par rapport à la norme nouvelle, cet organe du gouvernement doit contribuer à l'exercice par les peuples autochtones de leur droit au développement notamment sous l'angle des droits fonciers, du droit à l'éducation et des droits économiques. Bien que son champ d'action semble pour l'instant limité au peuple san, la Division du développement san apparaît comme un premier pas positif dans le sens de la mise en œuvre de la norme nouvelle. En 2010, elle a lancé une campagne de sensibilisation intitulée « *Back to School and Stay in School* » en vue d'améliorer la scolarisation des écoliers ou étudiants vulnérables. Bien que ce type d'initiative et de programme constitue une forme atténuée de comportement interne de l'Etat aux fins du processus coutumier en raison de son incidence plus faible sur le cadre juridique, il contribue indéniablement à en apprécier la portée et l'avancement. En particulier, son caractère volontaire et par conséquent « peu juridique » peut précisément offrir une occasion de tester le sentiment juridique de l'Etat, particulièrement lorsque celui-ci a voté en faveur de la

---

<sup>1154</sup> A/HRC/24/41/Add.1, *doc. cit.*, 25 juin 2013 (v. note 652 *supra*), résumé p. 2 et §42 p. 12.

<sup>1155</sup> *Ibid.*, §17 pp. 6-7. Egalement, il constate que quelques restitutions foncières ont eu lieu mais que cela demeure plutôt marginal (§18 p. 7).

<sup>1156</sup> Décision n° 9/28.05.09/005 du cabinet du Premier ministre du 28 mai 2009. Ce développement consacre l'institutionnalisation, la systématisation et la pérennisation d'une politique de protection des droits du peuple autochtone san, suivant la mise en place d'un Programme du développement san (décision n° 25/29.11.05/001 du cabinet du 29 novembre 2005).



Déclaration. Le principe de bonne foi sert alors de critère aux fins d'apprécier le poids et l'articulation de ces comportements vis-à-vis de la norme à l'étude.

Le Nicaragua a pris certaines mesures conformes à l'autonomie et aux droits fonciers autochtones comme formes d'exercice interne du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans la période suivant l'adoption de la Déclaration. Après avoir adopté en 2003 une loi prévoyant un régime d'autonomie pour les territoires peuplés de peuples autochtones, le Gouvernement a remis à la communauté autochtone d'Awes Tingni le titre équivalant à la propriété sur ses terres ancestrales en décembre 2008, en exécution de l'arrêt de 2001 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme rendu en l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awes Tingni c. Nicaragua*<sup>1157</sup>. Reflet de l'orientation des comportements internes du Nicaragua sans être pourtant directement lié à la norme à l'étude, cet Etat a ratifié la Convention n° 169 de l'O.I.T. le 25 août 2010. L'effet de l'arrêt précité de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de 2001 dans le droit interne du Nicaragua semble significatif, compte tenu de l'activité législative et judiciaire qui s'en est suivie et de l'implication significative de la société civile.

En Nouvelle-Zélande, outre le Ministère en charge des affaires māories, le Ministère de la Justice a continué de jouer un rôle de premier plan en matière de consolidation du partenariat entre l'Etat et le peuple māori. L'*Office of Treaty Settlements* (O.T.S.) qui dépend de ce Ministère, et son Ministre des négociations en vertu du Traité de Waitangi, aboutissent avec succès à des accords directement négociés entre les représentants māoris et l'Etat<sup>1158</sup>. Les négociations peuvent résulter d'une recommandation du Tribunal de Waitangi, mais ce n'est pas systématique. La place de l'O.T.S. pourrait être appelée à s'accroître à l'avenir, compte tenu de l'avenir incertain du Tribunal de Waitangi, reflétant la généralisation de la tendance à la négociation directe. Dans son rapport de suivi de 2011, le Rapporteur spécial James Anaya estime que la Nouvelle-Zélande a répondu aux préoccupations exprimées dans le rapport de 2006 du Rapporteur spécial précédent, Rodolfo Stavenhagen<sup>1159</sup>, ce qui suggère que cet Etat a modifié son comportement sous l'influence des recommandations du

---

<sup>1157</sup> V. *supra* partie I, titre 2.

<sup>1158</sup> A/HRC/18/35/Add.4, *doc. cit.*, 31 mai 2011 (v. note 1000 *supra*), §§32-34 pp. 10-11.

<sup>1159</sup> *Ibid.*, §3 p. 4: "Many of the concerns raised by the former Special Rapporteur have been the subject of concerted efforts by the Government" et §66 p. 19: "Especially in recent years, New Zealand has made significant strides to advance the rights of Maori people and to address concerns raised by the former Special Rapporteur in his 2006 report". Pour le rapport précédent de Rodolfo Stavenhagen, v. E/CN.4/2006/78/Add.3, *doc. cit.*, 13 mars 2006 (v. note 629 *supra*).

Rapporteur spécial, vers un alignement sur les normes internationales qui s'en trouvent ainsi renforcées. Ici transparait l'incidence sur le processus coutumier des mécanismes de suivi, de supervision, d'exhortation et de recommandation à l'adresse des Etats en vue de poursuivre les efforts pour s'aligner sur les normes internationales. Celles-ci passent insensiblement de la *lex ferenda* – sous la forme d'attentes comportementales – à la *lex lata* à la faveur de ce processus exhortatoire dont les ressorts, initialement moraux et politiques, débouchent *in fine* sur une règle de droit positif. En lien avec la norme à l'étude, la représentation et la participation des Māoris à la vie politique a tendance à se consolider. Ainsi, lors des élections générales de 2008, les Māoris ont obtenu 16% des sièges au Parlement grâce au système de sièges réservés. Ce pourcentage reflète la part du peuple māori au sein de la population nationale, située autour de 15%. Il reste à voir si cette tendance se confirmera, compte tenu de l'intention déclarée par le Parti national, lors de son arrivée au pouvoir en 2008, d'abolir les sièges māoris au Parlement lorsque l'ensemble des plaintes historiques auront été résolues par le Tribunal de Waitangi, c'est-à-dire à l'horizon 2014. En 2010, la ville d'Auckland a établi un bureau māori consultatif<sup>1160</sup> qui représente un certain progrès en matière de représentation et de participation autochtones, même si la solution finalement retenue reste en retrait de celle qui avait été recommandée par la Commission royale sur la gouvernance d'Auckland visant à créer des sièges māoris au sein du Conseil municipal de la ville<sup>1161</sup>.

Le droit coutumier māori tend à être davantage pris en compte par l'Etat. En effet, le Ministère des corrections a mis en place le Service de réhabilitation et de réintégration en janvier 2009, dont l'activité vise à réduire le taux de récidive chez les Māoris en recourant aux concepts et aux valeurs coutumiers – « *tikanga māori* »<sup>1162</sup>. Le programme de développement « *Whanau Ora* » spécialement consacré aux peuples autochtones et apparu au lendemain des élections générales de 2008 et de 2011 est considéré par le Rapporteur spécial comme un exemple de bonne pratique récente<sup>1163</sup>. De manière générale, ces développements récents<sup>1164</sup> semblent confirmer la position avancée de la Nouvelle-Zélande relativement aux autres Etats

---

<sup>1160</sup> A/HRC/18/35/Add.4, *doc. cit.*, 31 mai 2011 (v. note 1000 *supra*), §17 p. 7 ; *Local Government (Auckland Council) Amendment Act 2010* (n° 36). Le *Local Government (Auckland Transitional Provisions) Amendment Act 2013* (loi n° 64 du 3 septembre 2013) nomme cette entité consultative d' « Independent Māori Statutory Board » tel qu'établi par la loi de 2009 (partie 7) qu'elle amende.

<sup>1161</sup> *Report on Auckland Governance*, Royal Commission on Auckland Governance, mars 2009, chapitre 22, §22.2. Cette recommandation visait à reconnaître que « *Maoris constitute a unique community on interest with special status as a partner under the Treaty of Waitangi* », se rapprochant ainsi de la portée de la norme à l'étude.

<sup>1162</sup> A/HRC/18/35/Add.4, *doc. cit.*, 31 mai 2011 (v. note 1000 *supra*), §63 p. 18.

<sup>1163</sup> *Ibid.*, §65 p. 19 et §84 p. 22.

<sup>1164</sup> V. en outre les développements récents en matière de consultation, A/HRC/18/35/Add.4, *doc. cit.*, 31 mai 2011 (v. note 1000 *supra*), §20 pp. 7-8.

en matière de reconnaissance des droits des peuples autochtones et de mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination. En effet, la consolidation d'un partenariat négocié et les mesures de réparation se trouvent à un stade de réalisation relativement avancé, en dépit d'un écart de développement persistant entre les Māoris et le reste de la population. En outre, la Nouvelle-Zélande semble appliquer l'ensemble des droits identifiés par ailleurs comme constitutifs de la norme à l'étude, tout en demeurant discrète sur le terme lui-même, ce qui apparaît comme une précaution en vue d'éviter un exercice externe de l'autodétermination. Cette précaution ne saurait traduire une réserve de l'Etat quant au principe de la norme, étant donné son recours fréquent dans la pratique interne au concept māori de « *tino rangatiratanga* » généralement accepté comme un équivalent approximatif de la notion d'autodétermination. Cette précaution apparaît en outre superflue étant donné le cadre international posé par la Déclaration, notamment l'article 46.1.

Les comportements internes du Paraguay après l'adoption de la Déclaration témoignent de l'existence d'un sentiment de droit de chez cet Etat en lien avec les dispositions de cet instrument international dont il a contribué à l'adoption par son soutien. *A fortiori*, ce sentiment de droit couvre la norme nouvelle sur laquelle repose l'architecture conceptuelle de la Déclaration<sup>1165</sup>. L'Institut paraguayen des autochtones (I.N.D.I.), organe relevant de la Présidence de la République, promeut la mise en œuvre de la plupart des droits identifiés précédemment comme constitutifs de la norme nouvelle. Plus révélateur encore, il inclut la Déclaration de 2007 parmi les instruments formant le cadre juridique de son mandat<sup>1166</sup>. La réforme en cours de l'I.N.D.I. et des autres institutions compétentes, telle la Direction des droits ethniques du ministère public, accorde une certaine attention à l'autodétermination<sup>1167</sup>. De plus, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu au moins deux arrêts

---

<sup>1165</sup> Il apparaît comme la suite logique des développements antérieurs au plan interne, notamment la reconnaissance des droits des peuples autochtones par le chapitre V (articles 62 à 67) de la Constitution du 20 juin 1992 qui reconnaît les peuples autochtones et la plupart des droits par ailleurs identifiés comme constitutifs de la norme à l'étude.

<sup>1166</sup> Parmi notamment la Convention n° 169 de l'O.I.T. ratifiée par le Paraguay, les dispositions précitées de la Constitution ou encore la loi n° 904/81 du 18 décembre 1981 sur le statut des communautés autochtones modifiée par la loi n° 919/96 du 31 juillet 1996.

<sup>1167</sup> V. *Recommandations et résumé du rapport de la mission au Paraguay de l'Instance permanente sur les questions autochtones* (effectuée en avril 2009), 21 janvier 2010, E/C.19/2010/5 (v. aussi le rapport complet du 31 août 2009) ; *Renseignements communiqués par les gouvernements – Paraguay* (réponses à questionnaire), Instance permanente sur les questions autochtones, 9<sup>e</sup> session, 5 février 2010, E/C.19/2010/12/Add.2 ; E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §§71-72 p. 14.

significatifs plaçant les comportements ou manquements de cet Etat dans le cadre de la Déclaration et de la norme à l'étude<sup>1168</sup>.

L'un des parrains de la Déclaration, le Pérou est l'Etat qui a présenté le texte lors du vote et s'est prononcé en faveur de cet instrument. Sa pratique ultérieure confirme une préoccupation constante et grandissante en faveur des droits des peuples autochtones. En mai 2009, le Bureau de l'Ombudsman a recommandé au Congrès d'adopter une loi cadre sur le droit à la consultation qui en fixerait l'essence, les principes directeurs, les modalités procédurales et les garanties afin d'assurer un exercice adéquat de ce droit par les peuples autochtones lorsque leurs intérêts sont affectés par des politiques de l'Etat<sup>1169</sup>. Le bureau de l'Ombudsman a ainsi soumis une proposition au bureau du Président du Conseil des ministres en vue d'établir un mécanisme de dialogue et de consultation afin de contribuer au dialogue et à restaurer la confiance entre l'Etat et les peuples autochtones<sup>1170</sup>. Suite à la visite du Rapporteur spécial et les affrontements de juin 2009, un accord est conclu le 22 juin 2009 sur l'établissement du Groupe national de coordination pour le développement des peuples amazoniens<sup>1171</sup> qui garantit la participation des peuples autochtones au règlement de la crise. Le fait que cette mesure, parmi d'autres, réponde aux recommandations du Rapporteur spécial<sup>1172</sup> fournit un indice supplémentaire de l'influence de celui-ci sur la consolidation du sentiment de droit affectant les comportements du Pérou. Autres indications de l'influence cumulée de ses exhortations sur le processus coutumier, le Rapporteur spécial décrit la situation comme offrant une excellente opportunité pour le Pérou d'établir de bonnes pratiques en application de ses engagements internationaux, notamment en matière de consultation, demande à effectuer ultérieurement une nouvelle visite de suivi dans le pays et à ce que son rapport fasse l'objet de la plus large dissémination possible<sup>1173</sup>. Par ailleurs, le Rapporteur spécial place de manière univoque le droit à la consultation dans le champ du droit

---

<sup>1168</sup> V. pp. 507-510 *infra*, examen de la jurisprudence des juridictions régionales.

<sup>1169</sup> *Rapport sur le droit des peuples autochtones à la consultation : Opinion de l'Ombudsman sur la politique définie par les projets de loi n° 413/2006-CR, 427/2006-CR et 2016/2007-CR*, rapport n° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI, mai 2009 ; v. aussi *Observations sur la situation des peuples autochtones de l'Amazonie et sur les événements du 5 juin et les jours suivants dans les provinces de Bagua et Utcubamba, Pérou*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 18 août 2009, A/HRC/12/34/Add.8, note 16 p. 11.

<sup>1170</sup> Communiqué de presse n° 112/CII/DP/2009 du 16 juin 2009.

<sup>1171</sup> V. l'amorce dans cette direction de la Résolution suprême n° 117-2009-PCM du 10 juin 2009.

<sup>1172</sup> A/HRC/12/34/Add.8, *doc. cit.*, 18 août 2009 (v. note 1169 *supra*), §42 p. 14. V. la suite du rapport pour d'autres mesures prises sous l'influence du Rapporteur spécial, incluant trois projets de loi encadrant le processus de consultation (projets de loi n° 419/2006-CR, 427/2006-CR et 2016/2006-CR).

<sup>1173</sup> *Ibid.*, §52 p. 16 et §§56-57 p. 17.

des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1174</sup>. Ces initiatives et interprétations constituent un vecteur du passage progressif de la norme de la *soft law* vers la *lex lata*. Dans le cas d'espèce, ces méthodes stimulent un ancrage et un affermissement de la norme, et achèvent ainsi son passage dans la *lex lata* de manière accélérée, compte tenu du mandat du Rapporteur spécial visant à promouvoir l'application de la Déclaration.

Aux Philippines, la Commission nationale sur les droits des peuples autochtones (N.C.I.P.) a continué ses activités de promotion des droits des peuples autochtones après l'adoption de la Déclaration. Il peut être judicieux de rappeler que cet Etat avait voté en faveur de la Déclaration et que son Représentant permanent auprès des Nations Unies avait été désigné par la Présidente de l'Assemblée générale afin de conduire des consultations supplémentaires à l'été 2007 pour atteindre un consensus le plus large possible.

Alors qu'elle s'était abstenue lors du vote sans que cette attitude ne semble particulièrement due au principe de la norme à l'étude<sup>1175</sup>, la Fédération de Russie fait montre de comportements internes dont la teneur, certes perfectible, abonde pourtant dans le sens de ladite norme. C'est d'ailleurs « au regard des normes pertinentes » que le Rapporteur analyse ces comportements, conformément à son mandat et encourage cet Etat à déclarer son soutien à la Déclaration<sup>1176</sup>. Un tel placement dans le champ de la Déclaration des comportements d'un Etat pourtant réservé à son égard donne toute la mesure de la force de ce cadre juridique, manifestement au-delà de la *lex ferenda* dans la mesure où les comportements y compris des Etats réservés ne se déploient qu'en relation nécessaire envers ce cadre juridique international en matière de droits des peuples autochtones qui suit un processus d'affermissement permanent, comme il a été déjà abondamment constaté. La reconnaissance des « peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie » par la Constitution et la législation<sup>1177</sup>

---

<sup>1174</sup> *Observations sur le développement de l'exploration et de l'extraction de gaz naturel dans le lot 88 du projet Camisea*, observations du Rapporteur spécial, James Anaya, 24 mars 2014, reproduit in A/HRC/27/52/Add.3, annexe, §§24-29 pp. 31-34.

<sup>1175</sup> Il faut rappeler que la Fédération de Russie avait déclaré accepter la plupart des dispositions de la Déclaration en dépit de son abstention qui ne semble pas être due aux dispositions relatives au droit à l'autodétermination. Manifestement rassurée par l'inclusion de l'article 46.1 visant à protéger l'intégrité territoriale des Etats, la Fédération de Russie cite comme raison de ses réserves d'autres dispositions. Si celles-ci sont liées à certains droits constitutifs de l'autodétermination, le principe de celle-ci n'est pourtant pas remis en cause (A/61/PV.107, *doc. cit.*, 13 septembre 2007 (v. note 22 *supra*), p. 17).

<sup>1176</sup> A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), résumé p. 1 et §82 p. 19. Le rapport fait également état des déficiences et de la grande marge de progrès des actions du Gouvernement en vue d'améliorer la situation des peuples autochtones.

<sup>1177</sup> V. examen des comportements internes antérieurs de la Fédération de Russie, partie I, titre 2.

se traduit par une catégorisation de ces peuples sur une liste officielle actualisée dans la période qui a suivi l'adoption de la Déclaration<sup>1178</sup>.

En 2009, le Gouvernement fédéral a adopté un document de réflexion définissant une politique globale en faveur des peuples autochtones pour la période 2009-2025<sup>1179</sup>. Cette politique inclut une série de programmes appelés à garantir ou à renforcer certains droits des peuples autochtones identifiés par ailleurs comme constitutifs de la norme nouvelle. En effet, le document formule sept objectifs visant notamment à améliorer la situation socio-économique des peuples autochtones, à préserver leur intégrité et identité culturelle, à développer des formes d'auto-administration ou encore à soutenir l'éducation dans le respect de la culture autochtone. Le document est décrit par le Rapporteur spécial comme « un document ambitieux et exhaustif », reflétant la préoccupation du Gouvernement pour les revendications des peuples autochtones<sup>1180</sup>. Compte tenu du mandat du Rapporteur spécial avec qui la Fédération de Russie a manifestement coopéré, il apparaît raisonnable de présumer que tout jugement de sa part sur les comportements d'un Etat est nécessairement situé par rapport au critère essentiel que forme la Déclaration, dont la clé de voûte est la norme à l'étude. D'ailleurs, faisant écho à l'idée selon laquelle la Déclaration ne crée pas à proprement parler de droits nouveaux mais adapte, interprète ou détaille le régime général existant des droits de l'homme dans le contexte spécifique des peuples autochtones<sup>1181</sup>, le Rapporteur spécial se réfère aux droits fonciers sous l'angle d'une obligation de la Fédération de Russie, en vertu non de la Déclaration mais des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels cet Etat est partie, et de la Déclaration universelle des droits de l'homme dont les dispositions sont généralement acceptées comme passées dans le droit international coutumier<sup>1182</sup>. Selon le droit interne de la Fédération de Russie elle-même, le droit

---

<sup>1178</sup> *Liste unifiée des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie*, liste approuvée par le décret n° 255 du Gouvernement fédéral du 24 mars 2000, publiée dans la *Gazette russe* n° 66 du 5 avril 2000, p. 1493, et mise à jour plusieurs fois. Depuis l'amendement apporté par la résolution n° 1145 du Gouvernement fédéral du 26 décembre 2011, la liste inclut 46 peuples autochtones peu nombreux reconnus.

<sup>1179</sup> *Document de réflexion ("Concept Paper") sur le développement durable des peuples autochtones peu nombreux de la Sibirie septentrionale et de l'extrême orient de la Fédération de Russie*, ordonnance n° 132-p, Gouvernement fédéral, Moscou, 4 février 2009, publiée in *R.L.F.R.*, 2009, n° 7, p. 876.

<sup>1180</sup> A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), §24 p. 8, confirmé plus loin en matière foncière in §39 p. 11.

<sup>1181</sup> Ce qui implique nécessairement une démarche partiellement créative, de manière inhérente à la notion d'interprétation ou d'adaptation. Ainsi, la Déclaration apparaît se trouver à mi-chemin entre la codification et le développement du droit.

<sup>1182</sup> A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), §29 p. 9 ; Mary Ann GLENDON, "The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights", *Northwestern Journal of International Human Rights*, tome 2, n° 1, printemps 2004, pp. 4-5.

international prévaut sur le droit interne, particulièrement en cas de conflit de normes<sup>1183</sup>. Ces instruments couvrent un certain nombre de droits identifiés dans la présente étude comme constitutifs de la norme nouvelle. Cet aspect du processus coutumier à l'étude a pour conséquence de relativiser la position des Etats consistant à accepter ou à rejeter la Déclaration, eu égard à son simple caractère de reflet du droit international coutumier mis en place pour une bonne partie par des instruments universels antérieurs. Dans ce contexte, la Déclaration et les pratiques étatiques modélisent la prise de conscience collective des Etats de la nécessité sociale de la norme à l'étude. Autre indice de l'influence de l'O.N.U. sur les comportements internes de la Fédération de Russie, celle-ci a établi un Comité national d'organisation pour la Deuxième décennie des peuples autochtones du monde et a défini un certain nombre de priorités d'action pour cette décennie.

Le Conseil de la Fédération disposait d'un comité sur les territoires septentrionaux et sur les questions relatives aux peuples autochtones, mais celui-ci a été dissous en novembre 2011. Le cadre juridique interne russe prévoit la reconnaissance de droits collectifs ou encore le droit à l'auto-administration comme autant d'indices de la prise de conscience par l'Etat de la réalité de la norme. Le Gouvernement fédéral adopte des initiatives de subvention visant les peuples autochtones depuis 1991<sup>1184</sup>. Le Ministère du développement régional a mis au point une méthodologie d'évaluation des dommages causés par les activités industrielles, dont l'extraction, aux territoires d'utilisation traditionnelle<sup>1185</sup>. Cette mesure s'inscrit dans un contexte de progrès dans l'exercice de la participation, du consentement et de la coopération des peuples autochtones concernant les activités d'industries extractives. Ce développement trouve sa place dans le contexte plus large de la réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1186</sup>. En 2010, le Comité des nationalités de la Douma a initié l'élaboration

---

<sup>1183</sup> Article 15.4 de la Constitution du 12 décembre 1993 ; A/HRC/15/37/Add.5, §§17-18 p. 7. Cette disposition interne confirme l'existence et la portée des obligations internationales dans le droit interne russe et en facilite évidemment l'exécution, ce qui du reste ne remet pas en cause leur existence autonome puisque le droit international tend à traiter les droits internes des Etats comme de simples faits. Le champ d'application de la Déclaration peut donc être présumé exister dans le droit interne russe en dépit de l'abstention de cet Etat lors du vote, et si le droit interne peut permettre plus que le droit international, il ne peut pas le restreindre ou l'encadrer.

<sup>1184</sup> A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), §21 p. 7.

<sup>1185</sup> Décret n° 565 du 9 décembre 2009 ; A/HRC/15/37/Add.5, §23 p. 8. Cette mesure constitue un exercice des droits fonciers autochtones, constitutifs de la norme à l'étude. Le Rapporteur spécial a conduit une étude détaillée sur cette question, v. son rapport thématique final sur *Les industries extractives et les peuples autochtones*, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> juillet 2013, A/HRC/24/41, 27 p., et aussi l'étude connexe du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 30 avril 2012, A/HRC/EMRIP/2012/2.

<sup>1186</sup> A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), §§45-46 p. 12, appréciant la marge de progrès qu'il reste à faire, notamment la promesse du Ministère du développement régional au Rapporteur spécial de superviser un processus de consultation avec les peuples autochtones affectés par le projet de construction d'un barrage par l'entreprise RusHydro, v. aussi §51 pp. 13-14. Cette promesse, génératrice d'un

d'un projet de loi sur la protection de l'environnement pour le mode de vie traditionnel et l'utilisation traditionnelle de la nature par les peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie, amendant la loi sur les territoires de 2001. Un Groupe de travail a également été créé pour modifier la loi sur la chasse dont l'entrée en vigueur était prévue pour 2010, en vue de reconnaître les droits de chasse traditionnels autochtones.

L'un des problèmes généraux affectant la situation des peuples autochtones du pays demeure la faible application d'un cadre juridique certes perfectible mais pourtant correct, eu égard à la pratique internationale. Notamment le Rapporteur spécial note la persistance récente de problèmes dans l'application des lois sur les droits territoriaux des peuples autochtones ainsi que des insuffisances dans leur contenu<sup>1187</sup>. A l'instar du cas de l'Argentine et comme il a été déjà observé, la faible application du cadre juridique interne conduit à nuancer l'appréciation de la portée de la norme mais ne l'invalide pas. Dresser un constat objectif impose en effet d'envisager l'aspect dynamique ou diachronique propre à tout processus évolutif, et de resituer l'émergence de la norme dans le temps. Les normes internes faiblement appliquées doivent être appréhendées avant tout en tant qu'acte consacrant une rupture car elles émergent souvent dans un contexte de vide juridique relatif. Il est donc nécessaire de tenir compte du phénomène de transition et d'adaptation propre à toute rupture. La rupture apparaît en définitive plus significative que la déficience. Dans d'autres cas, auxquels se rattache la Fédération de Russie, la faible application du cadre juridique interne reflète un problème systémique de l'Etat. Puisque ce problème n'est pas limité aux peuples autochtones, il ne doit donc pas être considéré comme affectant le processus coutumier. Ces considérations admises, dans les deux cas le cadre juridique interne même partiellement appliqué peut être admis comme contribuant au processus coutumier.

Malgré la marge considérable de progrès possible, certaines pratiques locales et fédérales peuvent être relevées comme des exemples de participation politique, de

---

engagement moral vis-à-vis du représentant d'un organe de l'Etat, peut raisonnablement s'interpréter comme répondant à un certain sentiment juridique, étant donné le mandat du Rapporteur spécial.

<sup>1187</sup> *Ibid.*, §§35-36 pp. 10-11. L'une des insuffisances du cadre juridique russe est en général le caractère restrictif de la définition juridique des peuples autochtones. En subordonnant le statut de peuple autochtone à un critère numérique restrictif (50 000 membres maximum résidant en Russie), cette définition exclut de fait certaines communautés plus nombreuses qui répondent pourtant à la définition générale du peuple autochtone. C'est le cas par exemple des Iakoutes (en République de Sakha ou Iakoutie) ou des Tatars (en République du Tatarstan). V. sur ce point : Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, premier avis sur la Fédération de Russie, 13 septembre 2002, ACFC/INF/OP/I(2003)005, §53 ; A/HRC/15/37/Add.5, *doc. cit.*, 23 juin 2010 (v. note 658 *supra*), §§7-8 p. 5.



consultation ou d'auto-administration au bénéfice des peuples autochtones, constituant autant d'exercices partiels de la norme à l'étude<sup>1188</sup>. Certains progrès ont été constatés dans les mesures prises par le Gouvernement fédéral en matière de développement socio-économique des peuples autochtones, bien que les efforts doivent se poursuivre en vue de satisfaire à la norme de l'autodétermination<sup>1189</sup>. Un programme d'éducation a été élaboré au bénéfice des peuples autochtones notamment en matière d'éducation, et dont la mise en œuvre avait été prévue jusqu'en 2011<sup>1190</sup>. Des efforts ont été poursuivis ces dernières années afin de délivrer des manuels scolaires dans les langues autochtones locales, contribuant ainsi à la préservation de l'intégrité culturelle autochtone<sup>1191</sup>. La progression apparaît réelle de manière générale même si elle peut parfois manquer de constance, en témoignent l'affectation de certains droits autochtones par des réformes législatives et la suspension des activités de l'Association russe des peuples autochtones du nord (R.A.I.P.O.N.) par le Ministère de la Justice entre novembre 2012 et mars 2013.

Enfin, concernant l'application de la Déclaration en tant que telle, il faut noter que l'abstention de la Fédération de Russie n'empêche pas certains organes étatiques locaux de commencer récemment à se référer à cet instrument dans le cadre de leurs activités. Un exemple intéressant est fourni par l'Ombudsman des peuples autochtones de la région de Krasnoïarsk qui mentionne dans un rapport de 2011 la Déclaration comme reconnaissant – et non pas créant – les droits des peuples autochtones et formant le cadre juridique international

---

<sup>1188</sup> *Ibid.*, §52 p. 14, §§56-58 p. 15. L'auto-administration peut se traduire par la mise en place d'institutions autochtones autonomes à l'échelle locale. A l'échelle des sujets de la Fédération, certains tirent leur nom du peuple autochtone local auquel ils offrent parfois une certaine forme limitée d'autonomie politique. Cependant, l'incidence de la loi fédérale sur les principes généraux de l'auto-administration locale en Russie (loi n° 131-FZ du 6 octobre 2003) sur l'auto-administration autochtone demeure controversée.

<sup>1189</sup> *Ibid.*, §59 p. 22 et §91 p. 21.

<sup>1190</sup> Décret gouvernemental n° 564 du 27 juillet 2001 « Sur le programme fédéral ciblé "Développement économique et social des peuples autochtones peu nombreux du Nord jusqu'en 2011" » tel qu'amendé le 6 juin 2002.

<sup>1191</sup> *Implementation of the Policy of Sustainable Development of the Indigenous Small Peoples of the North, Siberia and the Far East of the Russian Federation*, rapport gouvernemental, traduction non officielle, section 2.2.2. p. 4. La section 2.1 de ce rapport cite la quasi-totalité des droits reconnus par ailleurs comme constitutifs de la norme nouvelle parmi les principaux objectifs et principes de la politique gouvernementale envers les peuples autochtones, y compris la dimension remède, le droit au développement, le droit à la participation, l'accès aux ressources naturelles, l'autonomie politique ou auto-administration, les droits fonciers ou encore l'intégrité culturelle. Le rapport promeut notamment une approche globale des questions et la sécurisation de droits spéciaux en accord avec les normes internationales applicables (p. 2). Alors que la notion de droits spéciaux au bénéfice des peuples autochtones apparaît rejetée par le Rapporteur spécial, il semble bien que certains droits collectifs identifiés comme constitutifs de la norme à l'étude soient spécifiques aux peuples autochtones. C'est au moins le cas des droits fonciers ancestraux de possession qui se distinguent du droit de propriété classique, le plus souvent individuel. De manière révélatrice, des deux droits distincts sont d'ailleurs le plus souvent traités en termes d'équivalence mais non d'identification. Il s'agit en réalité de la portée spécifique de droits généraux dans le contexte propre aux peuples autochtones.

en la matière. Dans son introduction, il cite une exhortation du Secrétaire général Ban Ki-moon à mettre en œuvre les droits des peuples autochtones<sup>1192</sup>. Tout au long du rapport, l'Ombudsman se réfère à divers articles de la Déclaration – mais non à l'article 3 – à la lumière desquels il évalue les actions de l'Etat. Il semble raisonnable de penser que ce type de référence opéré dans un tel contexte et par un tel mandataire traduise une certaine force politique et morale du texte en cause. Plus encore, il est possible de soutenir que l'activité de l'Ombudsman ainsi située par rapport à la Déclaration en constitue d'une certaine manière l'application juridique.

Dernier trait offrant une certaine pertinence vis-à-vis de la norme à l'étude, les développements intervenus en Crimée en mars 2014 semblent aussi témoigner à leur façon de la présence d'un certain sentiment d'obligation juridique de la Fédération de Russie en matière de droits des peuples autochtones, en dépit du fait qu'elle ait maintenu jusqu'à ce jour sa position d'abstention vis-à-vis de la Déclaration. Il ne s'agit pas ici de prendre parti sur l'interprétation des événements intervenus en Crimée ni sur la question du statut de ce territoire<sup>1193</sup>, mais de formuler quelques observations utiles à la problématique à l'étude. Alors que le Parlement de la République autonome de Crimée adoptait le 11 mars 2014 une déclaration de souveraineté, anticipant de quelques jours le référendum d'autodétermination qui allait aboutir à la sécession de la Crimée vis-à-vis de l'Ukraine, il lui a semblé nécessaire d'adopter également le même jour des garanties sur les droits des Tatars de Crimée<sup>1194</sup> qui vont au-delà de celles contenues dans la Constitution de la République autonome de Crimée de 1998. En dépit de la déportation massive à laquelle il a été soumis en 1944, le peuple tatar de Crimée présente toutes les caractéristiques du peuple autochtone, identité qu'il revendique d'ailleurs de manière occasionnelle. Il peut donc selon certains points de vue constituer au moins l'un des peuples autochtones de la péninsule<sup>1195</sup>.

---

<sup>1192</sup> *Rapport sur le respect des droits constitutionnels et des libertés des peuples autochtones peu nombreux sur le territoire de la région de Krasnoïarsk*, Protecteur des droits des peuples autochtones peu nombreux de la région de Krasnoïarsk (Ombudsman), Krasnoïarsk, 2011, ББК 67.400.7 (2РОС-4Кра), УДК 342.716 (571.51), p. 3 (en langue russe).

<sup>1193</sup> Le référendum d'autodétermination du 16 mars 2014, la sécession de la Crimée invoquant le droit des peuples à l'autodétermination puis son rattachement à la Fédération de Russie ont été du reste condamnés comme une modification non-consensuelle des frontières par la Résolution 68/262 de l'Assemblée générale du 27 mars 2014 sur l'intégrité territoriale de l'Ukraine, dans un contexte de blocage du Conseil de sécurité (v. débat lors du vote in doc. A/68/PV.80, 68<sup>e</sup> session, 80<sup>e</sup> séance plénière).

<sup>1194</sup> Résolution n° 1728-6/14 du Conseil suprême de la République autonome de Crimée du 11 mars 2014. V. aussi le décret n° 268 sur la réhabilitation du peuple tatar de Crimée, adopté par le président russe, Vladimir V. Poutine, le 21 avril 2014.

<sup>1195</sup> A cet égard, les Tatars ont qualifiés d'« habitants originaux de la [Crimée] » lors des débats du Conseil de sécurité portant sur le conflit en Crimée, (Procès-verbal de la 7138<sup>e</sup> séance, Conseil de sécurité, 69<sup>e</sup> année, New-

Un examen du texte révèle que les garanties reflètent la plupart des droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, notamment le statut officiel conféré à la langue tatare à parité avec le russe, une représentation proportionnelle à la composition de la population au sein du Conseil suprême, un quota de 20% de représentants tatars au sein des autorités exécutives, la représentation des Tatars dans les organes locaux, la reconnaissance des organes d'auto-administration et de représentation du peuple tatar, un plan de retour vers leurs terres des Tatars déportés avec un dédommagement financier approprié, le traitement des problèmes liés à la déportation, la protection de la culture et de l'héritage historique tatars, le droit à l'éducation dans la langue et la culture tatars, un retour à l'usage des noms topographiques en langue tatare antérieur à 1944, ou encore la protection des *media* et de la religion tatars. Un certain nombre de ces droits est formulé au bénéfice du peuple tatar et non de ses membres. De manière générale, les garanties apportées semblent excéder le régime de la protection des droits des minorités nationales pour se rapprocher d'une forme d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Quel que soit en définitive le statut des Tatars de Crimée et indépendamment de la licéité ou illicéité de la sécession de la Crimée de l'Ukraine et de son rattachement à la Fédération de Russie, il s'agit ici simplement de constater que, y compris en période d'instabilité et de crise, les protagonistes se sentent obligés de réaffirmer leur attachement au moins nominal au respect des droits des peuples autochtones<sup>1196</sup>.

Au Salvador, le premier Congrès national autochtone, convoqué par le Gouvernement en 2010, établit un dialogue entre l'Etat et les peuples autochtones<sup>1197</sup> et servira de précédent aux évolutions institutionnelles ultérieures. Durant le Congrès, le Président du Salvador a adressé aux peuples autochtones les excuses du pays pour les persécutions passées. Le

---

York, 15 mars 2014, S/PV.7138, p. 6). Cette revendication par les Tatars de Crimée du statut de peuple autochtone explique probablement la position abstentionniste adoptée par l'Ukraine lors du vote de 2007 sur l'adoption de la Déclaration. Pour l'instant, les Tatars de Crimée ne sont formellement reconnus comme peuple autochtone ni par l'Ukraine ni par la Fédération de Russie, bien qu'ils participent occasionnellement aux travaux des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. sur les questions autochtones. V. sur ce point la déclaration sur les Tatars de Crimée d'Olivier Loode, membre de l'Instance permanente, et la déclaration de Nadir Bekirov au nom de la Fondation pour la recherche et le soutien des peuples autochtones de Crimée, prononcées lors de la treizième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones (12-23 mai 2014). Certains indices suggèrent que l'Ukraine aurait engagé en mars 2014 un processus de consultation au sein du gouvernement en vue d'annoncer son soutien à la Déclaration, sans résultat pour l'instant.

<sup>1196</sup> Dans le cas d'espèce, il ne fait pas de doute que ces mesures de garanties répondent pour une large mesure à des raisons de stratégie et d'opportunisme politiques. Loin d'invalider le raisonnement, les raisons politiques aboutissent plutôt à confirmer le lien étroit et indéfectible entre droit et politique ainsi que le rôle prééminent de la politique dans la formation du droit.

<sup>1197</sup> A/HRC/24/41/Add.2, *doc. cit.*, 25 juin 2013 (v. note 1094 *supra*), §23 p. 8.

Congrès reconnaît également le droit des peuples autochtones à leur identité et à leurs traditions coutumières. Certains mécanismes institutionnels ont été créés par l'Etat et illustrent sa préoccupation pour les droits des peuples autochtones. Notamment, deux institutions assistent le Gouvernement au niveau national sur les questions autochtones<sup>1198</sup>.

Premièrement, la Direction intérieure du Secrétariat de la Culture est l'agence du Gouvernement spécifiquement consacrée aux questions autochtones. Elle a notamment pour rôle de promouvoir les droits des peuples autochtones, de faciliter la coopération entre communautés et organisations autochtones d'une part et les agences gouvernementales d'autre part, ainsi que de promouvoir la culture autochtone. Deuxièmement, la Direction nationale des peuples autochtones et de la diversité culturelle joue un rôle complémentaire en établissant la « table multisectorielle » – « *mesa multisectorial* » – qui se réunit depuis octobre 2011. La table multisectorielle offre une plateforme de discussion entre les représentants autochtones et les organes gouvernementaux en vue d'évoquer les questions d'intérêt, de définir et de mettre en œuvre les politiques et programmes concernant les peuples autochtones<sup>1199</sup>. Ce mécanisme institutionnel semble de nature à donner plein effet au droit à la participation ou à la démocratie et à la consultation. Ce cadre devrait permettre de réaliser pleinement le consentement libre, éclairé et préalable des peuples autochtones et d'accueillir un processus de partage consensuel du pouvoir politique reposant sur des négociations menées de bonne foi entre l'Etat et les peuples autochtones en vue de consolider une relation de partenariat. Cela est illustré par l'adoption par la Table multisectorielle du programme d'action « Politique nationale de l'environnement » en 2012. Parmi les représentants des peuples autochtones servant d'interlocuteur à l'Etat, le Conseil coordinateur national autochtone salvadorien (C.C.N.I.S.) semble appelé à jouer un rôle prééminent en raison de la forte représentativité de cette association fédérative d'organisations non-gouvernementales.

Par ailleurs, la tendance du Rapporteur spécial à adopter une approche normative vis-à-vis des comportements des Etats se retrouve vis-à-vis du Salvador. Cette démarche qui détermine la structure de son rapport est illustrée par l'appréciation des mesures prises récemment par le Gouvernement en vue d'assurer une meilleure reconnaissance des peuples autochtones ou encore par l'évaluation du respect des droits fonciers autochtones à la lumière

---

<sup>1198</sup> *Ibid.* §19 p. 7.

<sup>1199</sup> *Ibid.*, §§24-28 pp. 8-9.

des dispositions de la Déclaration<sup>1200</sup>. Enfin, les comportements internes du Salvador témoignent d'un emploi indifférent des expressions de « communautés autochtones » et de « peuples autochtones », suggérant ainsi une pleine acceptation des peuples autochtones comme peuples au sens du droit international.

La Suède est le théâtre de développements après 2007 contribuant à consolider la norme nouvelle. Lorsqu'il a établi le Parlement sami suédois en 1993, le Gouvernement avait nié qu'il s'agissait d'un moyen de réalisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Semblant revenir partiellement sur ce point de vue, il a reconnu depuis le rôle de cette institution en matière d'auto-administration, expressément liée à l'autodétermination par l'article 4 de la Déclaration, du reste approuvée par la Suède. Il semble utile néanmoins de nuancer ce point en précisant que le Parlement sami suédois est également une agence de l'Etat et en tant que telle partiellement liée par les politiques et les mesures décidées par le Gouvernement, qui peuvent être parfois contraires aux droits et aux intérêts du peuple sami<sup>1201</sup>. Autre développement positif en matière d'auto-administration, au terme de quatorze ans de négociations, l'association *Laponiatjuottjudus* à majorité samie a obtenu en 2010 le droit d'administrer le site de Laponie, classé sur la liste du patrimoine mondial de l'humanité par l'U.N.E.S.C.O.

Le Venezuela continue d'appliquer un système de réserve ou de quota afin d'assurer la participation des peuples autochtones à la vie politique du pays, ce qui peut être souligné comme une bonne pratique de la dimension de participation et de consultation identifiée par ailleurs comme principe ordonnateur des droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. A un cadre juridique reconnaissant les peuples autochtones et certains de leurs droits qui se retrouvent dans le cadre de la norme nouvelle<sup>1202</sup> répond une action politique volontariste en vue de donner effet à ces garanties. Notamment, des titres fonciers sont délivrés régulièrement par l'Etat aux peuples autochtones. Reflétant la subordination de l'exercice des droits fonciers au principe légitimateur de consultation de bonne foi entre Etat et peuples autochtones donnant lieu au consentement libre, éclairé et préalable des peuples

---

<sup>1200</sup> *Ibid.*, résumé p. 1 et §37 p. 11.

<sup>1201</sup> A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §42 p. 12.

<sup>1202</sup> Notamment la Constitution entrée en vigueur le 20 décembre 1999 qui ouvre la voie de la participation des peuples autochtones à la vie politique, la Loi sur la démarcation et les garanties pour l'habitat et les territoires des peuples autochtones entrée en vigueur en 2001, la ratification de la Convention n° 169 de l'O.I.T. en 2002 ou encore la Loi organique sur les peuples et communautés autochtones élaborée en 2005 ; v. *The Indigenous World 2013*, I.W.G.I.A., *doc. cit.*, 2013 (v. note 1012 *supra*), pp. 116-124.

autochtones, il convient de signaler certains cas de rejet de ces titres par les peuples bénéficiaires eux-mêmes au motif qu'ils n'avaient pas été consultés sur le contenu et la portée desdits titres suscitant un désaccord<sup>1203</sup>.

Les comportements des Etats reflétant la norme à l'étude peuvent prendre un aspect régional ou transnational, particulièrement dans le cas de peuples autochtones divisés par des frontières internationales. Il faut ainsi souligner une approche et un exercice régional du droit des peuples autochtones à l'autodétermination pour le peuple sami, comme le suggèrent les comportements de la Finlande, de la Norvège, de la Fédération de Russie et de la Suède<sup>1204</sup>. Après la formation d'un Conseil parlementaire sami en 2000 investi de compétences en matière de coopération transfrontalière entre les peuples autochtones<sup>1205</sup>, une Convention des Samis nordiques reconnaissant le droit du peuple sami à l'autodétermination<sup>1206</sup> ainsi que ses divers droits constitutifs et modalités ou principes de mise en œuvre, est actuellement en cours d'élaboration. Le groupe d'experts formé par les Etats et en charge de l'élaboration du texte a adopté une version préliminaire du projet de Convention le 26 octobre 2005<sup>1207</sup>. Un modèle de négociation pour la Convention a été adopté en novembre 2010 par les trois Etats nordiques et les trois Parlements samis nationaux en vertu duquel les délégations de négociateurs doivent inclure des membres des Gouvernements et des membres des Parlements samis. Ce modèle est susceptible de garantir une participation adéquate des peuples autochtones à la définition des normes les concernant et conférant ainsi la légitimité nécessaire au texte final, comme cela avait été le cas lors du processus d'élaboration du projet de *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Les négociations ont débuté en 2011 et

---

<sup>1203</sup> A titre d'exemple, les chefs des tribus Yukpa (secteur de Tokuko, Perijá, Etat de Zulia) ont rejeté, le 6 janvier 2012, le titre foncier qui leur avait été remis par le Président Hugo Chávez le 15 décembre 2011 au motif qu'ils n'avaient pas pu prendre connaissance du document et qu'ils n'acceptaient pas les frontières du territoire couvert par le titre. Un processus de dialogue et de négociation s'en est suivi.

<sup>1204</sup> A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §§33-36 pp. 10-11.

<sup>1205</sup> Qui constitue la systématisation à l'échelle régionale et transnationale des Parlements samis existant dans chacun des trois Etats nordiques et généralement considérés comme des formes d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans sa composante d'auto-administration, de consultation et de participation (v. I.W.G.I.A., *Indigenous Affairs n° 3/01 – Self-Determination*, 4<sup>e</sup> trimestre 2001, p. 18). De manière générale, le cadre juridique interne des trois Etats nordiques est considéré comme avancés en matière d'autodétermination autochtone (A/HRC/18/35/Add.2, §32 p. 10, §72 p. 19, §§74-78 p. 20).

<sup>1206</sup> Préambule et article 3 du projet de Convention qui adopte une définition identique à celle de l'article 3 de la Déclaration de 2007. V. A/HRC/18/35/Add.2, §§11-13 pp. 5-6.

<sup>1207</sup> V. Mattias ÅHRÉN, Martin SCHEININ, John B. HENRIKSEN, "The Nordic Convention: International Human Rights, Self-Determination and other Central Provisions", *Journal of Indigenous Peoples' Rights "Gáldu Čála"*, n° 3/2007, 109 p. Pour une analyse régionale des droits culturels autochtones reflétant cette approche transnationale chez les mécanismes de l'O.N.U., v. Kamrul HOSSAIN, *The Human Rights Committee on Traditional Cultural Rights: the case of the Arctic Indigenous Peoples*, Northern Institute for Environmental and Minority Law, Arctic Centre, University of Lapland, 2008, 14 p.

devraient durer cinq ans. Une coopération régionale existe également entre les Etats nordiques et la Fédération de Russie en vue de protéger la culture et leurs peuples autochtones communs et afin de développer la coopération commerciale transfrontalière au bénéfice des peuples autochtones.

Un autre exemple d'approche conceptuelle régionale de la norme nouvelle peut être observé chez le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones concernant l'Asie<sup>1208</sup>, puisqu'il place ses observations à l'échelle régionale, susceptible ainsi de faciliter l'intégration de la norme et sa cohérence. Dans sa méthodologie même, cette approche fait une place essentielle à la consultation de bonne foi comme modalité ou condition formelle de réalisation des différentes composantes du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Cette approche a été confirmée notamment par les travaux de l'Instance permanente sur les questions autochtones<sup>1209</sup>. De manière générale, la participation et la représentation au sein des travaux de l'Assemblée générale s'effectue par Groupe de pays répartis selon les divers continents.

Un dernier exemple d'approche régionale politique peut être fourni par l'Union européenne qui était représentée par le Portugal lors du vote de 2007. Outre les initiatives prises en matière de droits des peuples autochtones, l'Union européenne participe généralement aux activités des mécanismes et institutions des Nations Unies mandatées en matière de droits des peuples autochtones. Il faut en outre rappeler qu'elle a été représentée lors du vote de l'Assemblée générale en 2007. Les positions de l'Union européenne semblent abonder dans le sens de la norme nouvelle, comme le suggère sa participation aux activités de la dixième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones de 2011. Dans sa réponse à un questionnaire de l'Instance sur les manières de mettre en œuvre ses

---

<sup>1208</sup> *Consultation sur la situation des peuples autochtones en Asie*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 31 juillet 2013, A/HRC/24/41/Add.3, 15 p. Cette consultation fait suite à une initiative du Rapporteur spécial précédent, Rodolfo Stavenhagen. Tout comme sur les continents américain et africain, une approche régionale des droits des peuples autochtones semble se faire jour en Asie, bien que la question de savoir si cette approche constitue réellement une doctrine demeure incertaine. V. à cet égard la *Déclaration de Baguio* adoptée par des représentants de peuples autochtones d'Asie lors de la Conférence sur l'autodétermination des peuples autochtones et l'Etat nation en Asie, tenue à Baguio (Philippines) du 18 au 21 avril 1999.

<sup>1209</sup> *Etude sur un protocole facultatif se rapportant à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et axée sur un mécanisme volontaire*, étude d'un groupe international d'experts (M. Dalee Sambo Dorough et Mme Megan Davis), Instance permanente sur les questions autochtones, 4 mars 2014, E/C.19/2014/7, §§44-45 pp. 16-17.

recommandations<sup>1210</sup>, l'Union européenne déclare effectivement que « [l]es principes de l'engagement de l'Union européenne envers les peuples autochtones sont appliqués dans le contexte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007. L'Union européenne a fortement soutenu la résolution de l'Assemblée générale adoptant le texte de la Déclaration [...] : avec un grand nombre de pays, les Etats membres de l'Union européenne ont voté unanimement en faveur de la Déclaration. L'Union européenne considère la Déclaration comme un apport précieux aux instruments des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme. » Toujours selon ce document, l'Union européenne contribue à relayer le travail de supervision et d'encouragement des mécanismes pertinents des Nations Unies en vue de mettre en œuvre la Déclaration, notamment en conduisant des projets d'assistance et de financement auprès d'Etats en difficulté. L'activité continue du Groupe inter-service sur les peuples autochtones, établi en 2005, contribue à rendre plus systématique et plus cohérente l'action de l'Union européenne dans ce domaine en établissant un lien transversal entre les différents services de la Commission européenne, ce qui témoigne de la progression de la prise de conscience chez les institutions européennes – et par répercussion chez ses Etats membres – de la nécessité sociale de la norme nouvelle. Ce Groupe est appelé à avoir un effet catalysant sur l'intégration et l'application des dispositions de la Déclaration dans les activités, mesures, politiques et législations de l'Union européenne et de ses Etats membres. L'Union européenne semble de nature à consolider structurellement le processus coutumier sur le continent européen en « faisant parler » les Etats silencieux et non intéressés dans le sens des dispositions de la Déclaration<sup>1211</sup>. Il peut enfin sembler anecdotique mais révélateur que le principe éthique universel d'unité dans la diversité, qui offre le ressort philosophique ultime du processus coutumier, a été choisi comme la devise de l'Union européenne<sup>1212</sup>.

---

<sup>1210</sup> Réponses au *Questionnaire adressé au système des Nations Unies et aux organisations intergouvernementales concernant leurs contributions à l'Instance permanente sur les questions autochtones*, Service européen d'action extérieure, Direction des relations multilatérales et des droits de l'homme, Bruxelles, 31 janvier 2011, ER/B1//ML/ic, 9 p. Le caractère essentiel du principe de consultation comme modalité de mise en œuvre de la norme nouvelle est reflété par son omniprésence dans l'ordre du jour des divers mécanismes pertinents ainsi que dans leurs diverses observations, activités et études.

<sup>1211</sup> De façon analogue, l'observation précitée affirmant que « les Etats membres de l'Union européenne ont voté unanimement en faveur de la Déclaration » devrait inclure d'office parmi ses soutiens la Roumanie, pourtant absente lors du vote. Cette observation corrobore la présomption du soutien roumain, abordée lors du chapitre précédent.

<sup>1212</sup> « *In varietate concordia* » (Unie dans la diversité). D'après la Commission européenne, « cette devise caractérise la manière dont les Européens se sont rassemblés, en créant l'Union européenne, pour œuvrer en faveur de la paix et de la prospérité, s'enrichissant ainsi des diverses cultures, traditions et langues du continent. » Cette diversité est caractérisée comme un atout et reflète à l'échelle européenne une réalité mondiale. La préservation de la diversité culturelle et identitaire mondiale en tant que source d'enrichissement, de progrès et de prospérité mais aussi en tant que condition de la survie ultime de l'humanité, conduit à la



§2 – *Une référence et un ralliement accrus à la Déclaration : la disparition de l'opposition ouverte*

La consolidation finale de la pratique et de l'*opinio juris* au plan constitutionnel, législatif, institutionnel et politique se confirme au plan de la jurisprudence interne des Etats par une augmentation des références expresses à la Déclaration et au droit à l'autodétermination (A). Au plan international, le ralliement exprès d'au moins six Etats à la Déclaration aboutit à parachever le consensus à son égard par une disparition totale de toute opposition déclarée (B). Ce phénomène suggère que l'enjeu dépasse celui d'une simple Déclaration symbolique dénuée de force juridique obligatoire pour se situer sur le terrain du processus coutumier, lieu de la cristallisation d'obligations juridiques, confirmant par la même occasion le passage effectif de la norme nouvelle dans la *lex lata*.

A – La jurisprudence interne et les principes de la Déclaration

Depuis l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale, l'examen de la jurisprudence interne pertinente des Etats révèle une tendance à l'augmentation des références à la Déclaration qui se font suffisamment nombreuses pour refléter la conscience juridique généralisée des Etats. Qu'elles soient directes ou indirectes, ces références témoignent d'une certaine prise en compte de cet instrument par les juridictions.

En Afrique du Sud, la reconnaissance constitutionnelle du droit coutumier autochtone, identifié par ailleurs comme un droit constitutif ou une forme d'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, est confirmée par la jurisprudence. En effet, peu après le vote positif de l'Afrique du Sud lors de l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, la Cour constitutionnelle de cet Etat affirme à son tour en

---

recherche de modèles de cohabitation optimale indépendants des relations de pouvoir et au-delà d'un horizon étatique insuffisant. Il s'agit précisément du principe philosophique directeur du développement de la norme à l'étude. Seule à même de préserver la paix, la cohabitation des cultures diverses, y compris à l'intérieur des Etats, représente donc un enjeu existentiel non seulement entre les Etats mais aussi au sein des Etats, prenant acte du caractère dérisoire des frontières internationales en vue d'assurer une cohabitation pacifique entre la multitude des groupes et allégeances humains.

2008 la reconnaissance du droit coutumier, des valeurs, des traditions et des autorités autochtones de manière compatible avec le *Constitutional Bill of Rights*<sup>1213</sup>.

En Argentine, dans un contexte de tendance des juridictions internes à favoriser les droits individuels des citoyens ou des sociétés par rapport aux droits collectifs des peuples autochtones, il faut noter par contraste un développement récent positif. En février 2011, un tribunal local a reconnu une communauté mapuche comme possédant un territoire visé par la société pétrolière Piedra del Águila et a conditionné l'entreprise de ses activités d'extraction à un processus de consultation préalable avec les peuples autochtones concernés<sup>1214</sup>. L'arrêt cite expressément les dispositions pertinentes de la Constitution nationale, de la Constitution provinciale, de la Convention n° 169 de l'O.I.T. et de la Déclaration de 2007 comme sources de l'obligation de consulter, devant réaliser le droit des peuples autochtones au consentement libre, préalable et éclairé. L'incertitude juridique autour des territoires autochtones demeure cependant, en témoignent les évictions forcées parfois entérinées par la justice<sup>1215</sup>.

En Australie, la Haute Cour a confirmé, dans un arrêt de 2013, les critères qu'elle avait posés en 1985 permettant de définir une mesure spéciale, c'est-à-dire dérogeant à l'interdiction générale de la discrimination raciale. Ces critères apparaissent de nature à faciliter l'exercice par les peuples autochtones de leur droit à l'autodétermination, notamment par leur caractère correctif en vue d'assurer à leurs bénéficiaires le plein exercice des droits de l'homme<sup>1216</sup>. Dans ce même arrêt de 2013, la Cour a déterminé la portée de l'obligation de consulter. Il est intéressant de noter que parmi les instruments sur lesquels le plaignant s'appuie, l'arrêt mentionne le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, divers *Treaty Bodies* et enfin la Déclaration de 2007<sup>1217</sup>. En 2014, la Haute Cour a déterminé

---

<sup>1213</sup> Cour constitutionnelle, *Tinyiko Shilubana et autres c. Sidwell Nwamitwa et autres*, arrêt du 4 juin 2008, affaire CCT 03/07(2008) Z.A.C.C. 9, §§68-74, confirmant également un arrêt antérieur de 2005.

<sup>1214</sup> *Petrolera Piedra del Águila S.A. c. Curruhuinca Victorino et autres* (acción de amparo), affaire n° 43 907 de 2007, Tribunal civil 2 de Cutral C6, juge Mario Tommasi, arrêt du 16 février 2011. Dans le cas d'espèce, la communauté Huenctru Trawel Leufú est reconnue comme communauté mapuche occupant le territoire de Cerro León (département Picún Leufú, province de Neuquén). La société et le procureur ont cependant fait appel.

<sup>1215</sup> A/HRC/21/47/Add.2, *doc. cit.*, 4 juillet 2012 (v. note 638 *supra*), §§53-54 pp. 12-13. V. dans ce sens *Communauté Santa Rosa Leleque (Maupche) c. société Tierras Sur Argentino S.A.* (filiale de Benetton), Tribunal Esquel de Chubut, décision du 1<sup>er</sup> mars 2011.

<sup>1216</sup> Haute Cour d'Australie, arrêt *Joan Monica Maloney c. La Reine*, 19 juin 2013, [2013] H.C.A. 28, notamment §24 ; *Gerhardy c. Brown*, Haute Cour d'Australie, arrêt, 28 février 1985, [1985] 159 C.L.R. 70 (pour les critères, v. pp. 133 et 139-140). La dérogation au principe de non-discrimination raciale est permise par la section 8.1 du *Racial Discrimination Act 1975 (Cth)* qui fait expressément référence à l'article 1.4 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1965.

<sup>1217</sup> *Joan Monica Maloney c. La Reine*, arrêt précité (v. note 215 *supra*), §§24, 121, 234 ; notes 134, 141, 285 et 389. En outre, la Cour, qui aborde des questions relatives à certains droits reconnus par ailleurs comme

à l'unanimité que l'octroi d'un bail d'exploitation minière sur des territoires ancestraux autochtones à une époque aussi reculée que 1964 n'était pas de nature à entraîner l'extinction des titres autochtones concernés<sup>1218</sup>. Ce développement, qui contraste avec l'approche restrictive de la doctrine traditionnelle australienne en matière de titre autochtone, confirme une nouvelle direction en la matière. D'autres développements dans d'autres parties du monde et au sein des institutions mandatées des Nations Unies<sup>1219</sup> corroborent l'idée que lorsqu'il est abordé en tant que partie des droits fonciers autochtones entendus comme droit constitutif du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, le titre autochtone n'est pas susceptible d'être éteint. Le caractère inacceptable de l'extinction unilatérale au regard des normes internationales transparait du reste à l'article 45 de la Déclaration de 2007. La conséquence logique de cette absence d'extinction est le respect des droits des peuples autochtones au consentement libre, éclairé et préalable suivant un processus équitable de consultation, de manière cohérente avec les normes internationales. Malgré cette amélioration récente vers une souplesse accrue, il faut constater la persistance d'une interprétation relativement étroite des critères de preuve dans la jurisprudence australienne récente en matière de titre autochtone, en dépit des recommandations contenues dans les « Rapports sur le titre autochtone » que la Commission australienne des droits de l'homme publie annuellement depuis 1994.

Le Belize compte parmi les premiers Etats dont les juridictions internes ont opéré une référence expresse à la Déclaration après son adoption finale et dont elles entendent faire application en tant que cadre juridique pertinent. En l'affaire *Cal*, après avoir cité plusieurs instruments internationaux pertinents en matière de droits des peuples autochtones, la Cour suprême aborde l'examen de la Déclaration en ces termes : « *where these resolutions or Declarations contain principles of general international law, states are not expected to disregard them.* » Rappelant le caractère écrasant de la majorité dégagée lors du vote, le juge unique Abdulai O. Conteh poursuit : « *It is of some signal importance, in my view, that Belize voted in favour of this Declaration* ». Le cas d'espèce portant sur une question de droits fonciers, le juge se réfère spécifiquement à l'article 26 de la Déclaration « *reflecting, as I think it does, the growing consensus of the general principles of international law on*

---

constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, mentionne l'autodétermination sous son angle culturel (§194).

<sup>1218</sup> Haute Cour d'Australie, *Etat d'Australie occidentale c. Brown et autres*, arrêt du 12 mars 2014, [2014] H.C.A. 8, §§31-64.

<sup>1219</sup> V. note 1046 *supra*.

*indigenous peoples* »<sup>1220</sup>. Dans la mesure où les droits fonciers tels qu'envisagés par l'article 26 de la Déclaration ont été par ailleurs identifiés comme constitutifs de la norme nouvelle, il est raisonnable de présumer que le raisonnement du juge s'étend logiquement à la norme nouvelle elle-même. Le juge déduit de cette analyse des obligations à l'égard du Belize non seulement en vertu du principe de bonne foi, mais plus essentiellement en vertu du droit positif : *"I therefore venture to think that the defendants would be unwilling, or even loath to take any action that would detract from the provisions of this Declaration importing as it does, in my view, significant obligations for the State of Belize in so far as the indigenous Maya rights to their land and resources are concerned"*<sup>1221</sup>. Bien que l'interprétation généreuse du juge relève de choix doctrinaux discutables, cet arrêt peut être raisonnablement considéré comme participant du processus de consolidation de la norme nouvelle dans la *lex lata* dans la mesure où il l'inscrit dans le droit interne obligatoire, jouant ainsi un rôle de relais. En particulier, l'appartenance du Belize au système de *Common law* devrait permettre une facilitation de ce passage dans le droit interne d'autres Etats dans la mesure où l'arrêt en cause fait désormais partie du corpus juridique général de la *Common law*<sup>1222</sup>. Au Belize lui-même, cet arrêt a été suivi d'autres confirmant cette direction : le même juge confirme en 2010 une approche restrictive généralisée en matière de modalités d'extinction du titre autochtone<sup>1223</sup>, et en 2013 à l'occasion d'une affaire en matière de droits fonciers autochtones, la Cour d'appel identifie les droits à l'autodétermination d'un à deux peuples autochtones et intègre dans son raisonnement la Déclaration de 2007 et le projet de Déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones<sup>1224</sup>.

---

<sup>1220</sup> *Cal et autres c. Avocat Général*, affaires jointes n° 171 et 172 de 2007, arrêt du 18 octobre 2007, Cour suprême du Belize, §131 pp. 63-64. Le juge poursuit encore au §132 : *"I am therefore, of the view that this Declaration, embodying as it does, general principles of international law relating to indigenous peoples and their lands and resources, is of such force that the defendants, representing the Government of Belize, will not disregard it. Belize, it should be remembered, voted for it. In Article 42 of the Declaration, the United Nations, its bodies and specialized agencies including at the country level, and states, are enjoined to promote respect for and full application of the Declaration's provision and to follow up its effectiveness."*

<sup>1221</sup> *Cal et autres c. Avocat Général*, arrêt précité, §133 p. 65. Il conclut à l'existence d'obligations à l'égard de Belize en la matière en vertu du droit international positif (v. §134 p. 65).

<sup>1222</sup> Cet arrêt a été en outre abondamment commenté dans la littérature doctrinale en matière de droits des peuples autochtones : v. *inter alia* Clive BALDWIN, Cynthia MOREL, "Using the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Litigation", in Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *op. cit.*, 2011 (v. note 323 *supra*), pp. 121-143.

<sup>1223</sup> Cour suprême du Belize, *Alliance des chefs mayas et autres c. Avocat général et autre*, affaire n° 366 de 2008, arrêt du 28 juin 2010, §109 p. 50.

<sup>1224</sup> Cour d'appel du Belize, *Avocat Général et autre c. Alliance des chefs mayas et autres*, appel civil n° 27 de 2010, arrêt du 25 juillet 2013, §61 p. 53, §190-i p. 137, §244 p. 160, §248 p. 162 et §303 p. 184. Le raisonnement s'appuie notamment sur certains articles de la Déclaration de 2007 entretenant un lien étroit avec la norme nouvelle : l'article 2 sur l'égalité de tous les peuples, l'article 8.2 sur le devoir des Etats de mettre en place des mécanismes de réparation, ou encore l'article 26 sur les droits fonciers autochtones.

Au Botswana, le Gouvernement a entrepris de mettre en œuvre l'arrêt de la Haute Cour en l'affaire *Sesana* de 2006<sup>1225</sup> relatif aux droits fonciers ancestraux. En dépit de ces aspects critiquables et perfectibles, cette mise en œuvre vise à permettre le retour dans la réserve naturelle du Kalahari central de peuples autochtones déplacés<sup>1226</sup>. A cet effet, le Gouvernement a lancé en 2008 un processus de consultation avec les personnes déplacées concernées. Ce développement intervient dans un contexte où les droits fonciers apparaissent relativement respectés en vertu du *Tribal Territories Act 1968* et renforce la position des juridictions internes comme canal d'application du droit et des dispositions de la Déclaration.

Au Brésil, les juridictions internes agissent de manière complémentaire au processus de démarcation des territoires autochtones. Notamment, dans une décision de 2009, le Tribunal suprême fédéral a défini dix-neuf conditions pour la protection des droits fonciers des peuples autochtones en vertu de la Constitution<sup>1227</sup>. Il a également ordonné que l'occupation et l'usage du territoire en cause soient réservés exclusivement aux peuples autochtones locaux.

Déjà identifié parmi les Etats les plus avancés en matière de consécration de la norme nouvelle, le Canada est marqué par un comportement d'alignement sur les normes de la Déclaration, et notamment sur la norme nouvelle. Parmi les développements dans ce sens, il faut noter, outre le ralliement explicite à la Déclaration<sup>1228</sup>, la confirmation d'une définition inclusive et large des peuples autochtones par la jurisprudence,<sup>1229</sup> respectant ainsi le principe d'autodéfinition subjective des peuples autochtones dans le cadre de l'exercice de leur droit à l'autodétermination, exercé *via* un processus continu de concertation et de consultation de bonne foi.

En Colombie, la Cour constitutionnelle joue un rôle actif en matière de condamnation des violations des droits des peuples autochtones par le Gouvernement. La Cour a prêté une attention particulière aux droits fonciers et au principe du consentement libre, préalable et

---

<sup>1225</sup> V. partie I, titre 2 de la présente étude.

<sup>1226</sup> A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §72 p. 17.

<sup>1227</sup> Tribunal suprême fédéral, décision du 19 mars 2009 en l'affaire *Raposa-Serra do Sol*, pétition n° 3388.

<sup>1228</sup> V. pp. 495-497 *infra*.

<sup>1229</sup> *Daniels c. Canada*, Cour fédérale du Canada, arrêt du 8 janvier 2013, [2013] F.C.R. 6, où la Cour considère que les Métis et les Indiens sans statut constituent des « Indiens » au sens de l'Acte constitutionnel de 1867. V. aussi Jennifer E. DALTON, « International Law and the Rights of Indigenous Self-Determination: Should International Norms be Replicated in the Canadian Context ? », Working Paper, Institut de relations intergouvernementales (I.I.G.R.), Université de Queen, 2005 (1), 22 p.

éclairé en vertu de l'obligation de consulter. Durant la période de finalisation du projet de Déclaration au sein des Nations Unies, elle a condamné la violation des droits territoriaux et du droit à la consultation des peuples autochtones par des projets d'infrastructure et d'exploitation<sup>1230</sup>. De même, en 2009, elle a déclaré inconstitutionnelles les dispositions d'une loi adoptée en 2007 en matière de réforme agraire et de développement rural au motif qu'elles ne satisfaisaient pas à l'obligation constitutionnelle de consulter<sup>1231</sup>. La même année, la Cour a ordonné la prise de mesures adéquates afin de remédier au déplacement forcé de peuples autochtones résultant d'un conflit armé, incluant la définition d'un programme de garantie de leurs droits<sup>1232</sup>. Cette jurisprudence peut être raisonnablement interprétée comme une forme de prise en compte et d'application de certaines manifestations de la norme nouvelle, compte tenu notamment de sa progression générale, des références qu'elle opère à la norme nouvelle et à la Déclaration à laquelle la Colombie s'est du reste finalement ralliée à la même époque. Ainsi, en dépit de son retard et de la situation critique, la Colombie semble s'engager progressivement dans le sens d'un respect conscient de la norme nouvelle, eu égard au principe de bonne foi.

Au Costa Rica, un arrêt de la section constitutionnelle de la Cour suprême de justice de 2008 a affirmé la nullité des actes juridiques accomplis en méconnaissance de l'obligation de consulter<sup>1233</sup>.

---

<sup>1230</sup> Cour constitutionnelle de Colombie, jugement SU-039/97 du 3 février 1997 (Dr. Antonio Barrera Carbonell, juge) ; jugement T-652/98 du 10 novembre 1998 (Carlos Gaviria Díaz, juge) ; jugement SU-383/03 du 13 mai 2003 (Dr. Álvaro Tafur Galvis, juge) ; jugement T-880/06 du 26 octobre 2006 (Dr. Álvaro Tafur Galvis, juge). Ces deux derniers jugements mentionnent tour à tour l'autodétermination et le projet de Déclaration dans le cadre de la reconnaissance du droit collectif à l'intégrité ethnique et culturelle. V. aussi Vemund OLSEN, *Protecting Indigenous Peoples' Lands and Resources – The Role of the Constitutional Court of Colombia*, thèse de master, Oslo, Faculté de droit, mai 2006, 54 p. Le droit à la consultation est prévu par les articles 330-332 de la Constitution du 4 juillet 1991 ainsi que par divers textes législatifs, notamment la loi n° 99 de 1993 (journal officiel n° 41 146 du 22 décembre 1993).

<sup>1231</sup> Loi n° 1152 du 25 juillet 2007 (« *por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones* »). Cette position reflète une jurisprudence constante de la Cour en matière d'obligation de consulter, v. A/HRC/15/37/Add.3, *doc. cit.*, 25 mai 2010 (v. note 1036 *supra*), §39 p. 13, §§44-45 pp. 14-15, §47 p. 15 et *inter alia* parmi les décisions les plus récentes postérieures à l'adoption de la Déclaration, le jugement C-030/08 du 23 janvier 2008 (Dr. Rodrigo Escobar Gil, juge) ou encore le jugement C-615/09 du 2 septembre 2009 (Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, juge) concernant la loi n° 1214 du 16 juillet 2008 sur le développement intégral des peuples autochtones Wayúu de Colombie et du Venezuela.

<sup>1232</sup> Cour constitutionnelle de la Colombie, Auto n° 004 du 26 janvier 2009 ; A/HRC/15/37/Add.3, *doc. cit.*, 25 mai 2010 (v. note 1036 *supra*), §12 p. 6 et §33 p. 11.

<sup>1233</sup> Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia n° 13 832, 11 septembre 2008, consulta facultativa expediente n° 08-011089-0007-CO, faisant écho au jugement C-030 de la Cour constitutionnelle de Colombie du 23 janvier 2008. Par ailleurs, l'article 76 de la Constitution du 7 novembre 1949 dans sa version en vigueur en 2001 garantit la protection des langues autochtones.

Aux Etats-Unis d'Amérique, la reconnaissance de la souveraineté des peuples autochtones est confirmée bien que les juridictions soient parfois tentées d'en faire une interprétation restrictive<sup>1234</sup>. Cette approche étroite semble marquer également l'interprétation des dispositions pertinentes de l'*Indian Reorganization Act* de 1934 en vue d'empêcher les tribus d'étendre leur souveraineté sur des territoires recouverts ou nouvellement obtenus<sup>1235</sup>. De même, en 2008, la Cour suprême a conclu qu'une tribu autochtone n'avait pas l'autorité aux fins de réglementer la vente d'un territoire non-autochtone situé à l'intérieur d'une réserve autochtone<sup>1236</sup>. Ces tendances ne sauraient cependant occulter la pratique américaine d'une reconnaissance relativement large, développée et souple de la souveraineté et de l'autodétermination des peuples autochtones. Replacée dans un contexte général, la pratique américaine apparaît progressiste par rapport à la pratique générale des Etats et peut s'interpréter comme un alignement conscient sur la norme nouvelle au-delà du doute raisonnable. A cet égard, le Rapporteur spécial recommande aux juridictions internes américaines d'adopter un raisonnement juridique faisant place aux doctrines modernes telles que reflétées par la Déclaration dont la vertu est d'éclairer l'interprétation des instruments internationaux obligatoires et le droit international coutumier<sup>1237</sup>. Il convient également de rappeler le système des *Tribal Courts* qui peut être vu comme garantissant le respect du droit coutumier autochtone<sup>1238</sup>. A cet égard, les capacités punitives de ces juridictions ont été augmentées en 2010<sup>1239</sup>, fournissant ainsi une meilleure reconnaissance de l'autorité tribale coutumière. En 2010, un règlement à hauteur de 760 millions de dollars américains a été atteint entre le Gouvernement fédéral et des agriculteurs autochtones suite à une discrimination dans des programmes de prêts<sup>1240</sup>. L'accord de règlement recommande

---

<sup>1234</sup> Cour suprême, *Nevada et autres c. Hicks et autres*, arrêt du 25 juin 2001, 533 U.S. 353., 2001 ; *Conseil national des Shoshone occidentaux, Tribu Shoshone Timbisha et autres c. Etats-Unis*, arrêt du 22 mai 2008, affaire n° 2007-5020, Cour d'appel des Etats-Unis pour le circuit fédéral.

<sup>1235</sup> Cour suprême, *Carciari c. Salazar*, arrêt du 24 février 2009, 129 S. Ct. 1058 – 555 U.S. 379 (2009).

<sup>1236</sup> Cour suprême, *Plains Commerce Bank c. Long Family Land and Cattle Co., Inc*, arrêt du 25 juin 2008, 554 U.S. 316 (2008), 128 S. Ct. 2709, 171 L. Ed. 2d 457. La conclusion de cet arrêt semble différer quelque peu d'affaires précédentes dans lesquelles la Cour avait conclu que les tribus autochtones avaient l'autorité de réglementer l'action des non-Indiens à l'intérieur des frontières de leurs réserves (v. *Montana c. Etats-Unis*, arrêt du 24 mars 1981, 450 U.S. 544 (1981)). L'arrêt de 2008 touche à divers aspects reflétant partiellement la norme nouvelle, notamment la souveraineté tribale, les droits fonciers et de réserves, le droit de propriété ou encore la juridiction de l'Etat.

<sup>1237</sup> A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §§104-105 p. 22.

<sup>1238</sup> 18 U.S.C. §1152 « Laws Governing » ; *Tribal Courts: A Question of Jurisdiction*, rapport de l'Iowa Civic Analysis Network (I-CAN), Université de l'Iowa, octobre 2006, 5 p.

<sup>1239</sup> *Tribal Law and Order Act of 2010*, Pub. L. 111-211, H.R. 725, 124 Stat. 2258, promulgué le 29 juillet 2010, qui améliore également la participation et le recrutement des peuples autochtones au Bureau des affaires indiennes.

<sup>1240</sup> *Keepseagle c. Vilsack*, accord de règlement du 1<sup>er</sup> novembre 2010, Cour de district des Etats-Unis pour le District de Columbia, affaire n° 1 :99CV03119.

l'établissement d'un Conseil sur l'agriculture et l'élevage autochtones américains qui serait l'interlocuteur du Secrétaire de l'agriculture, notamment en matière d'assistance technique en vue de l'accès aux programmes de prêts agricoles.

En France, la mise en regard des développements jurisprudentiels internes récents avec le soutien de cet Etat à la Déclaration suggère une consolidation de la reconnaissance des droits constitutifs de l'autodétermination autochtone. En Nouvelle-Calédonie, les juridictions internes ont confirmé l'existence juridique du clan kanak en qualité de personne morale y compris lorsque celui-ci n'est détenteur d'aucun droit foncier ou prérogative y relative<sup>1241</sup>. Les rapports entre le statut coutumier kanak et le droit commun ont été clarifiés : seul le statut coutumier peut trancher les litiges entre personnes de statut coutumier<sup>1242</sup>.

Au Kenya, il faut signaler un cas de reconnaissance de la possession traditionnelle foncière autochtone par la jurisprudence interne<sup>1243</sup>. Replacé dans la perspective de l'affaire *Endorois* de la C.A.D.H.P., ce développement interne contribue à consolider la reconnaissance des droits fonciers autochtones prévus dans la Déclaration.

Alors qu'il a intégré les dispositions de la *Charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples* du 27 juin 1981 dans son droit interne<sup>1244</sup>, le Nigéria s'est abstenu lors du vote de la Déclaration, manifestant une position ambiguë d'ailleurs suivie par un certain nombre d'Etats africains à propos de la question des peuples autochtones. Les propos tenus par son représentant au titre des explications de vote suggèrent néanmoins une certaine acceptation au moins implicite du processus coutumier<sup>1245</sup>. En 2008, la Cour d'appel a conclu au caractère inconstitutionnel et contraire à l'équité des coutumes autochtones empêchant les femmes de pratiquer le commerce foncier, posant comme principe d'écarter toute coutume contraire à la Constitution. Cela pose plus largement la question de la compatibilité des coutumes

---

<sup>1241</sup> *Clan Tiaouniane c. Antoine Poday et Groupement de droit particulier local clanique de Baco ; Ministère public intervenant*, Cour d'Appel de Nouméa, chambre civile, arrêt, 22 août 2011, affaire n° 10/531 ; *Clan Tiaouniane c. SAEML « Grand projet VKP » ; Ministère public intervenant*, Cour d'Appel de Nouméa, chambre civile, arrêt, 22 août 2011, affaire n° 10/532. Références antérieures : contra : *Clan Mararheu c. Clan Nerho*, Cour d'Appel de Nouméa, 9 avril 1987, *semaine juridique* 1987, n° 45, p. 20880, note Vivier ; contra : *X c. Y*, Cour d'Appel de Nouméa, 10 mars 2008, R.G. n° 07/497.

<sup>1242</sup> Cour de cassation, chambre civile 1, arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° de pourvoi 08-20843, et commentaire de jurisprudence approfondi de Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, *J.D.I.*, Clunet, Paris, n° 3, juillet 2011.

<sup>1243</sup> *Joseph Letuya et 21 autres c. Attorney-General et 5 autres*, arrêt du 17 mars 2014, Cour foncière et environnementale de Nairobi, ELC civil suit n° 821 de 2012 (OS), [2014] eKLR.

<sup>1244</sup> En particulier, l'article 20 prévoit le droit des peuples à l'autodétermination. Le Nigéria a ratifié la Charte le 22 juin 1983.

<sup>1245</sup> V. note 947 *supra*.



autochtones avec le régime général des droits de l'homme<sup>1246</sup>. Une problématique similaire concernant des droits coutumiers, par ailleurs appliqués, tient à leur encadrement parfois strict par le droit interne, dont les critères parfois étroits peuvent aboutir à menacer l'application effective desdits droits<sup>1247</sup>. Il faut rappeler ici que du point de vue du droit international, qui tend à considérer les droits internes comme de simples faits, ceux-ci ne sauraient avoir d'effet sur la portée des normes du droit international, ni *a fortiori* les limiter.

Concernant la Norvège, les recommandations du Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale du 8 avril 2011 exhortent cet Etat à intensifier ses efforts au plan linguistique.

En Nouvelle-Zélande, les développements concernant le Tribunal de Waitangi postérieurement à l'adoption de la Déclaration présentent un certain intérêt en matière d'illustration et d'application de la norme nouvelle. Bien que le Tribunal ne soit pas une juridiction interne en dépit de son nom et que ses rapports formulent dans la plupart des cas des recommandations non obligatoires pour le Gouvernement, ces recommandations semblent jouer à certains égards un rôle similaire à celui de la jurisprudence interne en termes de détermination et de sédimentation des règles de droit. En effet, les rapports du Tribunal font largement autorité en matière de réparation et de réconciliation nationale, et le Gouvernement semble finir par suivre leurs recommandations dans la plupart des cas<sup>1248</sup>. Commentant avec inquiétude le caractère généralement non obligatoire des recommandations du Tribunal, le Rapporteur spécial encourage le Gouvernement à les appliquer en raison du principe de bonne

---

<sup>1246</sup> Cour d'appel, affaire *Timothy c. Oforika*, 2008, All F.W.L.R.(Pt. 413) 1370 à 1381, (2008) 9 N.W.L.R. (Pt. 1091), p. 213 ; v. aussi Olugbenga Ifedayo ADEMEDI, *The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria*, Bauu Institute, 2012, 296 p. ; *Country Report of the Research Project by the International Labour Organization and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Constitutional and Legislative Protection of the Rights of Indigenous Peoples : Nigeria*, Genève, 2009, 43 p. ; *Troisième rapport périodique du Nigéria : 2005-2008 sur la mise en application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au Nigéria*, Ministère fédéral de la Justice, Abuja, 1<sup>er</sup> septembre 2008, C.A.D.H.P., 44<sup>e</sup> session ordinaire, p. 43. La Commission africaine a également créé en 2000 un mandat de Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones au titre des procédures spéciales.

<sup>1247</sup> V. par exemple l'encadrement par le droit interne norvégien des droits coutumiers des membres du peuple sami en matière d'élevage du renne, raisonnement de la Cour suprême norvégienne dans un arrêt du 20 septembre 2011, HR-2011-1743-A, affaire n° 2011/51.

<sup>1248</sup> Y compris lorsqu'il adopte initialement une attitude critique ou prétend ignorer certaines recommandations du Tribunal. Il suffit à cet égard de citer le *Rapport sur la politique de la Couronne en matière d'étranger et de fonds marins* (wai1071) du 4 mars 2004 qui dénonce la politique de l'Etat sur l'étranger et les fonds marins (qui culminera avec l'adoption de la *loi sur l'étranger et les fonds marins* de 2004) comme contraire aux principes du Traité de Waitangi. D'abord ignoré par l'Etat, cette recommandation, combinée aux préoccupations exprimées par les mécanismes compétents de l'O.N.U. (au premier rang desquels C.E.R.D. et le Rapporteur spécial), le Gouvernement opérera un tournant politique dans le sens des recommandations du Tribunal. A cet égard, la nouvelle loi de 2011 cite expressément le rapport du Tribunal de 2004 dans son préambule (v. note 1083 *supra*).

foi sous-tendant sa relation de partenariat avec le peuple māori<sup>1249</sup>. Parmi les éléments quasiment constants de ses recommandations en matière de réparation, le Tribunal insiste sur la cohérence et la constance des parties, le respect des engagements passés, la consultation et la participation, les négociations menées de bonne foi en vue de trouver un accord et la restauration de la relation de partenariat entre l'Etat et le peuple māori consacrée par le Traité de Waitangi. Comme il a déjà été constaté, ces principes sous-tendent également le déploiement de la norme nouvelle.

Les plaintes susceptibles d'être déposées par les Māoris devant le Tribunal de Waitangi visent la Couronne pour violation de ses engagements à leur égard, et se subdivisent en deux catégories. Premièrement, les plaintes historiques portent sur les actes ou omissions commis par la Couronne avant le 21 septembre 1992. Deuxièmement, les plaintes contemporaines portent sur les actes ou omissions commis par la Couronne à partir de cette date. Par un amendement apporté au *Treaty of Waitangi Act 1975*, les plaintes historiques ne sont plus susceptibles d'être soumises au Tribunal depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2008. L'objectif initial de cet amendement était de conclure l'ensemble des procédures historiques soumises au Tribunal à cette date d'ici 2020, date avancée ensuite à 2014. Ce qui peut se comprendre du point de vue de la gestion et résolution de conflits, répondant notamment à la nécessité de mettre un point final à des mesures transitoires de réparation en vue de parachever la réconciliation nationale, le semble beaucoup moins du point de vue de la protection des droits inhérents des peuples autochtones. En effet, tout comme la cohabitation et la relation de partenariat, les droits inhérents des peuples autochtones sont appelés à être permanents. Concernant les juridictions internes néo-zélandaises, la Déclaration de 2007 a été mentionnée à plusieurs reprises au cours d'affaires récentes, particulièrement depuis le ralliement de la Nouvelle-Zélande à cet instrument<sup>1250</sup>. Bien qu'il s'agisse d'un instrument non obligatoire et

---

<sup>1249</sup> A/HRC/18/35/Add.4, *doc. cit.*, 31 mai 2011 (v. note 1000 *supra*), §28 p. 10.

<sup>1250</sup> V. *inter alia* Cour suprême, *Conseil māori de Nouvelle-Zélande et autres c. Attorney-General de Sa Majesté et autres*, compte-rendu des audiences des 31 janvier et 1<sup>er</sup> février 2013, S.C. 98/2012, [2013] N.Z.S.C. Trans 1, citant le droit à l'autodétermination tel que prévu par la Déclaration comme sous-tendant les droits aux ressources naturelles et aux formes traditionnelles de possession (p. 22), rappelant la référence faite à la Déclaration par le Tribunal de Waitangi lui-même dans une affaire (p. 23), ou encore plaçant le droit à la consultation dans le cadre de la Déclaration (p. 84), v. aussi l'arrêt de la Cour du 27 février 2013 dans cette affaire, [2013] N.Z.S.C. 6, §§91-92 mentionnant la Déclaration comme cadre adéquat en matière de réparation et soulignant son acceptation par la Nouvelle-Zélande ; Cour d'appel, *Takamore c. Clarke*, 23 novembre 2011, [2011] 1 N.Z.L.R. 573, [2011] N.Z.C.A.587, citant la Déclaration comme forme de reconnaissance de la culture et des droits collectifs des peuples autochtones (cité in Māori Land Court, Tairāwhiti District, *Gisborne District Council c. Whetu Hautapu et autre*, affaire Tātarahake n° 1, A20100013227, jugement réservé du vice juge C. L. Fox du 31 janvier 2013, §46) ; Cour suprême, *Josephine Takamore c. Denise Clarke et autres*, arrêt du 18 décembre 2012, S.C. 131/2011, [2012] N.Z.S.C. 116, §§12 et 35 citant la Déclaration parmi d'autres instruments

sans effet juridique dans l'ordre interne, cette référence à la Déclaration, parfois en lien avec le droit à l'autodétermination lui-même, apparaît comme un symptôme du caractère obligatoire des normes qu'elle contient. L'inclusion de la Déclaration dans les raisonnements des juridictions suggère l'acceptation implicite par la Nouvelle-Zélande de son article 3 – dans les cas où la juridiction ne mentionne pas expressément le droit à l'autodétermination – compte tenu du fait que celui-ci constitue le fondement juridique des autres articles précisément invoqués par les juridictions internes. La présomption en faveur de cette acceptation implicite est renforcée par le ralliement de la Nouvelle-Zélande à la Déclaration, annoncé en 2010<sup>1251</sup>, ainsi que par le principe général de bonne foi.

Alors que la Fédération de Russie autorise l'organisation des peuples autochtones en « *obshinas* » notamment à des fins d'activités économiques et commerciales en lien avec le mode de vie traditionnel autochtone, la conceptualisation de ces activités autochtones semble parfois faire l'objet d'interprétations étroites, à l'image des restrictions traditionnelles longtemps imposées par la doctrine australienne du titre autochtone sous l'empire de la *Common law*. A cet égard, il faut signaler parmi d'autres cas un arrêt rendu par le tribunal de district de Bauntovski le 13 mars 2013 qui a ordonné la dissolution d'une « *obshina* » autochtone locale au motif qu'elle s'était engagée dans des activités économiques non-traditionnelles<sup>1252</sup>. La jurisprudence précoce aux Etats-Unis d'Amérique en la matière a pourtant mis en évidence tout l'arbitraire des restrictions traditionnelles dont l'applicabilité, soumise à l'entière subjectivité du juge, semble faible.

Au Suriname, l'application de l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en 2007 en l'affaire *Peuple Saramaka c. Suriname*<sup>1253</sup> demeure laborieuse. La poursuite de l'affaire a vu le peuple autochtone saramaka accuser l'Etat d'exercer des pressions et intimidations en vue de l'amener à renoncer à l'exécution du jugement de 2007, et d'avoir donné son approbation à une nouvelle concession d'exploitation minière sans avoir mené de consultation préalable auprès des Saramaka<sup>1254</sup>.

---

et les principes de *Common law* pertinents en l'espèce ; Comme signalé précédemment, le Tribunal de Waitangi se réfère également à la Déclaration de manière sporadique ainsi qu'à l'autodétermination (v. partie I, titre 2).

<sup>1251</sup> V. pp. 502-503 *infra*.

<sup>1252</sup> Cette décision a été confirmée en appel : Affaire n° 33-2067, Cour suprême de la République de Bouriatie (Russie), division d'appel, arrêt du 15 juillet 2013.

<sup>1253</sup> V. examen de la jurisprudence internationale des juridictions régionales, pp. 507-510 *infra*.

<sup>1254</sup> C.I.D.H., ordonnance du 4 septembre 2013, affaire du peuple saramaka, série C, n° 172, Demande en indication de mesures conservatoires et suivi de l'application de l'arrêt par le Suriname, §11 p. 2 et §19 p. 7.

### B – Ralliements ultérieurs et disparition de l'opposition expresse

Comme cela était déjà apparent lors de l'examen de la distribution des votes à l'Assemblée générale en 2007, le rapport réel entre approbation et rejet de la Déclaration ne correspond pas au vote formel enregistré. Ce trait s'est accentué après le vote avec un développement à l'incidence majeure sur le processus coutumier et décisive sur l'accession finale de la norme à la normativité. Il s'agit de la disparition de l'opposition minoritaire formelle qui avait persisté *via* le vote négatif de quatre Etats. Replacée dans le long terme du processus, cette disparition se présente comme la phase ultime d'un processus lent mais continu de réduction des oppositions depuis les premières étapes de préparation du projet de Déclaration au début des années 1980. Revenant sur leur position exprimée lors du vote, certains Etats ont déclaré formellement leur soutien à la Déclaration dans les années qui ont suivi son adoption. Outre la consolidation de la majorité déjà écrasante des soutiens déclarés à la Déclaration, le résultat décisif de ces ralliements tardifs est la disparition de toute opposition déclarée à la Déclaration et, partant, la réalisation d'un consensus universel réel et quasi unanime sur les dispositions de cet instrument. Le problème délicat des effets de seuil sur l'appréciation du passage de la norme dans la *lex lata* au-delà du doute raisonnable s'en trouve considérablement simplifié dans la mesure où la majorité formelle écrasante cède la place à un consensus réel quasi unanime.

De plus, le poids non négligeable des quatre Etats initialement hostiles à la Déclaration dans les relations internationales en termes de puissance semble appelé à conférer un poids accru à leur ralliement dans la qualité du consensus atteint. Sous cet angle, le ralliement des Etats-Unis d'Amérique apparaît particulièrement décisif. A ce stade, il apparaît nécessaire d'examiner de manière détaillée les ralliements des six Etats concernés, qui doivent être lus de manière combinée avec l'examen précédent de leurs comportements internes durant la même période. Cette lecture combinée permet d'apprécier à sa juste mesure la consolidation chez ces derniers Etats des deux éléments du processus coutumier dans la mesure où les ralliements, loin de revêtir une signification seulement symbolique, apparaissent comme la manifestation par excellence du sentiment juridique, parachevant l'*opinio juris* général. Il en ressort que les divers ralliements suivent une tendance commune de recourir aux mêmes arguments et tactiques rhétoriques en vue de minimiser la portée de la Déclaration. A l'examen, ces tentatives apparaissent vaines, non fondées en droit, contredites dans une

certaines mesures par les comportements internes et par conséquent insusceptibles de diminuer le poids considérable des ralliements dans le parachèvement de l'accession de la norme à l'étude à la normativité.

Parmi les quatre Etats ayant exprimé un vote négatif en septembre 2007, l'Australie est le premier Etat à modifier sa position et à annoncer son soutien formel à la Déclaration le 3 avril 2009 *via* une déclaration publique du Ministre des affaires autochtones<sup>1255</sup>. L'examen du texte révèle une formulation ambiguë. La Déclaration y est qualifiée de « discours important sur les droits de l'homme » et de « document qui reflète et rend hommage à la place unique des peuples autochtones et leur éligibilité à tous les droits de l'homme reconnus par le droit international »<sup>1256</sup>. Abondant dans le sens de la norme nouvelle, l'Australie place son ralliement « dans un esprit de redéfinition de la relation entre les Australiens autochtones et non-autochtones et de construction de la confiance »<sup>1257</sup>. Se référant aux « aspirations » de la Déclaration, l'Australie reconnaît la dimension diachronique de leur réalisation, se plaçant de fait dans le processus coutumier. Le discours se poursuit ainsi : « La Déclaration reconnaît l'éligibilité légitime des autochtones à tous les droits de l'homme – sur le fondement des principes d'égalité, de partenariat, de bonne foi et de bénéfice mutuel. »<sup>1258</sup> Cette formule ambiguë semble limiter le bénéfice des droits de l'homme aux individus autochtones plutôt qu'aux peuples autochtones – emploi de l'expression « *indigenous people* » au lieu d'« *indigenous peoples* ». Cette qualification semble cependant incertaine et manquer de cohérence tout au long du texte qui emploie indifféremment l'une ou l'autre des expressions. Alors que l'Australie s'efforce de confiner l'instrument de la Déclaration à la *lex ferenda* – ce qui a été constaté par ailleurs comme reflétant une vue partielle et caricaturale de l'enjeu<sup>1259</sup> –, elle en accepte simultanément le rôle dans le processus coutumier, comme devant aboutir logiquement à l'articulation de normes juridiques : « La Déclaration est historique et aspiratoire. Bien qu'elle ne soit pas obligatoire et qu'elle n'affecte pas le droit australien

---

<sup>1255</sup> *Statement on the United Nations Declaration on the rights of Indigenous Peoples*, discours devant le Parlement australien de Jenny MacKlin, Ministre pour les familles, le logement, les services communs et les affaires autochtones, Canberra, 3 avril 2009.

<sup>1256</sup> *Ibid.*, anglais original : “a significant human rights statement” et “[a] document that reflects and pays homage to the unique place of Indigenous peoples and their entitlement to all human rights as recognized in international law.”

<sup>1257</sup> *Ibid.*, anglais original : “in the spirit of re-setting the relationship between Indigenous and non-Indigenous Australians and building trust.”

<sup>1258</sup> *Ibid.*, anglais original : “[t]he Declaration recognizes the legitimate entitlement of Indigenous people to all human rights – based on principles of equality, partnership, good faith and mutual benefit.”

<sup>1259</sup> V. examen du statut juridique de la Déclaration pp. 348-368 *supra*.

existant, elle fixe d'importants principes internationaux pour l'aspiration des nations. »<sup>1260</sup> La logique à l'œuvre dans le processus coutumier, plaçant la source de la norme à l'étude non dans la Déclaration elle-même mais dans le droit international conventionnel et coutumier plus ancien, affleure : « Les obligations existantes de l'Australie en vertu des traités internationaux en matière de droits de l'homme sont reflétées par les principes fondamentaux de la Déclaration »<sup>1261</sup> dont la norme nouvelle constitue le premier d'entre eux.

L'Australie reconnaît le droit des peuples autochtones à la démocratie et le caractère de système de la Déclaration, ce qui reflète l'articulation de la norme nouvelle en droit-cadre. Est également reconnue l'éligibilité des peuples autochtones à l'indépendance économique, au contrôle de leur propre destin, à réaliser leur potentiel y compris au plan international, à la préservation de leur identité et culture, aux droits fonciers ancestraux, au consentement libre, préalable et éclairé, à la consultation de bonne foi ou encore à l'auto-administration, ce qui reflète une conception avancée de la norme. Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination y est accepté dans sa forme interne, par combinaison des articles 3 et 46 de la Déclaration<sup>1262</sup>. Néanmoins, cette limitation ne saurait être interprétée comme une restriction discriminante à l'égard des peuples autochtones, puisque le discours réaffirme que « la Déclaration reconnaît cette vérité essentielle et fondamentale que les peuples [...] autochtones sont égaux à tous les autres peuples »<sup>1263</sup>. Cette position suggère l'inscription de la norme dans le régime général du droit des peuples à l'autodétermination dont elle constitue un cas contextuel spécifique<sup>1264</sup>. Appréciant le ralliement de l'Australie à la Déclaration, le Rapporteur spécial y voit le reflet de l'engagement de cet Etat à remplir ses obligations internationales existantes en matière de droits de l'homme, y compris conventionnelles<sup>1265</sup>. Cet engagement, en contraste avec la position australienne initiale, semble pouvoir être confirmé par le fait que l'Australie figure parmi le petit nombre d'Etats ayant répondu au

---

<sup>1260</sup> *Ibid.*, anglais original : “[t]he Declaration is historic and aspirational. While it is non-binding and does not affect existing Australian law, it sets important international principles for nations to aspire to.”

<sup>1261</sup> *Ibid.*, anglais original : “Australia’s existing obligations under international human rights treaties are mirrored in the Declaration’s fundamental principles.”

<sup>1262</sup> *Ibid.*: “[t]hrough the Article on self-determination, the Declaration recognizes the entitlement of Indigenous peoples to have control over their destiny and to be treated respectfully. Article 46 makes it clear that the Declaration cannot be used to impair Australia’s territorial integrity or political unity.”

<sup>1263</sup> *Ibid.*, anglais original : « [t]he Declaration recognizes the basic, fundamental truth that Indigenous peoples [...] are equal to all other peoples.”

<sup>1264</sup> Cette nécessaire égalité de la portée du droit des peuples à l'autodétermination dans le cadre général et dans le contexte spécifique des peuples autochtones constitue l'un des éléments essentiels du déploiement de la norme à l'étude ; v. Anna COWAN, « UNDRIP and the Intervention: Indigenous Self-Determination, Participation, and Racial Discrimination in the Northern Territory of Australia », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, tome 22, n° 2, mars 2013, pp. 264-269 (2. Scope of the Right to Self-Determination under UNDRIP).

<sup>1265</sup> A/HRC/15/37/Add.4, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juin 2010 (v. note 1011 *supra*), §12 p. 6.

questionnaire adressé aux Etats par l'Instance permanente au titre de la préparation de sa treizième session<sup>1266</sup>.

Le Canada s'est décidé à approuver formellement la Déclaration le 3 mars 2010<sup>1267</sup>. Définissant les grands principes de la politique intérieure et internationale canadienne pour la législature à venir, le Discours du Trône adressé par le Gouvernement au Parlement exprime cette année l'engagement du Gouvernement canadien à prendre les mesures nécessaires en vue de formaliser son soutien à la Déclaration. Le Gouvernement justifie ainsi sa décision : « Notre pays a des racines autochtones. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a reçu la reconnaissance conditionnelle d'un nombre grandissant d'Etats. Notre gouvernement prendra des mesures en vue d'appuyer ce document aspiratoire, dans le respect intégral de la Constitution et des lois du Canada. » Plusieurs traits apparaissent sous-jacents dans cette formule. D'une part, la décision même du soutien à la Déclaration représente un changement de position suffisamment significatif pour qu'il ne puisse être réduit à une simple portée symbolique. Selon toute probabilité, il faut au contraire y voir le résultat des pressions politiques exercées sur les quatre Etats minoritaires de la part des mécanismes compétents des Nations Unies et de la société civile autochtone canadienne. Rappelant les pressions diplomatiques souvent à l'œuvre à l'encontre des Etats réservataires dans le cadre des relations conventionnelles, ce phénomène excède la portée purement symbolique, particulièrement si les décideurs canadiens gardent à l'esprit que leur ralliement – qui est déjà postérieur à celui de l'Australie – contribue à rapprocher le soutien général du consensus et à affaiblir considérablement la minorité restante, dans la mesure où le Canada pèse pour un quart du poids des oppositions. D'ailleurs, la formulation suggère que les ralliements précédents semblent avoir pesé dans la décision du Canada d'exprimer son soutien à la Déclaration.

D'autre part, la formule apparaît ambiguë à certains égards, qualifiant la reconnaissance de conditionnelle et le document d'aspiratoire. Ce qui peut apparaître comme autant de tentatives de diminuer le sens de la Déclaration et les implications du ralliement

---

<sup>1266</sup> *Questionnaire to Governments*, collecte d'informations en vue de la treizième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones (2014), réponse de l'Australie, 8 p., notamment en matière de bonnes pratiques pour mettre en œuvre la Déclaration et les recommandations de l'Instance.

<sup>1267</sup> *Discours du Trône ouvrant la troisième session de la quarantième législature du Canada*, Gouverneur général du Canada au nom du Gouvernement canadien, Ottawa, 3 mars 2010, communiqué dans une lettre au Gouvernement du 26 mars 2010. La déclaration formelle de soutien sera finalement officialisée par le Gouvernement canadien le 12 novembre 2010.

canadien semble dicté en partie par les craintes du Canada vis-à-vis des implications de la Déclaration sur ses intérêts et son intégrité territoriale, en témoigne sa référence au « respect intégral de la Constitution et des lois du Canada ». L'identification précédente de la portée de la norme à l'étude révèle l'absence de dimension externe, ou pour le moins une grande incertitude sur ce point, dans l'état actuel du droit international. En effet, le droit des peuples à l'autodétermination se situant dans le cadre général du droit des peuples à l'autodétermination dont il constitue une application contextuelle particulière, l'absence de dimension externe de ce droit dans le régime général conduit, de manière assez logique, à constater cette même absence dans le contexte des peuples autochtones. Cette mention de son droit interne par le Canada apparaît donc comme un vain rappel du régime général existant. De plus, à supposer qu'une dimension externe existe dans le régime général du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada apparaît difficilement en position de modifier le droit international de manière unilatérale, ni à l'occasion de son ralliement ni par son droit interne. Si ces instruments internes peuvent certes fournir un cadre utile d'interprétation des dispositions de la Déclaration – au premier chef desquelles la norme nouvelle –, ils sont en revanche impuissants à limiter le régime international contenu dans la Déclaration, étant bien connu que les dispositions de droit interne sont traitées comme de simples faits du point de vue du droit international. C'est le cas *a fortiori* de la norme coutumière à l'étude, insusceptible d'être limitée par les droits internes. Les tentatives de qualification apparaissent également vaines ayant trait au rappel du caractère formellement non obligatoire de la Déclaration et à son absence de reflet du droit international coutumier. Comme il a été déjà relevé en effet, le caractère non obligatoire et aspiratoire incontesté de la Déclaration n'est pas un obstacle à sa participation à la formation du droit international coutumier. Cette tentative est du reste dénoncée par le Rapporteur spécial qui admet la contribution de la Déclaration à la formation du droit coutumier et rappelle la distinction entre la résolution formelle non obligatoire et les normes qu'il contient, dont certaines font partie du droit international coutumier<sup>1268</sup>. Le Rapporteur spécial traite à cet égard les ralliements comme des soutiens identiques à ceux exprimés lors du vote formel. Enfin, l'idée d'un soutien conditionnel, c'est-à-dire qui s'appliquerait à la Déclaration exclusivement sous sa forme aspiratoire, excluant ainsi toute possibilité d'invocation de cet instrument devant une quelconque juridiction, ignore la dynamique du processus coutumier dont la Déclaration constitue une simple étape.

---

<sup>1268</sup> A/HRC/15/37/Add.1, *doc. cit.*, 15 septembre 2010 (v. note 1002 *supra*), §§109-114 pp. 58-59.



En étant dirigées contre la Déclaration elle-même, les formules ambiguës du Canada n'apparaissent pas, à l'examen, de nature à affecter négativement le processus coutumier distinct de cet instrument. Dernier indice du parachèvement du passage de la norme à l'étude dans le droit positif, le Rapporteur spécial fait prévaloir son interprétation normative sur celle du Canada quant à la question de savoir si certaines dispositions de la Déclaration reflètent ou non le droit international coutumier<sup>1269</sup>. Cet indice suggère que l'heure n'est plus guère au débat et que le cadre juridique tel qu'énoncé par la Déclaration a finalement cristallisé dans le droit positif. Il révèle également l'étendue de l'absence d'emprise de la volonté de l'Etat sur le processus coutumier à ce stade final de formation de la norme. Du reste, les comportements internes du Canada montrent que les conditions de l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sont réunies de longue date, accréditant l'hypothèse d'une précaution sémantique vis-à-vis de la Déclaration que rien ne vient étayer au plan interne. Ayant joué un rôle prééminent lors de l'élaboration de la Déclaration, le Canada a été identifié comme mettant en œuvre les droits constitutifs de la norme aussi essentiels que l'auto-administration, la consultation de bonne foi, les droits fonciers ancestraux, ou encore la réparation. Le ralliement canadien semble donc mettre fin à la dernière contradiction entre la position exprimée et les comportements internes du Canada. Désormais, les comportements internes sont explicitement situés dans le cadre des dispositions de la Déclaration qu'ils reflétaient déjà. Le lien est ainsi matérialisé entre la norme nouvelle et des comportements internes qui en constituent autant d'applications conscientes. La disposition du Canada à employer désormais le terme d'autodétermination contraste avec les déclarations précédentes.

Les Etats-Unis d'Amérique ont annoncé leur soutien formel à la Déclaration par la voix du Président Barack Hussein Obama le 16 décembre 2010, dans un discours prononcé devant des représentants autochtones lors de la Conférence annuelle de la Maison blanche relative aux nations tribales<sup>1270</sup>. Ce faisant, les Etats-Unis n'ont pas abandonné leur approche ambiguë de la notion d'autodétermination autochtone au plan interne, mais le ralliement américain vient inscrire celle-ci fermement et de manière univoque dans le cadre du droit international, confirmant l'incohérence d'une approche de moins en moins tenable, compte

---

<sup>1269</sup> *Ibid.*, §112 p. 59 : “The Special Rapporteur respectfully submits that the Government’s statement that the Declaration’s provisions “do not reflect customary international law” is misplaced and overly broad.”

<sup>1270</sup> *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – Initiatives to Promote the Government-to-Government Relationship & Improve the Lives of Indigenous Peoples*, Washington, 16 décembre 2010. Aux yeux du Rapporteur spécial, il ne fait pas de doute qu'en dépit des précautions prises, le ralliement des Etats-Unis d'Amérique place cet Etat parmi les soutiens sans réserve à la Déclaration, la rapprochant un peu plus de la *lex lata*, v. A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §80 p. 19.

tenu de l'intégrité d'un droit absolu tel celui à l'autodétermination. Le discours reconnaît d'ailleurs que le ralliement américain constitue « une réponse aux nombreux appels des Natifs américains de par le pays » qui avaient eux-mêmes dénoncé la tentation américaine d'établir un double standard incohérent et dangereux. Le discours est frappé sur ce point d'une incohérence flagrante, semblant reposer sur une lecture de la Déclaration en matière d'autodétermination en contradiction ouverte avec le texte lui-même, les principes élémentaires d'interprétation du droit, les vues exprimées par la majorité des Etats lors du vote et l'interprétation donnée par la doctrine et les mécanismes institutionnels mandatés des Nations Unies, au premier chef desquels le Rapporteur spécial. En effet, le discours affirme que « Les Etats-Unis ont [...] le plaisir de soutenir l'appel de la Déclaration à promouvoir le développement d'un concept international nouveau et distinct de l'autodétermination spécifique aux peuples autochtones. »<sup>1271</sup> Cette formule malheureuse et inquiétante n'apparaît pour autant pas irréconciliable avec l'acceptation dominante dégagée dans les chapitres précédents selon laquelle le droit des peuples autochtones à l'autodétermination constitue non un droit nouveau ou spécial mais une application contextuelle du régime général répondant aux particularités propres, à la situation et au caractère des peuples autochtones. Tout en se situant dans le cadre général posé par le droit international, l'application de ce droit est contextuelle et appelée à varier dans sa portée en fonction des situations spécifiques.

La suite du texte suggère à cet égard que la réserve américaine porte non tant sur le contenu que sur le terme d' « autodétermination », conduisant à la prétention intenable de l'existence de deux réalités conceptuelles distinctes couvertes par le même terme, d'autant plus qu'à l'examen leurs contenus apparaissent identiques. Dans ce « concept nouveau », il semble que les Etats-Unis admettent précisément l'évolution récente du droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation, c'est-à-dire dans sa dimension essentiellement interne, en témoigne la référence à l'article 46 de la Déclaration. Décrédibilisant de fait la tentative de double mesure en matière d'autodétermination, le principe sous-tendant la politique américaine en matière d'autodétermination autochtone semble précisément répondre à la définition de l'autodétermination en droit international : « Comme l'a dit le Président Obama, « Washington ne peut pas – et ne devrait pas – dicter un agenda politique pour le pays indien. Les nations tribales s'en sortent mieux lorsqu'elle

---

<sup>1271</sup> *Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, doc. cit, 16 décembre 2010 (v. note 1270 *supra*), anglais original: “[t]he United States is [...] pleased to support the Declaration’s call to promote the development of a new and distinct international concept of self-determination specific to indigenous peoples.”

prennent leurs décisions elles-mêmes » »<sup>1272</sup>. Levant définitivement le doute, la description qui suit de l'autodétermination au plan interne américain répond point par point à la norme de droit international coutumier identifiée au cours de la présente étude. La logique implicite même du discours et les comportements internes américains confirment l'adhésion de cet Etat à la norme nouvelle et le caractère cosmétique des précautions sémantiques – du reste inutiles – en vue non de remettre en cause le principe de la norme mais d'en assurer une application exclusivement interne. Rien de cela ne s'écarte du régime général.

S'en tenant à une rhétorique similaire à celle employée par les trois autres Etats, les Etats-Unis « soutiennent la Déclaration qui – bien que n'ayant pas de force obligatoire et ne constituant pas un énoncé du droit international actuel – a une force à la fois morale et politique »<sup>1273</sup>. Le caractère partiel ou déformé de ces deux tentatives de restriction, qui confinent à l'inexactitude, a déjà été abondamment développé. Une telle interprétation du statut de la Déclaration se heurte du reste à celle du Rapporteur spécial précitée, supposée refléter la position d'une majorité de la société internationale. Ce contraste en matière d'interprétation donne la mesure de l'isolement de ces Etats face à une majorité dont le point de vue est déjà intégré dans les institutions pertinentes de l'O.N.U. Du reste, l'expression de « doit international actuel » laisse implicitement la porte ouverte à une évolution ultérieure de celui-ci, ce que semble corroborer la qualification du texte d'aspiratoire. Par ailleurs, le discours place le ralliement américain dans le cadre d'un engagement de l'Etat à améliorer la relation de partenariat avec ses peuples autochtones, notamment *via* la consultation et la réparation, et vient couronner une pratique interne déjà identifiée comme relativement progressiste qui accorde toute sa place à la norme nouvelle<sup>1274</sup>. Signe implicite du lien entre le ralliement américain et le processus coutumier, le discours place la décision de soutien dans le cadre de la pratique : « La décision de revoir la position des Etats-Unis sur la Déclaration répond aux appels de nombreux tribus, individus Natifs américains, de la société civile et autres aux Etats-Unis qui pensaient que le soutien des Etats-Unis à la Déclaration constituerait une contribution importante à la politique et à la pratique des Etats-Unis en matière de questions

---

<sup>1272</sup> *Ibid.*, anglais original: “[a]s President Obama noted, “Washington can’t – and shouldn’t – dictate a policy agenda for Indian Country. Tribal nations do better when they make their own decisions.””

<sup>1273</sup> *Ibid.*, anglais original: “[t]he United States supports the Declaration, which –while not legally binding or a statement of current international law – has both moral and political force.”

<sup>1274</sup> *Ibid.* : « [i]n his Presidential Proclamation last month honouring National Native American Heritage Month, President Obama recommitted “to supporting tribal self-determination, security and prosperity for all Native Americans.” »

autochtones américaines. »<sup>1275</sup> Soutenant cet argument, le discours place le ralliement en regard de comportements internes et de mesures prises récemment dans le respect constant du principe de consultation de bonne foi et en réponse à certaines dispositions de la Déclaration<sup>1276</sup>. Il n'est pas déraisonnable de percevoir dans cette entreprise de justification une certaine forme de sentiment juridique.

Par conséquent, le ralliement américain paraît excéder la simple dimension symbolique, puisque le discours précise qu'il a été précédé d'un examen méticuleux du texte par les services juridiques de l'Etat et par un processus extensif de consultation avec les représentants autochtones. Le déploiement de telles précautions, la grande attention qu'ils traduisent vis-à-vis de la Déclaration et la réalisation d'un tel consensus au plan interne apparaissent difficilement explicables, si ce n'est par la conscience de la portée des dispositions contenues dans le texte au-delà de la *lex ferenda*. Abondant apparemment dans le sens de cette interprétation, « les Etats-Unis soulignent leur soutien à la reconnaissance, dans le préambule de la Déclaration, que les individus autochtones sont éligibles sans discrimination à tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones possèdent certains droits collectifs additionnels »<sup>1277</sup>. Alors qu'elle admet la spécificité des peuples autochtones, notamment en termes de droits collectifs, cette formule semble restreindre arbitrairement le cadre général des droits de l'homme aux seuls droits individuels, excluant de fait le droit des peuples à l'autodétermination. A la réflexion, cela n'apparaît pas si problématique, compte tenu de la place particulière que ce droit tient dans le régime général des droits de l'homme en raison du caractère collectif de son titulaire et de sa place centrale dans l'édifice des droits de l'homme des peuples autochtones.

---

<sup>1275</sup> *Ibid.*, anglais original : « [t]he decision to review the U.S. position on the Declaration came in response to calls from many tribes, individual Native Americans, civil society, and others in the United States, who believed that U.S. support for the Declaration would make an important contribution to U.S. policy and practice with respect to Native American issues. »

<sup>1276</sup> *Ibid.* : « U.S. agencies are currently engaged in numerous initiatives to address the concerns raised by Native American leaders and issues addressed in the Declaration. Many involve the continuation of activities highlighted in the White House Tribal Nations Conference Progress Report released in June 2010. Additional efforts to strengthen the government-to-government relationship, protect lands and the environment and provide redress, address health care gaps, promote sustainable economic development, and protect Native American cultures are addressed below. » Le discours détaille plus loin les comportements internes en matière d'autodétermination autochtone. Il est possible d'y voir un indice de l'influence mutuelle des deux éléments du processus coutumier, entretenant une relation de renforcement continu en raison de leur collusion.

<sup>1277</sup> *Ibid.*, anglais original : « [t]he United States underlines its support for the Declaration's recognition in the preamble that indigenous individuals are entitled without discrimination to all human rights recognized in international law, and that indigenous peoples possess certain additional, collective rights » (souligné dans le texte).

Les réserves apparentes des Etats-Unis d'Amérique apparaissent ainsi plus comme des précautions cosmétiques superflues au regard du régime actuel de la norme à l'étude en droit international que comme des réserves susceptibles d'affecter le consentement de cet Etat au régime émergent contenu dans la Déclaration et articulé autour de la norme nouvelle. Peu cohérentes et difficilement tenables au plan doctrinal, ces réserves sont d'ailleurs démenties par d'autres propos et s'inscrivent généralement en contradiction avec les comportements internes des Etats-Unis. Impuissantes à affecter l'essence de la norme nouvelle dans un sens réducteur à ce stade du processus coutumier, ces tentatives tendent du reste à être traitées par le Rapporteur spécial comme des errements non-conformes au régime international contenu dans la Déclaration et à la doctrine dominante à son sujet. Cette condamnation témoigne au passage de la sédimentation dudit régime. En effet, le Rapporteur spécial considère la Déclaration comme le prolongement du droit international coutumier et d'instruments conventionnels internationaux quasi-universels, reflétant les obligations qu'ils imposent aux Etats parties et pouvant servir à en orienter l'interprétation<sup>1278</sup>. L'exemple du traitement des déclarations et comportements des Etats-Unis d'Amérique par le Rapporteur spécial rend particulièrement limpide le rôle des recommandations, observations et exhortations des mécanismes de *soft law* de l'O.N.U. dans l'accession de la norme nouvelle à la normativité, notamment mesurant les comportements étatiques à la lumière du consensus et d'une « compréhension commune » de la société internationale. Il est intéressant de noter à cet égard que le registre des observations du Rapporteur spécial et des divers mécanismes institutionnels varie selon les Etats concernés. Leurs développements se font en effet plus approfondis et le langage employé est plus fort concernant les Etats tels les Etats-Unis d'Amérique, Etat majeur sur la scène politique internationale et ayant initialement exprimé son rejet de la Déclaration<sup>1279</sup>. Enfin, dans la mesure où le ralliement d'un Etat aussi important que les Etats-Unis intervient en dernier parmi les quatre Etats initialement hostiles

---

<sup>1278</sup> A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §§18-43 pp. 6-14 ; *Communications envoyées, réponses reçues et suivi*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 22 août 2011, A/HRC/18/35/Add.1, §13 p. 48 ; A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §§79-84 pp. 19-20 ; A/68/317, *doc. cit.*, 14 août 2013 (v. note 957 *supra*), §§60-67 pp. 17-19. Le Rapporteur isole les Etats-Unis comme le seul Etat refusant une interprétation des instruments conventionnels pertinents (v. note diplomatique de la Mission permanente des Etats-Unis d'Amérique à l'O.N.U., Genève, 17 novembre 2011, p. 5 (in doc. A/HRC/19/44).

<sup>1279</sup> V. notamment l'exemple révélateur du rapport du Rapporteur spécial sur les Etats-Unis d'Amérique, A/HRC/21/47/Add.1, *doc. cit.*, 30 août 2012 (v. note 1043 *supra*), §§79-84 pp. 19-20 et §93 p. 21. L'attention accrue des mécanismes institutionnels vis-à-vis de ces Etats particulièrement intéressés ayant initialement rejeté la Déclaration peut être constatée dans le suivi plus systématique de leurs comportements internes, générant une pression politique à leur égard. En effet, alors que le nombre total d'Etats visités par le Rapporteur spécial jusqu'à présent demeure relativement faible, chacun des quatre Etats ayant voté contre l'adoption de la Déclaration a fait l'objet d'une ou de plusieurs visites, chacune donnant lieu à la constitution d'un rapport pays.

et met fin à toute opposition déclarée à la Déclaration, le ralliement américain peut être présumé d'un poids accru sur la formation du consensus et de l'*opinio juris*, contredisant un peu plus le déni d'un lien de la Déclaration avec le droit international coutumier.

Parmi les quatre Etats s'étant initialement exprimés contre l'adoption de la Déclaration, la Nouvelle-Zélande a annoncé son ralliement le 19 avril 2010 par un discours du Ministre des affaires māories devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones<sup>1280</sup>. Le discours de ralliement place la Déclaration dans le cadre du régime général des droits de l'homme dont elle constitue une adaptation particulière, de manière cohérente avec la doctrine dominante : « Conformément à notre ferme engagement envers les droits de l'homme, et particulièrement envers les droits autochtones, la Nouvelle Zélande ajoute à présent son soutien à la Déclaration à la fois en tant qu'affirmation des droits fondamentaux et dans son expression d'aspirations nouvelles et faisant l'objet d'un large soutien. »<sup>1281</sup> La suite du discours place la Déclaration comme couronnant une pratique interne relativement avancée qui accorde une large reconnaissance aux diverses droits constitutifs et principes d'application de la norme nouvelle, confirmant leur acceptation par la Nouvelle-Zélande. Pour superflue qu'elle soit, la réaffirmation de l'ordre juridique interne néo-zélandais comme offrant le cadre de déploiement des dispositions de la Déclaration apparaît tout au plus comme une paraphrase du régime général de la norme à l'étude du point de vue du droit international et confirme l'acceptation de son principe<sup>1282</sup>.

---

<sup>1280</sup> Discours du Ministre des affaires māories, l'Honorable Dr Pita Sharples, devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, 9<sup>e</sup> session, 19 avril 2010, reproduit in compte-rendu des débats parlementaires lors de la séance du 20 avril 2010 (Parliamentary Debates – HANSARD), 49<sup>e</sup> Parlement de Nouvelle-Zélande (2008-2010), première session, Wellington, 20 avril 2010, 39<sup>e</sup> semaine, tome 662, pp. 10229-10237 (discours prononcé à nouveau devant le Parlement par Hon. Simon Power, Ministre de la Justice) ; Communiqués de presse HR/5012 du 19 avril 2010 et DH/5014 du 20 avril 2010, Conseil économique et social ; E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §16 p. 10. Le Rapporteur spécial a également accueilli favorablement le ralliement de la Nouvelle-Zélande. Les termes du soutien néo-zélandais à la Déclaration ont fait l'objet d'un accord interministériel, impliquant notamment le Ministère des affaires étrangères et du commerce.

<sup>1281</sup> Discours du Ministre des affaires māories, l'Honorable Dr Pita Sharples, devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, *doc. cit.*, 19 avril 2010 (v. note 1280 *supra*), §3, anglais original : « [i]n keeping with our strong commitment to human rights, and indigenous rights in particular, New Zealand now adds its support to the Declaration both as an affirmation of fundamental rights and in its expression of new and widely supported aspirations. » Le Ministre déclare par ailleurs : “[t]his is a non-binding declaration [...]. It recognizes the rights of indigenous peoples to self-determination”.

<sup>1282</sup> Bien que certains commentateurs aient pu s'inquiéter de la limitation apparente des ralliements par les droits internes (*The Indigenous World 2011*, I.W.G.I.A., Copenhague, 2011, p. 12), ces références, au demeurant inefficaces, peuvent s'expliquer par l'intention des Etats de se rassurer et de protéger leurs intérêts lors de la phase de transition, reflétant ainsi la dynamique de l'objectif persistant décrite par Jonathan I. CHARNEY (v. p. 400 et note 961 *supra*) et ne doivent pas occulter l'importance cruciale pour le processus coutumier des revirements de positions. En fait, les cadres législatifs et constitutionnels en question comptent parmi les plus progressistes au monde et reconnaissent le droit des peuples autochtones à l'autodétermination malgré une

Au vu des divers points de vue exprimés, il semble que la Déclaration soit appelée à être appliquée dans l'ordre interne néo-zélandais ou du moins à influencer les comportements internes. Suggérant la portée potentielle de cet instrument, lors du débat parlementaire ayant suivi le discours de soutien à la Déclaration, il a pu être dit en effet que « la Déclaration reconnaît et contribue à protéger les droits des Māoris, et c'est une bonne chose de voir qu'un progrès est en cours d'accomplissement [...]. La Nouvelle-Zélande a fait un petit pas [...] vers le soutien et la protection des communautés vulnérables dans le monde entier »<sup>1283</sup>. Les débats parlementaires permettent enfin de déceler certaines traces d'un sentiment juridique désormais consolidé. En effet, rappelant le caractère aspiratoire de la Déclaration et son absence d'effet dans le droit interne néo-zélandais, il a été affirmé que « l'essentiel est que la Nouvelle-Zélande se place aux côtés d'autres pays en affirmant sa croyance que les droits des populations [sic] autochtones dans cette formulation ont une certaine validité et doivent être reconnus. » Indice tacite de la place du ralliement dans la formation de l'*opinio juris* du processus coutumier, l'orateur poursuit en semblant suggérer que le ralliement ne se limite pas à une portée purement symbolique : « en conséquence de la décision d'aujourd'hui, seuls les Etats-Unis et [...] le Canada, je crois, bien que je n'en sois pas sûr, doivent encore signer la convention [sic]. Si nous sommes si déphasés vis-à-vis d'autres nations [...], comment se fait-il alors qu'aujourd'hui seuls les Etats-Unis et le Canada n'aient toujours pas rejoint la communauté internationale en reconnaissant les droits de leur population autochtone ? Ce pays est fier de sa tradition en matière de mise en œuvre et de participation aux décisions des Nations Unies. Il s'agit d'un pas supplémentaire de la progression dans cette direction qui devrait être simplement vu comme tel. »<sup>1284</sup>

---

apparence trompeuse de double mesure. Ces limitations verbales, qui ont du reste conditionné le vote positif d'un grand nombre d'Etats, n'ont pas une grande effectivité en droit international.

<sup>1283</sup> Compte-rendu des débats parlementaires du 20 avril 2010, *doc. cit.* (v. note 1280 *supra*), pp. 10233-10234 (Metiria Turei, parti vert), anglais original : “[t]he Declaration recognizes and helps to protect the rights of Māori, and it is great to see that progress is being made [...]. New Zealand has made a small step [...] towards supporting and protecting those vulnerable communities around the globe.”

<sup>1284</sup> *Ibid.*, pp. 10236-10237 (Peter Dunne, parti ‘United Future’), anglais original : “[t]he point is that New Zealand puts its mark alongside those of other countries in saying we believe that the rights of indigenous people in this instance have some validity and ought to be recognised. [...] As a result of today’s decision, only the United States and one other country – Canada, I think, although I am not sure about that – have yet to sign the convention. If we are so out of step with other nations [...], why is it that today only the United States and Canada are yet to join the international community in recognizing the rights of their indigenous people? This country has a proud record of upholding, and of being part of, United Nation’s decisions. This is one more step in that line of progress and should simply be viewed as such.”

Ainsi, les quatre ralliements mettent en évidence l'effet d'enchaînement résultant de la pression d'autant plus forte que le groupe minoritaire est restreint. Ils confirment *a posteriori* l'interprétation de la fonction d'objecteur persistant comme un levier temporaire, impuissant à faire opposition à l'émergence de la norme, ou même à la rendre inopposable à l'égard des Etats objectants, mais destiné à protéger les intérêts de l'Etat durant la phase de maturation de la norme *via* une forme de réserve provisoire. Ces revirements spectaculaires de position semblent peu susceptibles de répondre à une démarche purement symbolique. Il est édifiant à cet égard de relire l'observation formulée par les Etats-Unis d'Amérique sur la Déclaration au titre de son explication de vote en 2007 à la lumière des ralliements : « *[i]ts persuasiveness and usefulness to the international community [...] critically depends upon the extent to which it enjoys unqualified support among States.* »<sup>1285</sup> Ces ralliements sont corroborés par une pratique interne largement favorable à la norme chez ces Etats. Enfin, les tentatives de création de doubles mesures sont condamnées par les mécanismes institutionnels de l'O.N.U. et ne reflètent pas la pratique interne de ces Etats, qui s'apparente plutôt au régime général identifié dans la présente étude. Dans tous les cas, ces ralliements suggèrent que les Etats ne sont plus en position de s'opposer à la maturation de la norme à ce stade final du processus coutumier.

Outre les quatre Etats initialement hostiles à la Déclaration, deux Etats abstentionnistes, comptant parmi les Etats particulièrement intéressés, ont finalement annoncé leur soutien à la Déclaration, assortissant généralement leur discours de remarques similaires. Il s'agit de la Colombie et des Samoa dont le progrès des comportements internes a été constaté précédemment<sup>1286</sup>. D'une manière révélatrice de l'enjeu, le Rapporteur spécial commente le ralliement de l'Etat indépendant des Samoa en des termes d'engagement proches du registre de l'obligation : « Le soutien des Samoa à la Déclaration et exprimant de fait un engagement à respecter les normes de la Déclaration est un développement bienvenu. C'est un développement bienvenu pour tous les autochtones qui désirent l'application de la Déclaration. »<sup>1287</sup> Ainsi, avec le ralliement ultérieur de six Etats, le soutien réel à la

---

<sup>1285</sup> *Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, document joint au communiqué de presse n° 204(07) « Position des Etats-Unis sur les droits des peuples autochtones » du Bureau de presse et de la diplomatie publique de la Mission diplomatique des Etats-Unis d'Amérique aux Nations Unies contenant l'explication de vote de cet Etat, 13 septembre 2007. Rappelant le caractère aspiratoire de la Déclaration, le document poursuivait en rejetant la possibilité qu'elle constitue un reflet du droit international coutumier.

<sup>1286</sup> V. *supra*, pp. 428-429, 454-455, 463, 485-486.

<sup>1287</sup> Discours du Rapporteur spécial, James Anaya, lors de la conférence originale du Réseau des autochtones du monde (W.I.N.), Darwin, 31 mai 2013.



Déclaration formé de 147 Etats lors du vote porte à 153 le nombre d'Etats soutenant la Déclaration.

Il existe des raisons de présumer que ce nombre de soutiens est en réalité bien plus élevé. Le Document final de la Conférence d'examen de Durban adopté par les Etats participants en 2009 suggère qu'un consensus de 182 Etats semble avoir été réalisé dans le sens de la désirabilité de l'adoption de la Déclaration et de l'application des normes qu'elle contient<sup>1288</sup>. Le groupe des dix Etats restants est hétéroclite et ne pose aucun obstacle à la généralité du consensus<sup>1289</sup>. Ce groupe inclut en effet des Etats abstentionnistes ou absents lors du vote qui sont généralement des Etats non intéressés – et logiquement ne participant pas au processus coutumier – ou encore des micro-Etats insulaires dont l'absence fréquente aux sessions de l'Assemblée générale s'explique par leur manque de moyens. Illustration de ce cas, le cas précité de Kiribati compte parmi les absents alors que ses comportements internes suggèrent une sensibilité aux questions autochtones. Aucun Etat de ce groupe n'apparaît sérieusement éligible au statut d'objecteur persistant. La plus forte forme de réserve chez ces Etats demeurant l'abstention ou le silence, il faut conclure à l'existence désormais d'un consensus réel, dès lors que les oppositions ouvertes ont disparu. Un nombre si élevé de soutiens et la disparition de toute opposition déclarée conduit à constater le caractère quasi unanime du consensus de la société internationale quant à la désirabilité de l'application des normes contenues dans la Déclaration, au premier rang desquelles se trouve la norme nouvelle. Force est de constater qu'une *opinio juris* univoque est ainsi parachevée.

Les ralliements ultérieurs apparaissent comme l'expression du sentiment juridique des Etats, car si la Déclaration était si insignifiante que cela, ces ralliements seraient inutiles. En réalité, ils illustrent la forte pression diplomatique, de la part de la société civile et des mécanismes de l'O.N.U. exercée sur les Etats, pression d'autant plus forte que le groupe minoritaire est restreint. La logique semble ici similaire à celle affectant les réserves dans les

---

<sup>1288</sup> Document final de la Conférence d'examen de Durban, 24 avril 2009, §73 par lequel la Conférence « accueille l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones qui a un effet positif sur la protection des victimes et, dans ce contexte, presse les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre en œuvre les droits des peuples autochtones conformément aux instruments internationaux en matière de droits de l'homme sans discrimination ».

<sup>1289</sup> Comme déjà évoqué, les Etats apparus postérieurement ne sont pas en principe susceptibles de s'opposer aux normes du droit international existant. Par conséquent, le Soudan du Sud étant apparu postérieurement à l'adoption du Document final de la Conférence de suivi de Durban, cet Etat peut être raisonnablement compté d'office parmi les soutiens à la norme nouvelle, conduisant à un soutien théorique de 183 Etats sur 193 membres de l'O.N.U. soit environ 95%.

relations internationales conventionnelles, car un ralliement à un texte strictement dénué de force obligatoire n'aurait pas de raison d'être. Tout au moins, la seule dimension symbolique suffit difficilement à expliquer ces revirements spectaculaires. Outre la pression d'autant plus forte que la minorité est restreinte, les ralliements traduisent chez les Etats inquiets la prise de conscience différée du fait que le texte ne menace pas leur unité politique et leur intégrité territoriale. Cette prise de conscience a pu être facilitée par la pratique ultérieure à l'adoption de cet instrument. Ces Etats ont ainsi adopté initialement une position attentiste jusqu'à ce que la mise en œuvre de la Déclaration par d'autres Etats contribue à les rassurer. D'une certaine manière, ces ralliements différés confirment enfin la norme entendue sous sa forme interne.

## Section 2 – Incorporation des dispositions de la Déclaration dans la pratique des organisations internationales

Les résolutions d'organisations internationales du type de celle contenant la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* se distinguant généralement de la pratique de ces organisations internationales, il apparaît judicieux d'examiner l'incidence de l'adoption de la Déclaration sur la pratique subséquente des organisations internationales pertinentes, car il semble que cet instrument offre le vecteur principal d'un processus fréquemment qualifié d'« affirmation de standards internationaux », c'est-à-dire du passage progressif de ces normes de la *lex ferenda* vers à *lex lata*. Il s'agit notamment d'examiner tour à tour la jurisprudence internationale (§1) et la pratique des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. et d'autres institutions mandatés en matière de droits des peuples autochtones (§2). Cette incorporation des dispositions de la Déclaration dans un premier temps dans la pratique des organisations internationales a une incidence sur le comportement des Etats dans un second temps. Le lien d'autorité semble être au cœur de cette impulsion qui catalyse en outre la prise de conscience chez les Etats de l'existence de la norme nouvelle.

## *§1 – Jurisprudence internationale postérieure*

La jurisprudence internationale postérieure à l'adoption de la Déclaration s'est développée essentiellement au sein des juridictions régionales (A). Cette jurisprudence a eu un effet déterminant sur les comportements des Etats (B).

### *A – Cours régionales des droits de l'homme*

Les juridictions régionales en matière de droits de l'homme, compétentes pour traiter des questions autochtones, ont continué à développer une jurisprudence allant dans le sens d'une reconnaissance du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le droit positif. C'est notamment le cas de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme.

Confirmant sa jurisprudence précédente<sup>1290</sup>, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a réaffirmé l'obligation pour l'Etat de consulter les peuples autochtones dans la prise de décision les concernant en l'affaire du *Peuple Saramaka c. Suriname* de 2007<sup>1291</sup>. Premier arrêt de la Cour rendu en matière de peuples autochtones après l'adoption de la Déclaration, il invoque explicitement le droit des peuples à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones<sup>1292</sup>. L'arrêt fait abondamment référence aux conclusions et observations des organes de supervision des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme – *treaty*

---

<sup>1290</sup> Notamment en l'affaire *YAMATA c. Nicaragua* (arrêt du 23 juin 2005, v. note 1132 *supra*, cité in A/HRC/12/34/Add.3, *doc. cit.*, 20 juillet 2009 (v. note 998 *supra*), §66 p. 18 et A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), pp. 8-9), dont le §225 affirme le principe de la participation et de la représentation des peuples autochtones dans les structures et les institutions de l'Etat et concernant les questions affectant leur droit au développement ; *Communauté autochtone Sawhoyamaya c. Paraguay*, arrêt du 29 mars 2006 (fond, réparations et coûts), série C n° 146, concluant que le titre autochtone a les mêmes effets qu'un titre de propriété octroyé par l'état, faisant ainsi écho aux articles 25-26 de la Déclaration, citant le droit aux réparations foncières (§128) ainsi que la nécessité de mesures protectives de la part de l'Etat (§§195-247).

<sup>1291</sup> *Peuple Saramaka c. Suriname*, C.I.D.H., arrêt du 28 novembre 2007 (objections préliminaires, fond, réparations et coûts), série C, n° 172, arrêt du 12 août 2008 (interprétation de l'arrêt), série C, n° 185, et Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 4 septembre 2013 en vue d'une décision sur la supervision de l'application de l'arrêt. Le mécanisme de suivi de l'application des arrêts de la Cour contribue indéniablement à renforcer le processus coutumier.

<sup>1292</sup> Arrêt du 28 novembre 2007, §64 p. 19 concernant l'opinion de l'expert Martin Scheinin identifiant le lien entre l'article 1.2 des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et les droits fonciers des peuples autochtones ; note 89 p. 29 situant le droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme relevant de l'article 1 du Pacte ; arrêt du 12 août 2008, §46 p. 12 en matière de développement économique, requérant à cet égard le consentement des peuples autochtones concernés lorsque des projets de développement ou d'investissement sont susceptibles d'affecter l'intégrité de leurs territoires et de leurs ressources.

*bodies* – ainsi qu’à la Déclaration de 2007 dont la Cour éclaire son appréciation de la portée en s’appuyant sur le vote de l’Etat défendeur<sup>1293</sup>. La Cour se réfère ainsi expressément à l’article 32 de la Déclaration pour apprécier le contenu et la portée du principe de consultation. Ce principe directeur de l’application de la norme apparaît sous la forme d’un droit pour les peuples autochtones et sous la forme d’une obligation pour l’Etat. Il semble raisonnable de déduire qu’il s’agit d’un droit et d’une obligation à la fois pour les peuples autochtones et pour l’Etat. Le principe de la consultation ainsi appréhendé offre une garantie procédurale de la relation de partenariat ainsi qu’un garde-fou contre le risque de sécession unilatérale. Ainsi, l’espace autorisant un hypothétique exercice externe de l’autodétermination ne s’ouvrirait que lorsque le principe de consultation de bonne foi ferait l’objet d’une violation grossière et irréparable de la part de l’Etat. Ces références jurisprudentielles à la Déclaration et à la norme nouvelle apparaissent de nature à consolider le passage de la norme vers la *lex lata* en raison notamment du précédent créé par cet arrêt, appelé à être repris par la jurisprudence ultérieure.

En 2010, la Cour pose le problème en termes d’obstacles à la réalisation de l’autodétermination des peuples autochtones en l’affaire *Xákmok Kásek c. Paraguay*<sup>1294</sup>. La Cour se réfère à la Déclaration de 2007 et au projet de Déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones<sup>1295</sup>. Bien qu’elle ne lie pas expressément ces deux textes au droit à l’autodétermination, le contexte de leur citation et l’enjeu de l’affaire formulée par ailleurs en termes d’autodétermination ne laissent guère de doute à cet égard. Plus explicite encore, dans son arrêt de 2012 rendu en l’affaire *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Equateur*, la Cour se réfère expressément à l’article 3 de la Déclaration sur le droit des peuples autochtones à l’autodétermination ainsi qu’à l’article 20 sur le droit des peuples à l’autodétermination de la Charte africaine sur les droits de l’homme et des peuples<sup>1296</sup>. Cet arrêt a également fait jurisprudence à l’occasion d’affaires ultérieures<sup>1297</sup>, témoignant de la

---

<sup>1293</sup> Arrêt du 28 novembre 2007, §131 p. 39 : “Article 32 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which was recently approved by the UN General Assembly with the support of the State of Suriname, states the following”.

<sup>1294</sup> *Communauté autochtone Xákmok Kásek c. Paraguay*, C.I.D.H., arrêt du 24 août 2010 (fond, réparations et coûts), série C, n° 214, §255 p. 59.

<sup>1295</sup> *Ibid.*, §18 p. 4 (Déclaration de 2007) ; §6 p. 2 et §21 p. 5 (projet de Déclaration interaméricaine). La Cour mentionne également le Rapporteur interaméricain sur les droits des peuples autochtones (§209 p. 49).

<sup>1296</sup> *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Equateur*, C.I.D.H., arrêt du 27 juin 2012 (fond et réparations), série C, n° 245, note 288 p. 62, note 301 p. 66 et note 346 p. 79.

<sup>1297</sup> V. notamment *Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Equateur*, C.I.D.H., arrêt du 28 août 2013 (objections préliminaires, fond, réparations et coûts), série C, n° 268, note 12 p. 11. Il convient de signaler

pénétration progressive de la norme contenue par la Déclaration dans le droit positif. L'autorité de cet arrêt tient en outre à sa consécration de l'obligation de consulter incombant à l'Etat, principe d'exercice du droit à l'autodétermination<sup>1298</sup>. La question des personnes d'ascendance africaine s'est également retrouvée devant la Cour, mais la problématique juridique demeure distincte, bien que proche, de celle des peuples autochtones<sup>1299</sup>. En effet, l'approche tant du système interaméricain que de celui des Nations Unies vis-à-vis de cette question semble pour l'instant se limiter principalement à une dimension de lutte contre la discrimination et le racisme à l'égard des individus, se rapprochant ainsi davantage du traitement de la question des personnes appartenant à des minorités nationales<sup>1300</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme apparaît moins développée en raison du caractère plus restreint de la problématique autochtone dans cette partie du monde. Il faut néanmoins noter une contribution au processus coutumier en l'affaire du *Village sami Handölsdalen et autres c. Suède* de 2010<sup>1301</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Ziemele replace l'affaire dans le contexte international en matière de droit des peuples autochtones qu'il estime avoir subi des changements significatifs au cours des vingt dernières années. Comme facteurs de ces changements, il cite notamment la Convention n° 169 de l'O.I.T., la Déclaration de 2007, la jurisprudence et les observations des *treaty bodies* – Comité des droits de l'homme et Comité contre la discrimination raciale – ainsi que les mécanismes de supervision en matière de respect des droits des peuples autochtones et d'application de la Déclaration<sup>1302</sup>. Des références similaires se retrouvent cette fois-ci dans le corps de la décision rendu par la Cour en 2012 en l'affaire des *Insulaires de Chagos c. Royaume-Uni*<sup>1303</sup>. Comme observé au cours de la présente étude, ces instruments,

---

une affaire pendante : *Peuples autochtones Kuna de Madungandi et Embera de Bayano et leurs membres c. Panama*, dont l'audience publique a eu lieu le 2 avril 2014.

<sup>1298</sup> Lisl BRUNNER, Karla QUINTANA, "The Duty to Consult in the Inter-American System: Legal Standards after Sarayaku", *A.S.I.L. Insights*, tome 16, n° 35, 28 novembre 2012.

<sup>1299</sup> Pour un examen plus avant de cette question, v. Ariel E. DULITZKY, « When Afro-Descendants became « Tribal Peoples »: the Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities », *U.C.L.A. Journal of International Law and Foreign Affairs*, tome 15, n° 1, printemps 2010, p. 29 ; Jo PASQUALUCCI, « International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Wisconsin International Law Journal*, tome 27, 2009, p. 66.

<sup>1300</sup> V. *inter alia* le Rapport du Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine sur sa quatorzième session, Conseil des droits de l'homme, 14 juillet 2014, A/HRC/27/68, 20 p. et les nombreux rapports pays élaborés par ce Groupe de travail.

<sup>1301</sup> C.E.D.H., *affaire du village sami Handölsdalen et autres c. Suède*, requête n° 39013/04, arrêt du 30 mars 2010 (devenu définitif le 4 octobre 2010).

<sup>1302</sup> *Ibid.*, opinion partiellement dissidente du juge Ziemele, §2 p. 20.

<sup>1303</sup> C.E.D.H., quatrième section, *Insulaires de Chagos c. Royaume-Uni*, requête n° 35622/04, décision du 11 décembre 2012, §§56-57 pp. 15-16 sur la conception de la notion de peuples autochtones développée par

appréhendés comme un tout et caractérisés par des degrés variés de force juridique, contiennent la norme nouvelle et son principe d'application par la consultation de bonne foi. Bien que certains de ces instruments soient dénués de force juridique obligatoire, il faut constater le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans l'inspiration et la direction du développement du droit positif par les juridictions. Le passage des références à ces instruments d'une opinion dissidente au corps d'un arrêt dans la jurisprudence de la Cour suggère en outre une consolidation progressive de l'autorité desdits instruments, susceptible de stimuler le passage des normes qu'ils contiennent vers le droit positif.

*B – L'effet structurant et orientant de la jurisprudence internationale sur les comportements des Etats*

La jurisprudence internationale postérieure à l'adoption de la Déclaration s'est déployée essentiellement dans le cadre des juridictions régionales spécifiquement compétentes en matière de droits de l'homme. La jurisprudence internationale a fait généralement l'objet d'un suivi relativement élevé de la part des Etats. Ce lien d'autorité juridique et de prise de conscience de l'existence de la norme a pu être mis en évidence lors de l'examen des comportements internes des Etats. Exemple parmi de nombreux autres, la décision de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en l'affaire *Endorois*<sup>1304</sup> fait l'objet d'un processus consultatif de mise en œuvre auquel s'est associé le Rapporteur spécial de l'O.N.U. Il n'est par ailleurs pas rare que les arrêts soient repris dans la jurisprudence interne des Etats ou inspirent l'adoption de nouvelles législations. C'est par exemple le cas de l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en l'affaire *Peuple samaraka c. Suriname*. Ainsi se déploie l'influence structurante de la jurisprudence internationale sur la prise de conscience de l'existence de la norme nouvelle : la jurisprudence internationale formule la norme et en exige l'application, la rapprochant ainsi progressivement de la *lex lata*.

---

l'Instance permanente sur les questions autochtones, sur la Déclaration de 2007 comme prohibant le déplacement forcé (qui suppose une forme de consentement préalable) et sur la jurisprudence du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels. Il s'agit non du raisonnement de la Cour mais de l'argumentation du plaignant qui cherche en outre à établir la compétence de la Cour dans le cas d'espèce sur le fondement de l'article 1 du Pacte.

<sup>1304</sup> V. note 1382 *infra*.

Ce lien d'autorité ou de cause à effet de la jurisprudence et « quasi-jurisprudence » internationales sur les comportements des Etats a pu être abondamment clarifié lors de l'examen précédent des comportements des Etats, notamment au travers des appréciations et jugements du Rapporteur spécial ou encore des organes de surveillance des traités – « *Treaty Bodies* » – vis-à-vis des comportements individuels des Etats<sup>1305</sup>. L'écho que trouvent la jurisprudence internationale régionale et les activités de « quasi-jurisprudence » des mécanismes de supervision contribue à une consolidation mutuelle de leur légitimité et de leur autorité auprès des Etats en renforçant l'intensité des attentes comportementales à leur égard. Il peut être possible d'aller jusqu'à assimiler cette influence d'autorité à une certaine forme de responsabilisation des Etats qui devrait conduire à augmenter le taux d'exécution des décisions de la jurisprudence internationale régionale. Cette discipline des comportements étatiques sous l'effet d'une autorité jurisprudentielle reflète et provoque la prise de conscience collective de la nécessité sociale de la nouvelle norme juridique puis de son existence. L'autorité portée par ces acteurs offre le canal par lequel ce qui est devient ce qui doit être, de manière progressive et presque insensible. *Via* le relais des mécanismes institutionnels de recommandation et de suivi, la jurisprudence internationale régionale est difficilement susceptible d'être ignorée en raison d'un engagement croissant du principe de bonne foi conduisant les Etats à répondre aux attentes fortes et à s'y tenir. Cette jurisprudence régionale constate ainsi le mouvement de maturation de la norme.

*§2 – Systèmes de contrôle et de transparence mis en place par les organes de l'O.N.U. et les organisations internationales régionales*

L'influence de la dimension institutionnelle continue de jouer un rôle primordial sur le processus coutumier avec l'émergence d'un paysage institutionnel nouveau après 2007. Dans la foulée de l'adoption de la Déclaration, l'O.N.U. et d'autres organisations internationales ont mis en place des structures et mécanismes institutionnels ayant pour mandat de promouvoir, d'encourager ou de stimuler l'application de la Déclaration, ou bien ont orienté l'activité de leurs structures existantes vers la réalisation de cet objectif. A l'examen, ces développements se sont avérés être des catalyseurs extraordinaires de la finalisation du processus coutumier et du passage définitif de la norme nouvelle dans le droit positif dans un

---

<sup>1305</sup> V. *supra*, chapitre 1, section 1. V. aussi pp. 233-247 *supra*.

laps de temps relativement restreint, ce qui s'explique essentiellement par une intensification d'attentes déjà fortes exprimées par la Déclaration et de la pression politique et sociale sur les Etats en vue de conformer leurs comportements à ces attentes<sup>1306</sup>. Cette pression apparaît canalisée par les mesures de suivi, de supervision, d'évaluation, de recommandations, d'exhortation ou encore de publicisation des comportements étatiques mis en regard d'une majorité écrasante muée en consensus. Elle aboutit à orienter, à systématiser et à harmoniser les comportements étatiques, perfectionnant la constance de la pratique et affermissant une *opinio juris* projetée cette fois-ci par les mécanismes institutionnels sur les Etats. Cette dynamique achève de transformer une norme d'abord politique et morale en norme finalement juridique.

#### A – Examen des mécanismes institutionnels et de leurs mandats

Au sein du système des Nations Unies, l'intégration des droits autochtones dans les politiques et les programmes des diverses organisations internationales s'est poursuivie, les organisations les plus actives semblant être l'O.I.T., le P.N.U.D. ou encore l'U.N.E.S.C.O. Les questions autochtones y sont devenues pour ainsi dire un aspect obligé dans la définition des politiques et sous-tendent parfois la coopération entre ces institutions qui participent également aux sessions des mécanismes institutionnels mandatés en matière de droits des peuples autochtones. Notamment, le Partenariat des Nations Unies pour les peuples autochtones, mis en place en 2011, fournit le cadre d'activités conjointes du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, de l'O.I.T., du P.N.U.D., de l'U.N.I.C.E.F. et du Plan-cadre des Nations Unies pour l'aide au développement.<sup>1307</sup>

---

<sup>1306</sup> Fermement établis dans la pratique de l'O.N.U. et systématisés avec la procédure d'examen périodique universel, les systèmes de suivi et de rapport au plan international en matière de droits de l'homme ont une incidence sur la formation et la consolidation des normes en matière de droits de l'homme que l'O.N.U. reconnaît elle-même : « *the Committee on Economic, Social and Cultural Rights indicated in its first general comment the nature of the role played by States' reports in the global realization of human rights [...]. The role of treaty-monitoring bodies is to assess the extent to which States have met human rights objectives and to advise them on any changes that might be necessary or useful in meeting those objectives* » (*The United Nations and Human Rights, 1945-1995*, The United Nations Blue Book Series, tome VII, département de l'information publique, New-York, Nations Unies, 1995, n° de vente E.95.I.21, §272 pp. 56-57). La formulation de ce passage semble attester que lesdits "objectifs" sont susceptibles de constituer des normes *de lege ferenda*, ce que reflète fidèlement l'expression anglaise de "standards".

<sup>1307</sup> *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les droits des peuples autochtones*, Conseil des droits de l'homme, 27<sup>e</sup> session, 30 juin 2014, A/HRC/27/30, §§6-7 p. 4.



Au sein même de l’O.N.U., trois mécanismes institutionnels de suivi, de promotion et de protection des droits des peuples autochtones sont investis de mandats complémentaires en matière de promotion de l’adhésion et de supervision la mise en œuvre de la Déclaration. Bien que les activités de supervision soient principalement de nature exhortatoire, ces mandats tendent à être investis d’une dimension normative, s’inscrivant dans la continuité des « activités normatives » du Groupe de travail sur les populations autochtones. Il s’agit du Mécanisme d’experts sur les droits des peuples autochtones, créé au lendemain de l’adoption de la Déclaration, ainsi que de deux autres mécanismes institutionnels existant avant 2007<sup>1308</sup> que sont l’Instance permanente sur les questions autochtones et le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l’homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones. De manière révélatrice, celui-ci a été renommé en 2010 en Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones avec des prérogatives élargies<sup>1309</sup>, ce qui suggère la cristallisation progressive des droits des peuples autochtones dans le droit positif.

A la différence des deux Groupes de travail précédents dont la composition n’était pas sans rappeler celle de conférences intergouvernementales, ces trois mécanismes institutionnels – en particulier le Rapporteur spécial et le Mécanisme d’experts – s’apparentent davantage à ce que certains nomment « le « pouvoir réglementaire » dévolu à des organes plus rapides et plus efficaces que les conférences diplomatiques traditionnelles »<sup>1310</sup>. Cette comparaison doit être nuancée en raison de l’absence de prérogatives normatives de ces mécanismes en matière de droit positif. Ce trait suggère néanmoins une accélération et une intégration du processus coutumier. Il peut être avancé que les activités de ces trois mécanismes institutionnels dans le cadre de leurs mandats respectifs suivent une logique qui n’est pas sans rappeler le mandat de la Commission du droit international en matière de codification et de développement du droit international. Le fonctionnement de ces mécanismes entretient également l’ambiguïté de la Déclaration entre

---

<sup>1308</sup> V. *supra*, pp. 241-242.

<sup>1309</sup> Résolution A/HRC/15/14 du Conseil des droits de l’homme du 30 septembre 2010 : *Droits de l’homme et peuples autochtones : mandat du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones* (15<sup>e</sup> session, 31<sup>e</sup> séance). Par contraste avec l’ancienne appellation qui se situait dans le cadre général des droits de l’homme, la nouvelle appellation insiste davantage sur la catégorie de peuples et sur les droits collectifs inhérents à cette catégorie. V. Schéma institutionnel en Annexe 4.

<sup>1310</sup> Paul REUTER, Jean COMBACAU, *Institutions et relations internationales*, 3<sup>e</sup> édition, collection « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 277. Les prérogatives exhortatoires, habituellement sous forme de supervision et de recommandations, prennent une forme juridique plus aboutie chez le Mécanisme d’experts qui émet également des « avis consultatifs ». Certes dénués de toute force juridique obligatoire, ces opinions qualifiées se rapprochent par leur forme à certains égards d’une détermination de l’état du droit.

ces deux approches. Élément crucial de ces mécanismes institutionnels vis-à-vis du processus coutumier, leur influence déterminante sur les comportements des Etats apparaît réelle<sup>1311</sup> en dépit du caractère juridiquement non-obligatoire de la plupart de leurs observations, recommandations et procédures.

Etabli en 2001 en vertu des procédures thématiques spéciales de la Commission des droits de l'homme<sup>1312</sup> à laquelle a succédé en 2006 le Conseil des droits de l'homme, le poste de Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a pour mandat de promouvoir l'application et le soutien de la Déclaration, particulièrement depuis son adoption finale, en examinant les bonnes pratiques des Etats (rapports pays)<sup>1313</sup>, en traitant de problèmes et de requêtes spécifiques soumises par les peuples autochtones alléguant des violations de leurs droits (communications reçues des gouvernements, rapports spéciaux, déclarations)<sup>1314</sup> ou en conduisant des études thématiques sur les droits des peuples autochtones (rapports annuels et thématiques)<sup>1315</sup>. En vertu de son mandat, le Rapporteur spécial travaille en étroite coopération avec l'Instance permanente sur les questions autochtones et participe à ses sessions annuelles ainsi qu'à celles du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones<sup>1316</sup>. Cette coordination transversale est appelée à être stimulée par le cadre commun de la Deuxième décennie des peuples autochtones, par le soutien du Fonds volontaire ou encore par la Journée internationale des peuples autochtones du monde, fixée au

---

<sup>1311</sup> En témoignent les comportements des Etats à la lumière des observations et recommandations de ces mécanismes institutionnels, appliquées dans une grande partie des cas ; v. examen des comportements internes des Etats *supra* (pp. 416-506) et l'examen de l'influence de ces mécanismes institutionnels sur les Etats pp. 537-539 *infra*.

<sup>1312</sup> Résolution 2001/57 de la Commission des droits de l'homme du 24 avril 2001. Bien que le mandat initial ne couvre pas expressément le développement du droit, il semble que le Rapporteur spécial soit appelé néanmoins à participer au processus coutumier par le biais notamment de ses recommandations, de sa prise en compte des activités du Groupe de travail sur les populations autochtones (article 4 de la résolution) puis des autres mécanismes institutionnels pertinents, ou encore par son suivi et exhortation à l'application de la Déclaration. Ce rôle dans la précision du droit et dans le processus coutumier semble se renforcer continuellement.

<sup>1313</sup> V. rapports pays mentionnés lors de l'examen des comportements internes des Etats *supra*.

<sup>1314</sup> V. *Index des rapports du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, par thème et par région*, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 6 septembre 2013, A/HRC/24/41/Add.5, 17 p.

<sup>1315</sup> V. un exposé des aspects du mandat, des méthodes et de la Déclaration par le Rapporteur spécial in *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya*, Assemblée générale, 64<sup>e</sup> session, 4 septembre 2009, A/64/338, 23 p.

<sup>1316</sup> Reflet du caractère transversal de ses activités, le Rapporteur spécial promeut non seulement l'application de la Déclaration mais aussi celle de la Convention n° 169 de l'O.I.T. Il recommande en outre l'application de la Déclaration aux autres mécanismes et institutions de l'O.N.U. (v. par exemple A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §100 p. 22 ; rencontre avec l'équipe pays des Nations Unies lors de sa visite en Fédération de Russie (A/HRC/18/35/Add.5, §2 p. 4)). Il se réfère fréquemment aux observations des *Treaty bodies* (v. par exemple A/HRC/18/35/Add.2, notes 36 (I.C.C.P.R.) et 37 (C.E.R.D.) p. 14). Le Rapporteur spécial réaffirme fréquemment la nécessité de coopération et de coordination des différents mécanismes tout en reconnaissant le rôle essentiel des Etats (A/64/338, *doc. cit.*, 4 septembre 2009 (v. note 1315 *supra*), §§50-51 p. 17).

9 août. Le Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones, rattaché à l'Instance permanente, constitue un autre vecteur de la transversalisation des questions autochtones au sein du système des Nations Unies. Le Rapporteur spécial rend compte au Conseil des droits de l'homme et à l'Assemblée générale dans ses rapports annuels<sup>1317</sup>. Notamment, ses rapports pays apprécient les comportements des Etats à la lumière du droit à l'autodétermination de manière presque systématique<sup>1318</sup> et situent cette norme, reconnue par l'article 3 de la Déclaration, dans le droit international coutumier en se référant à cet égard aux conclusions de l'Association de droit international lors de sa 75<sup>e</sup> session de 2012<sup>1319</sup>. Comme le suggère l'examen précédent des comportements internes des Etats, les recommandations, exhortations, observations et lignes directrices du Rapporteur spécial sont généralement suivies<sup>1320</sup>. Son influence sur l'orientation des comportements des Etats peut être constatée également dans sa participation à des processus de réforme constitutionnelle.<sup>1321</sup>

Depuis son adoption, la Déclaration tient une place centrale dans le cadre normatif des activités du Rapporteur spécial, ce qui place de fait ses commentaires, observations et recommandations concernant les comportements des Etats dans le cadre de cet instrument comme autant d'appréciations de leur conformité à son égard. Le processus coutumier est également stimulé par la projection, voire l'imposition, par le Rapporteur spécial de son

---

<sup>1317</sup> V. *inter alia* les derniers rapports annuels à l'Assemblée générale : A/69/267 du 6 août 2014, 25 p. ; A/68/317 du 14 août 2013, 24 p. ; A/67/301 du 13 août 2012, 24 p. ; A/66/288 du 10 août 2011, 26 p. ; et au Conseil des droits de l'homme : A/HRC/27/52 du 11 août 2014, 18 p. ; A/HRC/24/41 du 1<sup>er</sup> juillet 2013, 27 p. ; A/HRC/21/47 du 6 juillet 2012, 22 p. ; A/HRC/18/35 du 11 juillet 2011, 19 p.

<sup>1318</sup> V. parmi de nombreux autres cas *Observations sur le développement de l'exploration et de l'extraction de gaz naturel dans le lot 88 du projet Camisea* (Pérou), *doc. cit.*, 24 mars 2014 (v. note 1174 *supra*), §§24-29 pp. 7-9. Les exceptions sont rares et semblent liées à des situations spécifiques difficiles, v. par exemple le rapport sur la Colombie en proie à un conflit armé interne, 25 mai 2010, A/HRC/15/37/Add.3, *doc. cit.* (v. note 1036 *supra*).

<sup>1319</sup> A/68/317, *doc. cit.*, 14 août 2013 (v. note 957 *supra*), §64 p. 18, qui rappelle aussi le caractère normatif la Déclaration.

<sup>1320</sup> Pour un exemple du suivi des cas examinés lors des communications reçues des gouvernements reflétant l'influence du Rapporteur spécial sur les comportements des Etats, v. *inter alia* les documents A/HRC/9/9/Add.1 du 15 août 2008, 114 p. ; A/HRC/12/34/Add.1 du 18 septembre 2009, 101 p. ; A/HRC/15/37/Add.1 du 15 septembre 2010, 187 p. ; A/HRC/18/35/Add.1 du 22 août 2011, 52 p. ; A/HRC/21/47/Add.3 du 7 septembre 2012, 23 p. ; A/HRC/24/41/Add.4 du 2 septembre 2013, 45 p. ; et les rapports généraux de communication reçues par tous les Rapporteurs spéciaux du Conseil des droits de l'homme : A/HRC/18/51 du 9 septembre 2011, 151 p. ; A/HRC/19/44 du 23 février 2012, 162 p. ; A/HRC/20/30 du 15 juin 2012, 82 p. ; A/HRC/21/49 du 7 septembre 2012, 72 p. ; A/HRC/22/67 du 22 février 2013, 198 p. ; A/HRC/23/51 du 22 mai 2013, 108 p. ; A/HRC/24/21 du 22 août 2013, 82 p. ; A/HRC/25/74 du 24 février 2014, 171 p. V. aussi les rapports émis au titre de la procédure spéciale et formulant des recommandations concernant des allégations de violation des droits des peuples autochtones dans des cas concrets.

<sup>1321</sup> Le Rapporteur spécial a notamment participé à la réforme constitutionnelle en Equateur. La Constitution du 20 octobre 2008 résultant de ce processus compte parmi les plus avancées sur le plan des droits des peuples autochtones, alignés pour l'essentiel sur les dispositions de la Déclaration de 2007 (v. pp. 430-431 *supra*).

interprétation du statut de la Déclaration et de la portée de ses dispositions. Concentrant l'une des subtilités et l'un des paradoxes du processus coutumier, l'institution du Rapporteur spécial contribue à la sédimentation progressive de la norme à l'étude par son activisme, bien que ses prérogatives se trouvent pourtant en dehors du droit positif. Le passage progressif de la norme depuis *lex ferenda* vers la *lex lata* résulte notamment de l'aspect diachronique et cumulé d'observations à prétention normative, ce qui apparaît de manière flagrante à la lecture des rapports du Rapporteur spécial relatifs aux diverses procédures de son mandat. Etant donné que la Déclaration constitue le cadre juridique principal des activités du Rapporteur spécial et compte tenu de la nature et de la visibilité du poste dans le cadre institutionnel de l'O.N.U., la personnalité et les orientations doctrinales du Rapporteur spécial comptent pour beaucoup dans son influence sur le processus coutumier<sup>1322</sup>. Depuis l'adoption de la Déclaration, sa contribution à l'affinement de la portée de la norme nouvelle aux plans théorique et pratique peut être constatée à partir des choix d'étude thématique dont les thèmes sont liés plus ou moins directement à certains droits constitutifs et principes de mise en œuvre de la norme nouvelle<sup>1323</sup>.

Etablie en 2000 comme organe subsidiaire consultatif du Conseil économique et social<sup>1324</sup>, l'Instance permanente sur les questions autochtones se compose de seize experts nommés pour un mandat de trois ans et tient des sessions annuelles de deux semaines depuis 2002. Certains aspects de son mandat apparaissent particulièrement pertinents pour le processus coutumier, eu égard à leur lien avec les droits constitutifs de la norme nouvelle. Ces aspects incluent la discussion de questions liées aux peuples autochtones en matière de

---

<sup>1322</sup> Le Rapporteur spécial est généralement nommé pour un mandat de trois ans renouvelable. Depuis sa création, le poste de Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones a été occupé par M. Rodolfo Stavenhagen (Mexique) du 1<sup>er</sup> juin 2001 au 30 avril 2008 (mandat renouvelé et modifié par la résolution E/CN.4/RES/2004/62 de la Commission des droits de l'homme du 21 avril 2004 puis par les résolutions 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006, 5/1 du 18 juin 2007 et 6/12 du 28 septembre 2007 du Conseil des droits de l'homme), par M. James Anaya (Etats-Unis d'Amérique) du 1<sup>er</sup> mai 2008 au 1<sup>er</sup> juin 2014 (deux mandats, v. résolutions 15/14 du 30 septembre 2010 et 24/9 du 26 septembre 2013 du Conseil des droits de l'homme renouvelant et modifiant le mandat), et par Mme Victoria Lucia Tauli-Corpuz (Philippines) depuis le 2 juin 2014. Les méthodes actives de travail et les sensibilités doctrinales de James Anaya semblent avoir contribué à stimuler le processus coutumier durant sa phase finale dans la période postérieure à l'adoption de la Déclaration.

<sup>1323</sup> A/HRC/24/41, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juillet 2013 (v. note 1185 *supra*) précédé de rapports d'étape (en lien avec le droit à la consultation de bonne foi, aux droits fonciers ancestraux et à la souveraineté sur les ressources naturelles). Les thèmes peuvent être traités plus sommairement dans les rapports annuels, v. *inter alia* le développement sur l'obligation des Etats de consulter les peuples autochtones in *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 15 juillet 2009, A/HRC/12/34, §§36-57 pp. 12-20.

<sup>1324</sup> Résolution 2000/22 du Conseil économique et social du 28 juillet 2000.

développement économique et social, de culture, d'environnement, d'éducation, de santé et de droits de l'homme.

Depuis son adoption, la Déclaration constitue un cadre de référence pour ces activités. Le rôle de l'Instance permanente révèle à cet égard l'influence des mécanismes institutionnels dans l'installation d'une tendance régulière des Etats à l'application de la *soft law* dans leurs droits internes et à sa sédimentation progressive en droit positif. Cette dynamique est remarquablement mise en évidence par l'application de l'article 42 de la Déclaration qui prévoit que « [l']Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les Etats favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité. » L'expression de « pleine application » semble indiquer un degré supplémentaire d'autorité par rapport au simple respect puisque cela nécessite l'adoption de mesures de transposition des dispositions de la Déclaration dans les droits internes des Etats. L'examen précédent des comportements internes révèle que cette démarche a semblé conduire à un degré plus élevé d'application de la Déclaration par les Etats. L'Instance permanente a mis en place un groupe d'experts en charge de réfléchir à l'exécution de l'article 42<sup>1325</sup>. La procédure mise en place par l'Instance permanente en vertu de l'article 42 de la Déclaration semble aboutir à réduire le fossé entre droit théorique et droit pratique, autrement dit entre *lex ferenda* et *lex lata*, rapprochant ainsi le rôle de l'Instance permanente de celui d'un organe de supervision en matière d'application d'instruments internationaux. Dans ce qui est parfois dénoncé comme une extension unilatérale de son mandat, l'Instance permanente émet dans ce cadre des observations générales portant sur les articles de la Déclaration<sup>1326</sup>. L'ordre du jour de l'Instance permanente comprend également un thème spécial portant sur les « principes de bonne gouvernance en conformité avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : articles 3 à 6 et 46 »<sup>1327</sup>, ce qui entretient un lien évident avec la maturation de

---

<sup>1325</sup> Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de sa septième session (21 avril – 2 mai 2008)*, E/2008/43 – E/C.19/2008/13, p. 1 ; E/2009/43 – E/C.19/2009/14, *doc. cit.*, 2009 (v. note 814 *supra*), §87 p. 14 ; Observation générale n° 1 « article 42 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », E/C.19/2009/L.3, 22 mai 2009, annexe pp. 4-8 ou E/2009/43 – E/C.19/2009/14, annexe pp. 21-25.

<sup>1326</sup> Megan DAVIS, “To Bind or not to Bind: The United Nations *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On*”, *Australian International Law Journal*, tome 19, n° 3, 2012, pp. 33-36.

<sup>1327</sup> Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de sa treizième session (12-23 mai 2014)*, E/2014/43 – E/C.19/2014/11, p. 4.

principes *de lege ferenda* vers le droit positif, portant précisément sur les articles de la Déclaration énonçant le cadre de la norme à l'étude.

Outre par l'implication des mécanismes institutionnels, l'efficacité juridique de la Déclaration et le passage de la norme dans la *lex lata* sont améliorés par un recours à l'esprit de la Déclaration dans son application<sup>1328</sup>. Autre trait contribuant au dépassement progressif du cadre de la *lex ferenda*, l'Instance permanente accorde une attention particulière au problème significatif de l'autorité nécessaire en vue de stimuler l'application de la Déclaration par les Etats : l'autorité fournit la courroie de transmission entre des recommandations non obligatoires et le droit positif. Dans ce qui traduit une tentative d'imposition de cette autorité, l'Instance permanente tend à conférer à la Déclaration un statut supérieur aux législations nationales dans ses travaux.<sup>1329</sup> Enfin, l'application systémique du mandat de l'Instance permanente au sein du système des Nations Unies peut être relevée comme un trait encourageant la propagation et la généralisation rapide du consensus vis-à-vis de la norme à l'étude, propre à consolider son ancrage progressif dans le droit international coutumier<sup>1330</sup>.

Certains développements intervenus à l'occasion des sessions récentes de l'Instance semblent confirmer indirectement cet ancrage progressif. En premier lieu, des discussions sont en cours depuis la onzième session de 2012 visant à remplacer le nom de l'Instance par « Instance permanente sur les droits des peuples autochtones »<sup>1331</sup>. Faisant écho à la modification du nom du Rapporteur spécial, ce développement semble consacrer la reconnaissance que l'idée de droits autochtones est désormais généralement acceptée. En second lieu, la treizième session de 2014 s'est saisie d'un débat existant sur l'élaboration éventuelle d'un protocole facultatif qui serait annexé à la Déclaration et qui porterait

---

<sup>1328</sup> E/2009/43 – E/C.19/2009/14, *doc. cit.*, 2009 (v. note 814 *supra*), §§17-19 pp. 23-24.

<sup>1329</sup> *Ibid.*, §21 p. 24 et §25 p. 25.

<sup>1330</sup> V. *inter alia* l'invitation de l'Instance permanente faite au P.N.U.D. en vue de renforcer l'application du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans ses activités (E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §54 p. 43) ou encore l'approche institutionnelle intégrée sous-jacente in *The Human Development Framework and Indigenous Peoples' Self-Determined Development or Development with Culture and Identity*, présenté par la présidente de l'Instance permanente Victoria Tauli-Corpuz lors de la 9<sup>e</sup> session, New-York, 25 mars 2010, E/C.19/2010/CRP.4, p. 18.

<sup>1331</sup> E/2012/43 – E/C.19/2012/13, *doc. cit.*, 2012 (v. note 1046 *supra*), §17 p. 5 ; Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de la douzième session (20-31 mai 2013)*, Conseil économique et social, documents officiels, 2013, supplément n° 23, E/2013/43 – E/C.19/2013/25, §1 p. 2 (projet de décision IV) ; E/2014/43 – E/C.19/2014/11, *doc. cit.*, 2014 (v. note 1327 *supra*), p. 3 (projet de décision VI).

notamment sur l'autodétermination, les droits fonciers et l'autonomie politique<sup>1332</sup>. Visant à mettre en place un mécanisme institutionnel de règlement des plaintes autochtones pour violation de leurs droits, notamment fonciers<sup>1333</sup>, cette initiative témoigne de l'accession de la norme à la normativité puisqu'elle touche à la mise en œuvre d'une forme, certes atténuée, de responsabilité de l'Etat, aspect abordé par ailleurs<sup>1334</sup>. Dans la mesure où ils encouragent l'application de la Déclaration, le mécanisme et le protocole envisagé semblent en accroître la sécurité juridique. De manière révélatrice, l'étude sur laquelle s'appuie le débat et reflétant l'avis d'experts internationaux précise qu' « en ce qui concerne les peuples autochtones, les Etats ont déjà, dans le cadre du droit international coutumier, de obligations contraignantes en matière de droit à l'autodétermination »<sup>1335</sup>.

Le troisième mécanisme institutionnel de l'O.N.U. et le plus récent est le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones. Etabli en 2007 comme organe subsidiaire consultatif du Conseil des droits de l'homme<sup>1336</sup>, le Mécanisme d'experts succède de fait au Groupe de travail sur les populations autochtones. La substitution de la formule « peuples autochtones » à celle de « populations autochtones » dans le nom du mécanisme indique l'acceptation désormais universelle des peuples autochtones comme catégorie de peuple au sens du droit international. Composé de cinq membres avec une attention particulière sur leur origine autochtone, le Mécanisme d'experts est investi d'un mandat qui semble propre à développer les dimensions théoriques et doctrinales des droits des peuples autochtones, au premier chef desquels se trouve logiquement la norme nouvelle contenue dans la Déclaration. En effet, le mandat consiste notamment à conduire des études et recherches ainsi qu'à formuler des propositions et recommandations au Conseil des droits de l'homme. De fait, de par les thèmes choisis, les études thématiques conduites par le Mécanisme d'experts ont

---

<sup>1332</sup> E/2014/43 – E/C.19/2014/11, *doc. cit.*, 2014 (v. note 1327 *supra*), p. 2 (projet de décision I). Ce débat s'appuie sur l'étude précitée d'un groupe international d'experts E/C.19/2014/7, *doc. cit.*, 4 mars 2014 (v. note 1209 *supra*).

<sup>1333</sup> En s'appuyant notamment sur des précédents dans la pratique des Nations Unies en matière d'établissement de mécanismes institutionnels ou d'entités visant à appuyer des instruments internationaux non-conventionnels en matière de droits de l'homme, qu'il s'agisse de superviser, d'encourager leur mise en œuvre ou de traiter les litiges et plaintes émanant des groupes intéressés (E/C.19/2014/7, *doc. cit.*, 4 mars 2014 (v. note 1209 *supra*), §6 pp. 3-4).

<sup>1334</sup> V. pp. 320-333 *supra* et pp. 551-552 *infra*.

<sup>1335</sup> E/C.19/2014/7, *doc. cit.*, 4 mars 2014 (v. note 1209 *supra*), §26 p. 9 ; v. aussi §31 p. 11 qui fonde cette conclusion sur les travaux du Rapporteur spécial et de l'A.D.I., notamment de l'analyse que fait son président Siegfried WIESSNER de la Déclaration (Lorie M. GRAHAM, Siegfried WIESSNER, « Indigenous Sovereignty, Culture and International Human Rights Law », *South Atlantic Quarterly*, tome 110, n° 2, printemps 2009, pp. 403-427).

<sup>1336</sup> Résolution 6/36 – *Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones* du Conseil des droits de l'homme du 14 décembre 2007.

apporté une importante contribution à la consolidation des fondements, de l'architecture théoriques et des ramifications doctrinales de la norme à l'étude ainsi que de l'articulation et du déploiement de ses droits constitutifs et de ses principes d'application<sup>1337</sup>. Indice révélateur de la dynamique normative du Mécanisme d'experts, celui-ci définit la notion de bonne pratique comme avançant notamment le droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1338</sup>. Outre sa coopération étroite avec les deux autres mécanismes institutionnels de l'O.N.U., le Mécanisme d'experts s'appuie sur les rapports et les activités du Bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et d'autres organes institutionnels pertinents. L'augmentation du volume des activités et le renforcement de leur coordination mutuelle<sup>1339</sup> indiquent que cette tendance à l'intégration des activités des différentes institutions, indice fiable du consensus atteint sur les droits des peuples autochtones, conduit à une accélération du processus coutumier et une meilleure cohérence et constance de ses deux éléments.

En raison de leur mandat, ces trois mécanismes institutionnels principaux de l'O.N.U. fournissent des indices précieux sur l'état de maturation de la norme nouvelle, d'où un recours

---

<sup>1337</sup> V. notamment l'Etude sur les enseignements tirés et les défis à relever pour faire du droit des peuples autochtones à l'éducation une réalité (*Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, première session, Genève, 1-3 octobre 2008, Président-Rapporteur : John B. Henriksen (Norvège), Conseil des droits de l'homme, 10<sup>e</sup> session, 8 janvier 2009, A/HRC/10/56, §29 p. 11 et suivants ; A/HRC/12/33 et avis n° 1 (2009) sur le droit des peuples autochtones à l'éducation en annexe, §1 et §14) ; débat sur les dispositions de la Déclaration prévoyant des voies de recours disponibles en cas de violation des droits (règlement des différends, voies de recours, rapatriement, réparation et indemnisation, v. *Rapport du Mécanisme d'experts sur les travaux de sa deuxième session*, Genève, 10-14 août 2009, Présidente-Rapporteur : Jannie Lasimbang (Malaisie), Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 8 septembre 2009, A/HRC/12/32, §61 p. 16 et suivants) ; *Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit à participer à la prise de décision* et *Avis n° 2 (2011)* du mécanisme d'experts, A/HRC/EMRIP/2011/2, *doc. cit.*, 26 mai 2011 (v. note 484 *supra*), 24 p. (v. aussi rapport d'étape, 17 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2, 24 p.) ; *Etude sur le rôle des langues et de la culture dans la promotion et la protection des droits et de l'identité des peuples autochtones*, 30 avril 2012, A/HRC/EMRIP/2012/3, §§20-28 pp. 7-8 ; *Etude sur l'accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones* et *Avis n° 5 (2013)* du mécanisme d'experts, 30 juillet 2013, A/HRC/24/50, 29 p. (v. aussi A/HRC/EMRIP/2013/2, 29 avril 2013, 27 p.) poursuivie en 2014 avec une orientation particulière sur la justice réparatrice : *Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones : justice réparatrice, systèmes judiciaires autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, 25 avril 2014, A/HRC/EMRIP/2014/3, 25 p. ; *Etude sur la situation des peuples autochtones et leur participation aux démocraties et mécanismes électoraux d'Amérique latine, en vertu de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, rapport de M. Alvaro Pop, 26 février 2014, E/C.19/2014/6, 18 p.

<sup>1338</sup> A/HRC/EMRIP/2011/2, *doc. cit.*, 26 mai 2011 (v. note 484 *supra*), §13 p. 4. V. aussi *Synthèse des réponses aux questionnaires destinés à recueillir l'avis des Etats et des peuples autochtones sur les meilleures pratiques concernant des mesures et des stratégies d'application appropriées pouvant être mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 7<sup>e</sup> session (7-11 juillet 2014), point 7 de l'ordre du jour provisoire, 28 avril 2014, A/HRC/EMRIP/2014/4, 25 p.

<sup>1339</sup> Au cœur desquelles le Mécanisme d'experts semble placer le droit des peuples à l'autodétermination qu'il identifie comme une question « intéressant les peuples autochtones aux niveaux mondial et transversal (A/HRC/10/56, *doc. cit.*, 8 janvier 2009 (v. note 1337 *supra*), §27 p. 11).



abondant à leurs travaux, observations et rapports pour le propos de l'administration de la preuve du processus coutumier. Leur rôle stimulateur sur le processus coutumier est renforcé par la complémentarité qu'entretiennent leur coopération et coordination<sup>1340</sup>. Outre leur rôle tenant à la dynamique institutionnelle de supervision et d'exhortation influant sur l'accession de la norme à la normativité, ils constituent un miroir reflétant l'état et la puissance juridique de la norme englobée par la Déclaration à un moment donné.

Une telle contribution institutionnelle à la formation du droit international coutumier se retrouve dans plusieurs autres domaines pour lesquels l'O.N.U. a mis en place une architecture institutionnelle analogue parfois adossée à une résolution de l'Assemblée générale. L'analogie du schéma institutionnel et de sa relation à un instrument non obligatoire apparaît particulièrement remarquable concernant le développement des droits des personnes appartenant aux minorités nationales, dont il faut rappeler au passage la signification du traitement institutionnel distinct entre peuples autochtones et minorités nationales<sup>1341</sup>. Concernant celles-ci, qui sont également couvertes par plusieurs instruments conventionnels<sup>1342</sup>, une *Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* a été adoptée par la résolution 47/135 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992, dont l'application et l'interprétation fait depuis l'objet d'un suivi par le Rapporteur spécial sur les questions des minorités, par l'Instance sur les questions relatives aux minorités et par le Groupe de travail sur les minorités nationales, selon une méthodologie de travail similaire à celle du Groupe de travail sur les populations autochtones en son temps, et une architecture institutionnelle quasiment identique à celle mise

---

<sup>1340</sup> A l'image de la recommandation adressée par l'Instance permanente aux Etats en vue d'appliquer les recommandations du Mécanisme d'experts dans leur législation nationales (E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §52 p. 10). Quant à lui, le Mécanisme d'experts prend en compte les observations du Rapporteur spécial sur l'autodétermination (v. A/HRC/12/32, *doc. cit.*, 8 septembre 2009 (v. note 1337 *supra*), §22 p. 10) qui se trouve à son ordre du jour en permanence.

<sup>1341</sup> Reflet de cette distinction déjà relevée précédemment (v. pp. 335 et 340 *supra*), le droit (des peuples) à l'autodétermination brille par son absence dans les instruments internationaux spécifiquement consacrés aux droits des minorités nationales, dans la jurisprudence y relative ainsi que dans les préoccupations et activités des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. en charge des droits des personnes appartenant à des minorités nationales. La doctrine apparaît plus divisée sur la question, v. notamment la formule ambiguë d'Antonio CASSESE : « *Although [...] this is an extremely controversial and confused area of international law, and the views and attitudes of states as well as United Nations practice are fairly contradictory, the contention can be made that self-determination is now firmly entrenched in the corpus of international customary law in at least three areas : as an anti-colonial principle, as a ban on foreign military occupation, and as a standard requiring full access to government for racial groups* », qualifiant ce dernier cas d'autodétermination interne : "The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination", in Alan Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (dir.), *op. cit.*, 1996 (v. note 823 *supra*), pp. 351-352.

<sup>1342</sup> *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, article 27.

en place concernant les droits des peuples autochtones. Les personnes d'ascendance africaine font également l'objet d'une attention institutionnelle similaire, en témoignent la formation d'un Groupe de travail et la proclamation d'une Décennie internationale qui leur sont consacrés. Une variation de ce motif se retrouve dans la soumission par le Secrétaire général d'un rapport annuel à l'Assemblée générale sur la question de la réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination depuis 1996<sup>1343</sup>.

Les mécanismes de suivi de l'application de la Déclaration offrent le pendant aux mécanismes de suivi d'application du droit conventionnel, notamment de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* et des Pactes internationaux sur les droits de l'homme mis en place par les protocoles facultatifs pertinents. La puissance juridique qui semble à première vue faire défaut aux mécanismes de suivi de la Déclaration s'avère à l'examen suivre un développement croissant porté par le processus coutumier. Tout se passe en définitive comme si leurs recommandations faisaient désormais autorité non en raison d'une obligation conventionnelle ou encore moins découlant de la Déclaration, mais en raison du droit international coutumier<sup>1344</sup>. Alors que les mécanismes de suivi d'application du droit conventionnel se déploient dans un cadre juridique appartenant d'emblée et sans ambiguïté au droit positif, les mécanismes de suivi de l'application de la Déclaration contribuent à clarifier progressivement le cadre juridique dans lequel ils se déploient. Leurs activités cumulées encouragent la cristallisation d'un consensus sur la désirabilité de ce cadre juridique, le faisant ainsi passer progressivement du statut de *lex ferenda* à celui de *lex lata*. Dans le premier cas, la conscience juridique des Etats est donnée

---

<sup>1343</sup> Pour des références récentes, v. *Droit des peuples à l'autodétermination*, rapport du Secrétaire général, Assemblée générale, 68<sup>e</sup> session, point 68 de l'ordre du jour provisoire, 14 août 2013, A/68/318, 8 p. soumis en vertu de la Résolution 67/157 de l'Assemblée générale du 20 décembre 2012 intitulée « réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination » (sur la base du rapport A/67/456 et Corr.1 de la Troisième Commission). Cette procédure a lieu annuellement. La centralité de cette norme se trouve corroborée par sa présence de longue date à l'ordre du jour de l'Assemblée générale (v. notamment le point de l'ordre du jour « Recommandations concernant le respect international du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » (Résolution 637 C (VII) du 16 décembre 1952 ; *Note du Secrétaire général*, 3 février 1954, E/CN.4/697, 3 p.). Bien que ces développements soient alors liés principalement au contexte de la décolonisation, il faut souligner dès cette époque la prise en compte des peuples autochtones en matière de participation au gouvernement des territoires non autonomes (Résolution 653 (VII) du 21 décembre 1952).

<sup>1344</sup> Cette contribution des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. à l'accession de la norme à l'étude à la normativité est mise en perspective par l'examen précédent des comportements étatiques, où l'influence des mécanismes sur les comportements étatiques est constatée (v. chapitre 1 *supra*, et partie I, titre 2). V. aussi le Séminaire international d'experts sur le rôle des mécanismes des Nations Unies investis d'un mandat portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones, tenu à Madrid du 4 au 6 février 2009 (v. doc. A/HRC/12/34/Add.7 du 1<sup>er</sup> septembre 2009, 6 p.). Par ailleurs, les demandes d'informations et questionnaires adressés aux Etats stimulent leur prise de conscience et la maturation de leur sentiment juridique à l'égard de la norme à l'étude.

d'emblée *via* l'engagement conventionnel ; dans le second cas, il s'agit d'un processus progressif de prise de conscience de la désirabilité puis de l'existence de certaines normes, suivant l'orientation et les attentes fixées par un instrument non-obligatoire.

A ces trois mécanismes institutionnels de l'O.N.U. spécialement consacrés aux droits des peuples autochtones s'ajoutent d'autres mécanismes plus généraux ou programmes dépourvus d'un statut permanent mais dont l'incidence sur le processus coutumier s'avère réelle pour autant. Il s'agit notamment du mécanisme de l'examen périodique universel mis en place en 2006<sup>1345</sup>, placé sous l'autorité du Conseil des droits de l'homme et suivant des cycles pluriannuels d'examen des comportements de l'ensemble des Etats membres de l'O.N.U. en lien avec leurs obligations en matière de droit de l'homme, y compris en vertu du droit international général. Comme il a pu être constaté à plusieurs reprises lors de l'examen des comportements internes des Etats, ceux-ci se conforment généralement aux observations faites au titre de l'examen périodique universel qui a tendance à couvrir de plus en plus la norme nouvelle, ses droits constitutifs et ses principes ou modalités d'application.

Convoquée le 17 mai 2012 par le Secrétaire général, la réunion de haut niveau pour célébrer le cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration fournit également des indices précieux sur son lien grandissant avec le droit coutumier et sur l'état de celui-ci à cette date. Elle lie les droits des peuples autochtones, tels que contenus dans la Déclaration, à des programmes transversaux généraux tels que la *Déclaration du Millénaire* de 2000 fixant les Objectifs du millénaire pour le développement<sup>1346</sup>. Dressant le bilan de ces cinq premières années, certaines délégations participantes ont semblé admettre implicitement l'existence affirmée de *l'opinio juris*<sup>1347</sup>. Un parcours rapide des Etats participants et des discours prononcés par leurs représentants suggère une dynamique sous-jacente du processus

---

<sup>1345</sup> Résolution 60/251 de l'Assemblée générale du 15 mars 2006 portant création du Conseil des droits de l'homme, §5-e (adoptée par 170 voix contre 4 et 3 abstentions).

<sup>1346</sup> Résolution 66/142 – *Droits des peuples autochtones*, de l'Assemblée générale du 19 décembre 2011, adoptée sur la base du rapport A/66/459 de la Troisième commission. La Résolution apprécie les ralliements à la Déclaration et appelle les Etats restants à suivre et à prendre toute les mesures pour mettre cet instrument en œuvre (§§3,4,5). V. aussi E/2012/43 – E/C.19/2012/13, *doc. cit.* (v. note 1046 *supra*), §133 p. 23 ; Communiqué de la conférence de presse du 17 mai 2012.

<sup>1347</sup> Intervention de S. E. l'ambassadeur Luis Alfonso de Alba, Représentant permanent du Mexique aux Nations Unies, devant l'Instance permanente, 11<sup>e</sup> session, 17 mai 2012 : « dans une période très brève, [la Déclaration] a obtenu un soutien grandissant et universel de la part des Etats et une meilleure compréhension de son importance » ; Message de S. E. Dr Danilo Türk, Président de la Slovénie, à la même occasion, New-York, 17 mai 2012 : « Le [Déclaration] est l'un des documents-clés du droit international des droits de l'homme et un document phare du droit international en général [...]. Aujourd'hui, nous avons toutes les raisons de considérer le droit des peuples autochtones à l'autodétermination comme un droit évolutif qui a fourni une plateforme importante pour des types appropriés de statut politique et juridique des peuples autochtones ».

coutumier, non seulement dans le cas d'espèce mais également de manière générale. En effet, seule une poignée d'Etats particulièrement intéressés ont participé à la réunion de haut niveau qu'ils semblent avoir utilisé comme une tribune pour l'autopromotion de leurs bonnes pratiques<sup>1348</sup>. L'abstention d'un grand nombre d'Etats en termes de participation peut traduire un manque d'intérêt pour un événement de simple commémoration. Pour autant, ce manque d'adhésion active ne se double d'aucune opposition expresse, permettant à la réunion de haut niveau de mettre en exergue la seule position du groupe d'Etats progressistes.

En d'autres termes, le processus coutumier apparaît comme mené par un groupe restreint d'Etats particulièrement intéressés qui forment une tête de pont suivie par une majorité silencieuse et relativement passive. L'une des difficultés souvent rencontrées dans la démarche d'administration de la preuve repose sur le nombre restreint et le caractère récurrent des Etats s'exprimant et participant activement au processus coutumier, rendant délicate l'appréciation de la représentativité et des effets de seuil. Dans ce contexte, il semble raisonnable de voir une manifestation valide des deux éléments du processus coutumier dans la participation active du groupe meneur suivi par le reste de la société internationale à des vitesses variées, le dénominateur commun résidant dans la prise de conscience collective et progressive de l'existence de la règle ou d'un enjeu juridique même vague, sans que cela ne requière l'expression d'une acceptation explicite chez les Etats suiveurs. Ce trait reflète précisément la logique du consentement. En effet, la modification des comportements vers une orientation de la norme émergente y compris chez ces Etats suiveurs constitue un indice puissant de cette prise de conscience comme consentement, entendu comme le fait de prendre acte d'une situation juridique nouvelle, par opposition à une acceptation expresse ou à un acte de volonté qui contribue quant à lui à la création de cette situation<sup>1349</sup>. La norme nouvelle est alors réputée reflétée tant dans son aspect matériel que psychologique.

---

<sup>1348</sup> V. notamment les déclarations de S. E. l'ambassadeur Carsten Saur, Représentant permanent du Danemark auprès des Nations Unies, du Mexique (intervention précitée, v. note 1347 *supra*) et de S. E. l'ambassadeur Carlos Enrique García González, Représentant permanent du Salvador auprès des Nations Unies. Pour une liste des participants, v. E/2012/43 – E/C.19/2012/13, *doc. cit.* (v. note 1046 *supra*), §133 p. 23.

<sup>1349</sup> Conformément à la doctrine contemporaine précitée qui admet généralement que la formation du droit international coutumier ne repose pas nécessairement sur la volonté de tous les Etats (v. notamment notes 283, 963 et 1001 *supra*). Il semble à cet égard intéressant de relever que tout en insistant pour faire reposer la coutume internationale sur la volonté expresse des Etats en vertu de la théorie de l'accord tacite, Dionisio ANZILOTTI (1867-1950), auteur volontariste s'il en est, semblait déjà se distancer implicitement des écueils d'une théorie si rigide dès lors qu'il s'agissait de prouver l'existence de la norme coutumière (*Corso di diritto internazionale – vol. I. Introduzione e teorie generali*, 3<sup>e</sup> édition, Rome, Athenaeum, 1928, p. 85 ; « Competenza di Tribunali italiani in confronti di Stati esteri », *Guirispudenza Italiana*, n° 46, 12 mars 1894, reproduit in *Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Société italienne pour l'Organisation internationale,

Événement d'envergure majeure faisant écho à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, une réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale nommée « Conférence mondiale sur les peuples autochtones » s'est tenue à New-York les 22 et 23 septembre 2014<sup>1350</sup>. De même que la réunion de haut niveau de 2012, la Conférence mondiale sur les peuples autochtones a fourni un reflet de l'état de la norme coutumière à l'étude en confirmant son plein passage dans le droit positif. En effet, le §8 de la Résolution convoquant la Conférence mondiale prévoit que cet événement devrait « permettre un échange de vues et de pratiques de références sur la réalisation des droits des peuples autochtones, y compris en vue d'atteindre les objectifs de la Déclaration ». Le document final de la Conférence<sup>1351</sup> consiste en un document concis de type déclaratoire orienté vers l'action, préparé au moyen d'un processus consultatif informel, ouvert et inclusif entre les Etats membres et les peuples autochtones. De même que les deux Décennies internationales des peuples autochtones, cette Conférence envisage l'application de la Déclaration comme un processus susceptible de faire l'objet d'évaluations. Ce sont précisément la direction et les progrès enregistrés par ce processus d'application de la Déclaration qui attestent des deux éléments du processus coutumier sur lesquels se fonde l'existence de la norme nouvelle.

L'ampleur de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, dont le cadre normatif de ses activités est la Déclaration, confirme la place consolidée et distincte des peuples autochtones au sein de l'édifice général des droits de l'homme. Le droit à l'autodétermination a été identifié comme l'un des thèmes centraux de la Conférence mondiale revêtant un intérêt tant pour les Etats que pour les peuples autochtones<sup>1352</sup>. La préparation de la Conférence elle-même fait application des aspects de l'autodétermination autochtone, puisqu'il a été mis en place un mode de représentation des Etats sous forme de binômes réunissant un représentant de l'Etat et un représentant des peuples autochtones de cet

---

Padoue, CEDAM, 1963, p. 15). V. sur ce point l'examen de Giorgio GAJA, « Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti », *J.E.D.I.*, n° 3, 1992, pp. 130-131 et 133.

<sup>1350</sup> Résolution 65/198 de l'Assemblée générale du 21 décembre 2010 (adoptée sans vote sur la base du rapport A/65/453 de la Troisième commission), §8, et Résolution 66/296 du 17 septembre 2012 adoptée sans vote et fixant certaines modalités d'organisation. V. débats in A/65/PV.71 (65<sup>e</sup> session, 71<sup>e</sup> séance plénière). L'adoption de ces instruments sans la mise aux voix est indicative du consensus atteint sur le principe de la Conférence mondiale.

<sup>1351</sup> Résolution 69/2 du 22 septembre 2014 « Document final de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones », 4<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session (projet de résolution A/69/L.1), 7 p., adoptée sans vote.

<sup>1352</sup> E/2013/43 – E/C.19/2013/25, *doc. cit.*, 2013 (v. note 1331 *supra*), §71 p. 16 et §86 p. 18.

Etat<sup>1353</sup>. Ce mode de participation entendu comme condition à la légitimité de l'événement devrait contribuer à cristalliser un peu plus encore le principe de consultation de bonne foi comme omniprésent dans le droit à l'autodétermination.

Le rôle de test ou d'étalon joué par la Conférence mondiale concernant l'administration de la preuve peut être décelé dès les travaux des réunions préparatoires<sup>1354</sup>. En particulier, le *Document final d'Alta* du 12 juin 2013 offre des indices significatifs sur l'état de la norme à cette date et peut être considéré de manière assez fiable comme reflétant l'*opinio juris*<sup>1355</sup>. Par conséquent, bien que ce document ait été rédigé principalement par les peuples autochtones, un poids accru peut être accordé à son contenu en termes de représentativité des positions des peuples autochtones mais aussi, dans une certaine mesure, des Etats, en raison de l'approbation expresse de ce document dans l'avant-projet de résolution devant être adoptée lors de la Conférence mondiale<sup>1356</sup>. Le *Document final d'Alta*, reproduit en annexe de l'avant-projet de résolution proposée pour adoption à l'occasion de la Conférence mondiale, réaffirme l'autodétermination comme un « droit inaliénable et inhérent » des peuples autochtones qui « prime et conditionne la réalisation de tous les droits. » La souveraineté permanente sur les ressources naturelles y apparaît comme un droit

---

<sup>1353</sup> Lettre du 16 janvier 2014 du Rapporteur spécial ainsi que des représentants de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts adressée au Président de l'Assemblée générale porteuse d'une requête en ce sens. La requête s'appuie explicitement sur l'article 3 de la Déclaration et sur la distinction des peuples autochtones vis-à-vis des minorités nationales. Ce mode de représentation pourrait corroborer la persistance d'une souveraineté résiduelle chez les peuples autochtones malgré le fait qu'il s'agisse d'acteurs non-étatiques dans ce contexte. Une autre lettre adressée par les représentants autochtones au Président de l'Assemblée générale le 15 janvier 2014 formule la même requête ainsi que celle de la nomination d'un co-facilitateur général autochtone en la personne de John B. Henriksen (Norvège).

<sup>1354</sup> Notamment à Alta (Norvège) du 10 au 12 juin 2013, en Thaïlande les 5-6 février 2014, au Mexique en avril 2014 ou encore les consultations informelles autour de versions successives du projet de document final durant l'été 2014.

<sup>1355</sup> *Document final d'Alta (Norvège)*, 10-12 juin 2013, annexe à la lettre datée du 10 septembre 2013 adressée au Secrétaire général par les Représentants permanents de neuf Etats, doc. A/67/994, 13 septembre 2013, pp. 3-11 (v. aussi A/HRC/EMRIP/2013/CRP.2). La lettre considère le document comme « le résultat de consultations mondiales menées avec des représentants des peuples autochtones et des nations des sept régions géopolitiques mondiales ». Ce document a été distribué à tous les membres de l'Assemblée générale au titre des « droits des peuples autochtones » qui forme un point autonome (n° 66) de son ordre du jour. V. aussi *Compilation des recommandations, conclusions et conseils d'études conduites par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 4 juillet 2013, A/HRC/EMRIP/2013/CRP.1, 32 p., effectuant une revue point par point du Document d'Alta.

<sup>1356</sup> « Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale : Conférence mondiale sur les peuples autochtones », avant-projet de résolution à adopter devant l'Assemblée générale le 22 septembre 2014, avant-projet de document final résultant de soumissions d'Etats membres et de peuples autochtones lors du processus de consultation et transmis par le Président de l'Assemblée générale aux représentants des peuples autochtones le 8 juillet 2014, à l'issue de la première série de consultations informelles, pour discussions et modifications (5 p. soit un préambule d'un seul alinéa et 39§). Le préambule de cet avant-projet approuve le document d'Alta qui est placé en annexe du document.

corollaire du précédent, placé côte-à-côte dans la phrase<sup>1357</sup>. Cette même formulation est reprise au §1 du Thème 1 qui distingue clairement entre les « obligations de garantir le droit des peuples autochtones à l'autodétermination » incombant aux Etats et les moyens de mettre cette garantie en œuvre qui font quant à eux l'objet de recommandations. Apparaît ici nettement la distinction entre d'une part un droit absolu et obligatoire dans son principe et d'autre part ses applications relatives et contextuelles. Le droit à l'autodétermination est mentionné en relation à ses fondements, ses droits constitutifs et ses principes d'application<sup>1358</sup>. La formulation générale complète, détaillée et précise du texte ne laisse plus de doute quant à la nature et la portée du droit en question, la qualité de ses titulaires et son existence établie en droit international. Tirant toutes les conséquences d'une souveraineté initiale autochtone ayant subsisté par traces, le texte semble cependant pousser la logique des recommandations au-delà de l'état du droit dans son état actuel, notamment en se fondant sur le droit des peuples autochtones à l'autodétermination pour recommander leur décolonisation de la part des Etats, assimilant apparemment les territoires autochtones occupés par des puissances administrantes<sup>1359</sup>. Si ce type de recommandation semble excéder le cadre juridique ayant émergé autour de la Déclaration, le Document final d'Alta peut raisonnablement être considéré comme constituant un reflet relativement fidèle de l'état du droit international général au moment de son adoption.

Les étapes postérieures du processus de consultation en vue de préparer la Conférence mondiale et d'élaborer un projet de Document final sont indicatives de l'accession de la

---

<sup>1357</sup> V. plus généralement sur ce point Melik ÖZDEN, Christophe GOLAY, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, Centre Europe-Tiers monde, 64 p., et les travaux antérieurs du Groupe de travail sur les populations autochtones.

<sup>1358</sup> *Document final d'Alta*, A/67/994, doc. cit., 2013 (v. note 1355 supra), Thème 1, §6 : « nous recommandons que les Etats respectent et appliquent le droit à l'autodétermination et le principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones » en matière de contrôle des ressources naturelles ; Thème 1, §10 : « Dans le cadre de l'application universelle du droit à l'autodétermination pour tous les peuples, nous recommandons que les Nations Unies reconnaissent les peuples autochtones en se fondant sur notre liberté initiale, sur notre souveraineté inhérente et notre droit à l'autodétermination au regard du droit international » et octroient aux peuples autochtones le statut d'observateur permanent à l'O.N.U. afin de participer pleinement à la prise de décision les concernant ; Thème 3, §1 qui fait une description complète du principe de consultation de bonne foi et du droit à la participation, dans le respect d'un partenariat à égalité et des dispositions de la Déclaration que les Etats doivent s'engager à appliquer ; Thème 3, §§11-12 sur les moyens financiers de l'exercice du droit à l'autodétermination à renforcer par les Etats et par les Nations Unies (à l'exemple du Fonds volontaire) ; Thème 3 §13 recommandant la participation des peuples autochtones à la conclusion des relations conventionnelles des Etats touchant à des questions les concernant, en raison de leur droit à l'autodétermination et du principe du consentement libre, préalable et éclairé. La relation de la norme à l'étude avec les ressources naturelles se retrouve dans des termes similaires dans la *Déclaration internationale des peuples autochtones sur le développement durable et l'autodétermination*, adoptée par la Conférence internationale des peuples autochtones sur le développement durable et l'autodétermination, tenue à Rio de Janeiro (Brésil) en 2012.

<sup>1359</sup> *Document final d'Alta*, A/67/994, doc. cit., 2013 (v. note 1355 supra), Thème 3, §10.

norme à la normativité et de sa place dans le corpus des droits des peuples autochtones. Notamment, les versions successives du projet de Document final lors des trois séries de consultations informelles de l'été 2014 reflètent l'évolution de l'enjeu des discussions et l'état du consensus entre les Etats et les peuples autochtones<sup>1360</sup>. Au cœur des consultations informelles se trouve l'enjeu du devoir pour l'Etat de consultation de bonne foi et du principe du consentement libre, éclairé et préalable des peuples autochtones. Si l'avant-projet résultant de la première série de consultations informelles se limite à opérer un renvoi au Document final d'Alta qu'il contient en annexe<sup>1361</sup>, il apporte son soutien à l'ensemble des droits constitutifs de l'autodétermination autochtone – sans certes la mentionner – et réaffirme, au §3, « que les peuples autochtones sont libres et égaux à tous les autres peuples ». L'inclusion inhabituelle du terme « libre » dans la formulation suggère une référence à l'autodétermination.

Le projet révisé à la suite de la deuxième série de consultations informelles<sup>1362</sup> entretient un lien renforcé avec la norme nouvelle, bien qu'il ne s'y réfère toujours pas de manière expresse. Notamment, le nouveau §3 regroupe les dispositions sur le droit à la consultation et précise qu'« en adoptant ce document final, [les Etats] s'engagent à consulter et à coopérer de bonne foi avec les peuples autochtones à travers leurs propres institutions représentatives en vue d'obtenir leur consentement libre, éclairé et préalable avant d'adopter et de mettre en œuvre des mesures législatives ou administratives qui pourraient les affecter ». De manière générale, les projets de document final encouragent une généralisation de la protection des droits autochtones aux autres organisations internationales appartenant au système des Nations Unies et un renforcement des mécanismes institutionnels d'application de la Déclaration. Des priorités pour l'après-2015 en matière de droits autochtones en lien

---

<sup>1360</sup> Lettre du président de l'Assemblée générale, S. E. John W. Ashe, aux représentants des peuples autochtones en date du 8 juillet 2014, accompagnant la soumission de l'Avant-projet (« *Zero Draft* ») : « Veuillez noter que l'avant-projet ci-joint émane entièrement des communications soumises par les Etats membres et les peuples autochtones lors des consultations tenues jusqu'à ce jour ». Organisées par le président de l'Assemblée générale assisté de quatre conseillers, les trois séries de consultations informelles avec les Etats membres et les peuples autochtones se sont tenues respectivement le 3 juin (avec une audience interactive informelle les 17-18 juin), le 16 juillet et les 18-19 août 2014. L'avant-projet du 8 juillet 2014 (« *Zero Draft* ») résulte de la première consultation, et le projet révisé du 8 août 2014 (« première version révisée ») est le résultat de la deuxième consultation. Un processus intergouvernemental a enfin eu lieu du 3 au 5 et du 9 au 12 septembre sous la forme de séances closes de l'Assemblée générale en vue d'atteindre un consensus final sur le projet de document final.

<sup>1361</sup> Avant-projet de résolution (« *Zero Draft* »), *doc. cit.*, 8 juillet 2014 (v. note 1361 *supra*). Le représentant du Groupe de coordination global autochtone (GCG), John Henriksen, précise pourtant que « L'inclusion du document [d'Alta] en annexe n'équivaut pas à son approbation par l'Assemblée générale mais plutôt à sa reconnaissance, de bonne foi, des contributions et la participation active des peuples autochtones dans le processus » (*Intervention d'ouverture*, troisième série de consultations, 18 août 2014).

<sup>1362</sup> *Projet de document final à adopter par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014*, 8 août 2014 (« première version révisée »), 5 p. (34§).



avec le développement font également l'objet des consultations<sup>1363</sup>. Dans la troisième version révisée du projet de document final, soumise aux Etats lors du processus intergouvernemental début septembre 2014, l'engagement exprimé par les Etats en vue de tenir compte des droits des peuples autochtones dans les priorités de développement pour l'après-2015 est expressément lié à l'article 3 de la Déclaration<sup>1364</sup>. Bien que le document final envisagé ne soit pas juridiquement obligatoire, il convient de noter la force politique de formulations ambiguës que contient cet instrument formulé en des termes solennels, faisant état d'un engagement de la part des Etats<sup>1365</sup>.

Le processus intergouvernemental sur le projet de document final conduit début septembre 2014 est indicatif du degré de consensus développé autour de certaines dispositions essentielles du texte, reflétant l'évolution postérieure à l'adoption de la Déclaration. En particulier concernant le paragraphe 3 sur l'obligation de consultation en vertu du principe de consentement libre, éclairé et préalable, les Etats-Unis ont proposé de remplacer le passage « nous réaffirmons notre engagement à consulter et à coopérer de bonne foi » par « nous réaffirmons notre soutien à l'engagement [exprimé par] la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à consulter et à coopérer de bonne foi ».<sup>1366</sup> Le Brésil, les Etats-Unis et la Russie ont proposé de supprimer le passage « avant l'approbation de chaque projet affectant leurs terres, territoires et ressources ou », ce qui aboutit à élargir la portée générale du paragraphe et à en renforcer les dispositions. L'Australie et le Vietnam ont souhaité introduire un rappel à l'article 46 de la Déclaration, confirmant implicitement l'enjeu de l'autodétermination. Le Mexique s'est déclaré satisfait de la formulation du paragraphe dans la deuxième version révisée du texte. Seul le Canada a semblé faire une lecture plus restrictive du paragraphe 3 en proposant la suppression du passage « afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé »<sup>1367</sup>, ce qui aurait pour conséquence de libérer l'Etat d'une obligation de résultat dans les consultations avec les peuples autochtones, menant ainsi à une remise en cause du principe de bonne foi. Loin d'être une négociation en vue de

---

<sup>1363</sup> *Projet de document final, qui sera adopté par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014* (« deuxième version révisée »), 26 août 2014, §22 p. 4 et §32 p. 5.

<sup>1364</sup> *Projet de document final* (« troisième version révisée ») du 5 septembre 2014 consistant en la reprise du deuxième projet révisé accompagné en annexe de commentaires et propositions soumis par les Etats à l'occasion du processus intergouvernemental début septembre 2014, §32 et note 6.

<sup>1365</sup> *Projet de document final*, deuxième version révisée, 26 août 2014, v. l'utilisation répétée de la formule « nous nous engageons à » en lien avec les droits des peuples autochtones, *inter alia* §20 p. 4 (« Nous nous engageons à donner effet au droit des peuples autochtones à... »).

<sup>1366</sup> *Projet de document final*, troisième version révisée, 5 septembre 2014, compilation et remarques faites à propos de la version révisée du 29 [corr : 26] août 2014, en annexe du document, p. 9.

<sup>1367</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

parvenir à un accord, la consultation serait envisagée dans son sens restrictif de consultatif ou comme une simple obligation de moyen. Une telle interprétation apparaît en retrait des dispositions et des objectifs de la Déclaration ainsi que du principe de bonne foi, en contradiction avec le paragraphe 4 du projet de document final ainsi formulé : « Nous réaffirmons notre engagement solennel à respecter, favoriser et faire avancer et en aucun cas diminuer les droits des peuples autochtones, notamment ceux énoncés dans la Déclaration ».

Le projet de document final résultant du processus intergouvernemental et appelé à être adopté se contente finalement de prendre note du Document final d'Alta qui n'est plus placé en annexe<sup>1368</sup>. Bien que le terme d' « autodétermination » soit absent du texte, il en est bien l'enjeu sous-jacent et est couvert par plusieurs dispositions. Le paragraphe 3 est modifié dans un sens renforçant la place de la Déclaration de 2007. Après un rappel de leur soutien à la Déclaration, les Etats expriment leur engagement de respecter le principe de consultation des peuples autochtones en vue d'obtenir leur consentement libre, éclairé et préalable. Les propositions de suppression de cette mention n'ont pas été retenues. Un ajout à la fin du paragraphe précise que cet engagement est formulé « conformément aux principes applicables de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ». Le lien entre le principe de consultation de bonne foi et du consentement libre, éclairé et préalable des peuples autochtones avec la norme nouvelle, expressément prévue à l'article 3 de la Déclaration et couvrant ce principe, est ainsi assuré. Le paragraphe 4 demeure inchangé par rapport à la version précédente, ainsi que le paragraphe 5 qui qualifie la création des mécanismes institutionnels de « développement d'un cadre réglementaire international pour l'avancement des droits et aspirations des peuples autochtones du monde entier ». Les Etats poursuivent ainsi : « [n]ous nous engageons à effectuer un suivi (anglais : « *give due consideration* ») des recommandations et conseils produits par ces organes en coopération avec les peuples autochtones ». Les paragraphes 8 et 20 expriment l'engagement des Etats à coopérer avec les institutions représentatives des peuples autochtones, ce qui implique une reconnaissance de celles-ci. La plupart des droits constitutifs de la norme nouvelle énoncés dans la Déclaration sont repris dans le document final et font l'objet d'un engagement de

---

<sup>1368</sup> Document final à adopter par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014 (« quatrième version révisée »), résultant du processus intergouvernemental de négociations, 12 septembre 2014 (formée de 40 paragraphes ; transmise aux Etats membres le 15 septembre 2014), §2.

respect de la part des Etats membres. Plus encore, ceux-ci proposent des initiatives au plan des mesures institutionnelles en vue d'assurer une meilleure application de la Déclaration<sup>1369</sup>.

Le contexte général de l'élaboration du document final et les nombreux renvois du texte à la Déclaration ne laissent pas de doute quant au cadre d'interprétation du document final. Ce cadre est celui énoncé par la Déclaration, dont la clé de voûte est le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Ce cadre du déploiement du document final ainsi posé, peu importe que la norme nouvelle ne soit pas expressément citée dans le texte. Elle est inséparable du contexte de son interprétation dont elle constitue le cœur, et le document final constitue à cet égard une formulation d'engagement des Etats en vue de respecter la Déclaration dans son ensemble. La dimension juridique incontestable des instruments en cause permet de conclure que malgré leur caractère formellement non obligatoire, ils traduisent un sentiment juridique chez les Etats à travers la réaffirmation de leur engagement à respecter la Déclaration. Le document final réaffirme ainsi l'*opinio juris* dont il peut être présumé que la force s'est affermie depuis 2007 en raison du caractère cumulé du document final et de la Déclaration.

Bien que le terme d'autodétermination n'apparaisse pas de manière expresse dans les projets de Document final, il ressort des consultations informelles qu'elle est bien couverte par les références générales à la Déclaration et aux droits des peuples autochtones ainsi qu' au Document final d'Alta, initialement inclus en annexe du projet de Document final. Disposition centrale de la Déclaration, l'autodétermination se trouve logiquement au cœur de l'enjeu du Document final puisque celui-ci se présente comme un plan d'action sur les solutions institutionnelles et les moyens de mettre en œuvre la Déclaration et ses objectifs. Compte tenu de la controverse persistante ayant entouré l'interprétation de l'autodétermination durant le processus d'élaboration de la Déclaration, il peut être déduit, avec prudence, que le silence du texte sur ce point essentiel est lié à l'obstacle que représenterait, pour l'atteinte d'un consensus autour du Document final dans un temps imparti limité, la réouverture du débat sur cette question alors même que la Déclaration offre déjà une solution et un consensus général laborieusement atteint sur la question de l'autodétermination. Dans tous les cas, et cela a été souligné lors des consultations informelles, il apparaîtrait pour le moins surprenant et contraire à l'esprit du processus général des activités normatives de

---

<sup>1369</sup> *Ibid.*, §§30-33 et §§39-40.

faire une interprétation du Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones qui reviendrait sur les avancées consacrées par la Déclaration.

Le Document final a été adopté par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014 sans avoir été mis aux voix<sup>1370</sup>. Compte tenu du format solennel de la réunion de haut niveau, cette adoption par consensus est indicative du renforcement du consensus atteint depuis l'adoption de la Déclaration sept ans auparavant, suggérant une consolidation de l'*opinio juris*. Alors que des déclarations interprétatives ont pu être formulées à l'égard d'aspects du texte éloignés de la norme nouvelle<sup>1371</sup>, l'absence de réaction sur le sujet de l'autodétermination de la part des Etats auparavant réservés atteste indubitablement du consensus atteint à son égard. Le Document final, dont le contenu reprend la quatrième version révisée du projet, a été qualifié de manière répétée comme document orienté vers l'action en vue d'assurer une application effective de la Déclaration et de réduire l'écart entre théorie et pratique en matière de droits des peuples autochtones<sup>1372</sup>. Il a été souligné que la réalisation de cet objectif prend la forme d'une amélioration de la participation des peuples autochtones aux activités des Nations Unies ainsi que d'un renforcement des mécanismes institutionnels de suivi de l'O.N.U. et des mécanismes nationaux des Etats en vue de réaliser les objectifs de la Déclaration<sup>1373</sup>. C'est également l'objectif des quatre sessions interactives – incluant trois tables rondes et une réunion-débat – réunissant les représentants des peuples autochtones et des Etats, organisés durant la Conférence mondiale, les 22 et 23 septembre<sup>1374</sup>. Ce développement constitue une répétition – voire une généralisation – des engagements formulés par les Etats membres en

---

<sup>1370</sup> Résolution A/RES/69/2 « Document final de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones » (projet de résolution A/69/L.1), 4<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session, 22 septembre 2014 (texte composé de 40 paragraphes), adoptée sans vote.

<sup>1371</sup> Notamment le Saint-Siège à propos des droits sexuels et reproductifs (*Procès-verbal*, 4<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session, New-York, 22 septembre 2014, A/69/PV.4, pp. 22-23). Le Canada a annoncé son intention de déposer ultérieurement une déclaration écrite qui rappellerait sa position à propos de la Déclaration de 2007. Cet Etat y formule ses réserves vis-à-vis du consentement préalable (§§3,4, 20) assimilé à un droit de veto.

<sup>1372</sup> Ce qui a pour effet d'augmenter des attentes déjà fortes à l'égard des Etats. V. la formulation employée dans le Document final, les procès-verbaux de la Conférence (A/69/PV.4 et A/69/PV.5) et les communiqués de presse (AG/11553, AG/11554 et AG/11555 du 22 septembre 2014 ; AG/11558 et AG/11559 du 23 septembre 2014).

<sup>1373</sup> La question du renforcement des mécanismes de contrôle d'application de la Déclaration envisagé par le Document final, de même que le débat au sein de l'Instance permanente en vue d'élaborer un protocole facultatif sur ce point et les aspirations de certains peuples autochtones vers une convention multilatérale sur les droits des peuples autochtones constituent autant d'indices du passage progressif de la norme dans le droit positif.

<sup>1374</sup> Organisées le 22 septembre 2014, les deux premières tables rondes ont porté respectivement sur « l'action menée par le système des Nations Unies au service de la mise en œuvre des droits des peuples autochtones » et sur « mettre en œuvre les droits des peuples autochtones aux niveaux national et local ». La troisième table ronde portant sur « les terres, territoires et ressources des peuples autochtones » et la réunion-débat sur le thème des « priorités autochtones pour le programme de développement durable pour l'après 2015 » se sont déroulées le 23 septembre (v. *Procès-verbal*, 5<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session, New-York, 23 septembre 2014, A/69/PV.5). Ces débats ont également fourni aux Etats l'occasion de rendre compte de leur pratique interne.

2007. Le lien clairement opéré avec la Déclaration ainsi que les engagements répétés à son égard permettent d'apprécier le Document final dans le cadre d'une adoption cumulée d'instruments solennels non-obligatoires liés à la norme nouvelle par l'Assemblée générale, ayant un rôle consolidateur sur le processus coutumier<sup>1375</sup>. Bien que le terme d'autodétermination demeure absent du texte du Document final<sup>1376</sup>, il a été rendu explicite à la tribune de l'Assemblée générale, confirmant la conclusion du processus coutumier et l'appartenance de la norme nouvelle au droit positif<sup>1377</sup>. Le traitement de l'autodétermination par renvoi plutôt que par mention expresse dans le texte peut être présumé avoir favorisé le consensus et l'absence d'objection d'Etats devant l'Assemblée générale. En effet, comme le suggère l'épisode précédent de l'adoption de la Déclaration en 2007, il aurait été raisonnable de s'attendre à de telles déclarations interprétatives au cas où l'autodétermination avait été expressément rappelée. Dans ce contexte, il peut être suggéré que le silence du texte joue paradoxalement dans le sens d'une consolidation du consensus à l'égard de l'autodétermination.

Plus pour leur apport au plan de la dynamique institutionnelle qu'au plan qualitatif de la norme, il faut citer l'incorporation par les *Treaty Bodies* du cadre normatif fixé par la Déclaration dans leurs activités de suivi et par conséquent leur référence de plus en plus spécifique, bien que toujours incidente, à la norme nouvelle<sup>1378</sup>. Cette généralisation de la

---

<sup>1375</sup> Intervention de Mme Dalee Sambo Dorough, présidente de l'Instance permanente, A/69/PV.4, *doc. cit.*, 22 septembre 2014 (v. note 1371 *supra*), p. 19 : « [l]a présente réunion plénière de haut niveau doit rester pour la contribution qu'elle aura apportée, sous la forme d'un document final fondé sur des principes, un document qui doit être interprété dans le contexte du droit international, des principes du droit international coutumier et en particulier des droits de l'homme consacrés par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ».

<sup>1376</sup> V. *supra*, examen de la quatrième version révisée du texte, qui constitue le texte définitif du Document final adopté.

<sup>1377</sup> Intervention de Mme Dalee Sambo Dorough, présidente de l'Instance permanente, A/69/PV.4, *doc. cit.*, 22 septembre 2014 (v. note 1371 *supra*), p. 18, qualifiant le droit à l'autodétermination de norme impérative consacrée par la Charte des Nations Unies, les Pactes internationaux de 1966, la Déclaration relative aux relations amicales entre Etats (Résolution 2625) et la D.N.U.D.P.A, et poursuivant ainsi : « [l]es droits des peuples autochtones qui recourent les dispositions du droit international coutumier sont [...] le droit à l'autodétermination... ». Cette formulation fait écho à celles de l'A.D.I. et des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. déjà formulées dans le même sens. V. aussi dans ce sens les déclarations du président de l'Assemblée générale, Sam K. Kutesa (Ouganda) et de la représentante autochtone Rigoberta Menchú Tum (Guatemala) (pp. 19-21).

<sup>1378</sup> Au premier rang desquels le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la discrimination raciale dont il convient de rappeler la contribution de la quasi-jurisprudence précédente au processus coutumier à un stade plus précoce. L'Instance permanente a ainsi proposé au Comité des droits de l'homme d'interpréter les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de manière combinée avec la Déclaration, notamment dans ses observations générales pertinentes n° 12 et n° 23 (E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §42 p. 8). L'article 1 des Pactes est ainsi appelé à être renforcé par l'article 3 de la Déclaration. Le Comité contre la discrimination raciale inclut parmi ses mécanismes de suivi un compte-rendu sur les peuples autochtones (v. *Directives pour l'établissement du document se rapportant spécifiquement à la Convention sur*

référence à la norme y compris parmi des organes institutionnels dépourvus de compétences ou d'un intérêt spécifique à son égard reflète l'état de maturation achevé du consensus à son égard.

Outre l'O.N.U., d'autres organisations internationales, à vocation cette fois régionale, ont contribué à la finalisation du passage de la norme vers la *lex lata*, au moyen notamment de leurs propres mécanismes de suivi jouant à certains égards un rôle quasi-jurisprudentiel. Parmi ces organisations, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples semblent particulièrement actives. La qualification méthodologique de « quasi-jurisprudence » reflète le caractère mixte des décisions de ces organes, à mi-chemin entre le rôle exhortatoire et de supervision d'une part et la jurisprudence d'autre part. Bien qu'au plan formel il ne s'agisse pas de jurisprudence, ces décisions sont difficilement susceptibles d'être ignorées par les Etats en raison du rôle prééminent des organes les émettant et des moyens de suivi importants. Témoin de ce caractère hybride, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a la faculté de transmettre les requêtes pour violation de la Convention interaméricaine dont elle est saisie à la Cour interaméricaine des droits de l'homme lorsque son action s'avère inefficace. En rapprochant l'échelle de formation du droit des Etats, ces organisations internationales constituent un relais régional au parachèvement du passage de la norme dans la *lex lata*. Ainsi s'affine une doctrine de la norme adaptée au contexte régional et répondant aux préoccupations des Etats de manière plus directe que la doctrine générale reflétée par la Déclaration. En d'autres termes, les applications régionales, contextuelles et circonstanciées de la norme permettent de pallier aux inquiétudes et aux réserves qui avaient pu être exprimées par certains Etats lors du vote à l'Assemblée générale.

Possédant également un Rapporteur sur les droits des peuples autochtones, le système interaméricain des droits de l'homme est le théâtre d'une étroite coordination entre les activités de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans la promotion de la mise en œuvre de la Déclaration. L'activité de la Commission témoigne de son engagement à promouvoir

---

*l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale présenté par les Etats parties conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention, C.E.R.D., 13 juin 2008, CERD/C/2007/1, §12 p. 3, I.C.1 p. 11, I.E.6 p. 13, II.A.3 p. 14 (se référant à la recommandation générale n° 23 de 1997). Pour la jurisprudence précédente, v. partie I, titre 2, et Raija HANSKI, Martin SCHEININ, *Leading Cases of the Human Rights Committee*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku, 2007, 506 p.*

l'application de la Déclaration, comme l'illustre la publication depuis 2007 de deux rapports thématiques portant sur des questions liées à la mise en œuvre du droit des peuples autochtones à l'autodétermination<sup>1379</sup>. Cette dynamique de renforcement mutuel des organes du système interaméricain, mêlant jurisprudence et décisions de forces juridiques variables, offre le cadre propre à parachever le passage de la norme dans la *lex lata* porté par la doctrine interaméricaine spécifique.

En tant qu'entité autonome entretenant des liens de coopération avec l'Union africaine, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est en charge de la protection et de la promotion des droits de l'homme – y compris collectifs – sur le continent africain, notamment en interprétant la Charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples de 1981. Organe subsidiaire de la Commission créé en 2000, le Groupe de travail d'experts sur les populations/communautés autochtones en Afrique compte comme partie de son mandat la promotion et la protection du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le cadre de l'article 20 de la Charte. Le système de Rapporteur spécial est également à l'étude. Un avis consultatif de la Commission de 2007 a approuvé le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones juste avant son adoption, tout en précisant sa compréhension d'une portée exclusivement interne du droit des peuples autochtones à l'autodétermination par une lecture combinée des articles 3, 4 et 46<sup>1380</sup>. La Commission appuie cette interprétation sur sa propre jurisprudence antérieure constante ainsi que sur l'article 20 de la Charte africaine de 1981 qui qualifie le droit des peuples à l'autodétermination d'imprescriptible et inaliénable car lié au droit de tout peuple à l'existence. Enfin, la Commission appelle les Etats membres à voter en faveur de l'adoption de la Déclaration à l'Assemblée générale. La Commission africaine a entériné l'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale des Nations Unies dans une résolution portant adoption

---

<sup>1379</sup> *Principal Guidelines for a Comprehensive Reparations Policy*, 19 février 2008, OEA/Ser/L/II.131 – Doc. 1, §13 p. 4 et §15 p. 5 qui identifie les peuples autochtones comme des groupes vulnérables à la discrimination et méritant une attention particulière de l'Etat, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine (v. note 20 p. 5) ; *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources – Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, 30 décembre 2009, OEA/Ser.L/V/II – Doc. 56/09, 140 p.

<sup>1380</sup> *Avis consultatif de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Commission lors de sa 41<sup>e</sup> session ordinaire, Accra (Ghana), mai 2007, §§18 et 22. De manière révélatrice, ce dernier paragraphe semble reconnaître l'évolution du droit des peuples à l'autodétermination comme la conséquence notamment du mouvement de revendication des droits autochtones : « Il demeure cependant que la notion d'autodétermination a évolué avec l'accroissement des revendications des populations autochtones dont le droit à l'autodétermination est exercé dans les normes et selon les modalités compatibles avec l'intégrité territoriale des Etats-nations dont elles font partie ». V. aussi C.A.D.H.P. Res. 121 (XXXXII) 07, 42<sup>e</sup> session, et les rapports du Groupe de travail d'experts.

d'un communiqué<sup>1381</sup>. Le Communiqué qualifie la Déclaration de « document très important pour la promotion et la protection des droits des peuples autochtones dans le monde entier, y compris sur le continent africain ». Mentionnant les droits collectifs et reconnaissant une participation réelle des peuples autochtones aux travaux préparatoires, le Communiqué poursuit en constatant que la Déclaration, adoptée à une majorité écrasante, a été soutenue par une grande majorité des Etats africains dont aucun n'a voté contre le texte. Enfin, le Communiqué conclut en affirmant que la Déclaration est conforme à la position et aux activités de la Commission. Ce relais régional dans la mise en œuvre de la Déclaration peut être présumé renforcer et accélérer la phase ultime du processus coutumier.

Précisément au sein de l'activité de cette organisation internationale postérieure à l'adoption de la Déclaration, la Commission a adopté en 2009 une décision importante en l'affaire *Endorois Welfare Council c. Kenya*<sup>1382</sup>. Si la décision ne conclut pas à une violation de l'article 20 de la Charte africaine, elle se réfère néanmoins au droit à l'autodétermination dans le contexte des peuples autochtones, que la Commission interprète en s'appuyant notamment sur les observations du Rapporteur spécial de l'O.N.U.<sup>1383</sup> Dans ce contexte, la Commission cite également la Déclaration de 2007, indice de sa contribution au passage progressif de la norme dans la *lex lata*<sup>1384</sup>. Citant la plupart des droits constitutifs de l'autodétermination autochtone dont le principe procédural de la consultation de bonne foi<sup>1385</sup>, la décision ordonne finalement un retour de ressources foncières aux plaignants autochtones et conditionne l'exécution de ses conclusions à l'établissement d'un processus de dialogue entre le peuple autochtone affecté et l'Etat défendant. Faisant écho à la logique à l'œuvre dans de nombreuses autres décisions jurisprudentielles et quasi-jurisprudentielles de la période ayant suivi l'adoption de la Déclaration, l'examen de cette décision semble mettre en évidence une omniprésence de la nouvelle norme dans les raisonnements jurisprudentiels pertinents, norme dont l'interprétation coïncide au système structurel mis en évidence précédemment. La norme se confond désormais avec le cadre normatif pertinent en matière de droits des peuples autochtones. La mise en œuvre de la décision *Endorois* a fait l'objet d'un processus de suivi concerté, consolidant un peu plus la pratique pertinente.

---

<sup>1381</sup> C.A.D.H.P., Résolution n° 121 du 28 novembre 2007, Brazzaville, 42<sup>e</sup> session ordinaire, portant adoption du communiqué sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

<sup>1382</sup> *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya*, C.A.D.H.P., affaire n° 276/03, décision du 25 novembre 2009, définitivement approuvée le 4 février 2010.

<sup>1383</sup> *Ibid.*, §§129 et 212.

<sup>1384</sup> *Ibid.*, §§81, 83, 123, 204 et 232.

<sup>1385</sup> *Ibid.*, §§130 et 293.



Cette omniprésence de la norme coutumière nouvelle dans le raisonnement de la Commission apparaît comme un indice d'autant plus probant de son passage dans la *lex lata* qu'elle est généralement appréhendée dans le cadre de la Déclaration non obligatoire qui la contient. En effet, de tels renvois fréquents à un instrument dénué de force juridique obligatoire apparaissent difficilement explicables autrement que par la présomption que les normes contenues sont investies d'une force juridique excédant la *lex ferenda*. En effet, l'examen de l'essence de ces renvois montre qu'ils ne visent pas seulement à éclairer le raisonnement des institutions ou l'interprétation du cadre juridique, mais qu'ils portent sur des normes constitutives mêmes du cadre juridique applicable et susceptibles d'être appliquées dans les cas d'espèce concernés. En l'espèce, l'omniprésence de la norme nouvelle semble affecter non seulement le raisonnement de la Commission en l'affaire *Endorois*, mais également la quasi-jurisprudence ainsi établie, en témoignent plusieurs décisions postérieures placées dans les pas d'*Endorois*<sup>1386</sup>. D'autre part, les références à des sources et à des institutions d'autorité ainsi que la caractérisation du vote des Etats à l'Assemblée générale peuvent être raisonnablement acceptées comme traduisant au moins indirectement la prise de conscience collective chez les Etats de la nécessité sociale de la nouvelle norme, prélude à la présomption de leur intention ou acceptation d'être liés par elle.

### *B – Influence des recommandations et supervisions sur les comportements des Etats*

Comme constaté pour la jurisprudence internationale régionale, les recommandations et observations des mécanismes institutionnels exhortatoires et de suivi semblent généralement suivies par les Etats malgré quelques contrexemples. L'autorité de ces acteurs et leur capacité à développer les attentes créées par la Déclaration offrent une courroie de transmission puissante pour la mise en œuvre d'une jurisprudence internationale régionale souvent dénuée de force juridique obligatoire et à faible degré exécutoire. Ces institutions et procédures de suivi présentent un point qui ne manque pas d'intérêt quant au déploiement du processus coutumier. Comme il a pu être relevé incidemment, celles-ci semblent jouer un

---

<sup>1386</sup> C.A.D.H.P. : *Samuel T. Muzerengwa et 110 autres c. Zimbabwe*, affaire n° 306/05, décision du 3 mars 2011 ; communication en l'affaire *Ogiek c. Kenya* référée à la Commission en 2012.

rôle analogue à celui de l'analyste ou du juge dans l'identification de la pratique<sup>1387</sup>. En effet, l'exemple des rapports pays du Rapporteur spécial met remarquablement en exergue la tendance à une certaine collusion entre verbalisation et construction de la pratique et de l'*opinio juris*. Ces mécanismes institutionnels opèrent un lien conceptuel parfois tu par les Etats entre leurs comportements et l'article 3 de la Déclaration, exerçant ainsi un effet ordonnateur sur le processus coutumier<sup>1388</sup>. Ce sont enfin leurs interprétations de la Déclaration qui sont projetées sur les comportements des Etats<sup>1389</sup>.

Les mécanismes se renforcent mutuellement, contribuant à augmenter la pression sur les Etats en vue de se conformer aux attentes et aux aspirations formulées par la Déclaration. Outre sa complémentarité avec l'Instance permanente et le Mécanisme d'experts, le Rapporteur spécial s'appuie également sur les recommandations de l'Examen périodique universel, du Comité contre la discrimination raciale ou encore du Comité des droits de l'homme pour en mesurer l'application par les Etats<sup>1390</sup>. L'acceptation progressive par les Etats des normes interprétées par les mécanismes institutionnels semble être attestée par l'exemple de certains Etats invitant d'eux-mêmes les mécanismes de suivi à venir superviser leurs comportements internes, à l'exemple de la Colombie qui s'était pourtant abstenue lors du vote initial<sup>1391</sup>.

---

<sup>1387</sup> V. examen de la position du juge ou de l'analyste pp. 131-134 *supra*.

<sup>1388</sup> V. *inter alia* la référence du Comité des droits de l'homme à l'autodétermination ou à l'article 1 commun aux deux Pactes comme cadre pertinent en matière de participation des peuples autochtones aux processus de prise de décision : CCPR/C/79/Add.109, CCPR/C/79/Add.112, CCPR/CO/69/AUS et CCPR/CO/74/SWE. Les réactions et mesures prises par les Etats dans leur ordre interne (v. *supra*) semblent se conformer à ce cadre posé. Concernant le Mécanisme d'experts, v. rapport d'étape A/HRC/EMRIP/2010/2, §11 p. 5 et les réponses obtenues des Etats (notamment in A/HRC/EMRIP/2013/3 ou encore A/HRC/EMRIP/2013/CRP.1) confirmant l'acceptation au moins tacite par les Etats du cadre posé par le Mécanisme d'experts.

<sup>1389</sup> V. notamment l'avis n° 1 (2009) du Mécanisme d'experts sur l'éducation précité ; A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*), appendice A pp. 21-35 (sur l'obligation de consulter). Il faut rappeler que les mandats des trois mécanismes institutionnels de l'O.N.U. incluent, sous des formes et à des degrés divers, la promotion de l'application de la Déclaration et l'élargissement du consensus autour de cet instrument. L'application parfois imposée de l'interprétation de la Déclaration qu'en font les mécanismes institutionnels souligne l'ambiguïté entre précision et développement du droit (v. A/HRC/15/37/Add.1, *doc. cit.*, 15 septembre 2010 (v. note 1002 *supra*), §§220-221 p. 98). Cette application imposée s'installe durablement par le suivi régulier de l'application des recommandations formulées lors des rapports précédents. Par leur recensement méticuleux de la pratique, les procédures et rapports semblent jouer à cet égard un rôle similaire en matière de construction ou d'assemblage de la pratique que les recueils ou compilations de la pratique des Etats qui peuvent être élaborés dans d'autres domaines. La perspective fournie par ces acteurs a pour effet d'ordonner la pratique.

<sup>1390</sup> Comme le montrent les divers exemples *supra*, v. *inter alia* A/HRC/12/34/Add.6, *doc. cit.*, 5 octobre 2009 (v. note 1025 *supra*).

<sup>1391</sup> E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §51 p. 10.

Les comportements des Etats sont enfin rationalisés par l'action des mécanismes institutionnels mandatés et tendent ainsi vers une plus grande constance et un plus grand affermissement. Au caractère constant des recommandations des mécanismes institutionnels répond un mouvement de progression de l'ordonnancement qualitatif et quantitatif de la pratique chez les Etats et du caractère conscient de sa mise en œuvre, autrement dit de structuration des deux éléments du processus coutumier vers une constance et un affermissement accrus. Constamment sollicité, le sentiment de droit est stimulé chez les Etats par les attentes portées par les procédures de suivi et de recommandation en matière d'application de la Déclaration<sup>1392</sup>. A noter que l'activité exhortatoire des mécanismes institutionnels est en outre renforcée par l'activisme de certaines organisations non-gouvernementales en matière de droits autochtones, du moins par les plus proéminentes de la société civile. Elles contribuent également à influencer sur l'orientation des comportements des Etats au plan interne au moyen de recours juridictionnels, de projets de réforme législative ou constitutionnelle ou encore de participation aux activités et procédures des mécanismes de l'O.N.U. Offrant un puissant levier stimulant la généralisation de la prise de conscience chez les Etats, la participation de la société civile apparaît particulièrement active au stade de finalisation du processus coutumier dans les procédures de communication et d'enquête du Rapporteur spécial et dans les activités de préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones.

## Chapitre 2 – Un processus de concrétisation des normes

Le passage définitif de la norme dans la *lex lata* se double d'un processus continu de précision de son contenu et de sa portée répondant à la souplesse de sa source coutumière (section 1). La validation définitive *a posteriori* de ce passage, intervenu peu après 2007 et achevé avant 2014, est corroborée par l'examen de certains éléments qualitatifs et quantitatifs relatifs au processus coutumier (section 2).

---

<sup>1392</sup> Parmi les autres procédures déjà décrites, v. les procédures de communications et d'enquête du Rapporteur spécial ou les questionnaires adressés aux Etats par l'Instance permanente et les réponses reçues lors de sa dixième session (Etats-Unis d'Amérique, Australie, Bolivie, Finlande, Union européenne).

## Section 1 – La pratique ultérieure : précision de la portée des normes à l’occasion de leur application

La conclusion du processus coutumier aboutit à un mouvement évolutif ouvert de précision permanente du contenu de la nouvelle norme coutumière à l’intérieur de son cadre structurel fixé par le processus coutumier. Les conditions de sa normativité sont néanmoins désormais validées (§1). Certaines évolutions plus radicales demeurent possibles à l’avenir, notamment en termes de portée de la norme ou de codification éventuelle (§2).

### *§1 – Un processus continu de précision de la norme*

L’ambiguïté permanente entre codification et développement du droit, entre création de normes nouvelles et précision du cadre juridique existant – qui implique par essence une démarche partiellement créative – est matérialisée par la Déclaration qui apparaît comme mêlant ces deux aspects. Cette ambiguïté résulte d’une confusion générale des perspectives à partir desquelles la norme est considérée. Considérée du point de vue de la doctrine générale des droits de l’homme, la norme résulte d’une interprétation contextuelle du droit général des peuples à l’autodétermination. Cela se justifie notamment par le caractère absolu des droits de l’homme – certes relatifs dans leur interprétation. En particulier, l’intégrité des droits de l’homme tend à reposer sur le principe de déploiement plutôt que de développement de ce corpus normatif dont les droits feraient l’objet non d’un développement mais d’un déploiement et d’une reconnaissance. La part de fiction juridique de cette conception est dictée par les fondements philosophiques et théoriques de l’idée des droits de l’homme. Cette logique sous-tend le discours de la doctrine générale fort bien relayé par le Rapporteur spécial lorsqu’il souligne que la Déclaration ne crée pas de droits nouveaux ou spéciaux au bénéfice des peuples autochtones, mais se limite à préciser l’application du cadre juridique général existant dans le contexte particulier des peuples autochtones<sup>1393</sup>.

Par contraste, considéré du point de vue des dynamiques de fonctionnement et de développement du droit international général, il ne peut faire de doute que la norme à l’étude fait l’objet d’un processus d’émergence, donc de création puisque son existence actuelle fait

---

<sup>1393</sup> V. note 2 *supra*.

suite à son inexistence dans le corpus du droit international il y a quelques décennies. En réalité, le principe d'une « reconnaissance » accrédite l'idée d'un établissement rétrospectif de la norme dont l'inexistence dans la *lex lata* jusqu'à une période récente ne fait pas de doute. En effet, il ressort de l'examen que la norme à l'étude a commencé à exister dans la *lex ferenda* autour de 1980 avec l'émergence des préoccupations de l'O.N.U. vis-à-vis des questions autochtones et comme résultat d'une amorce plus ancienne du processus coutumier. Elle a achevé son lent passage vers la *lex lata* en passant définitivement dans le droit positif peu après 2007 et avant 2014. Les différents paliers de normativité entre ces deux points extrêmes, dont la traçabilité temporelle précise apparaît impossible et du reste inutile, ont pu voir passer la norme par plusieurs stades de puissance juridique. Résultant de revendications formulées par les peuples autochtones, la norme a pu notamment être d'abord permissive, c'est-à-dire insusceptible d'engager la responsabilité des Etats qui la respecteraient. Elle a ensuite semblé matérialiser une forte exhortation puis pression à l'égard des Etats en vue de son respect. La force de la pression, et le caractère de plus en plus inévitable de l'appréciation des comportements étatiques de manière située par rapport à la norme, ont conduit au passage de celle-ci dans la *lex lata* comme norme prescriptive. Ce passage peut être présumé achevé lorsque l'utilisation par les commentateurs légitimes et mandatés de la norme comme étalon des comportements des Etats est devenue systématique et constante, autrement dit lorsque l'interprétation des comportements pertinents des Etats n'est plus concevable en dehors de son cadre. Enfin, depuis son passage définitif dans la *lex lata*, la norme peut raisonnablement être considérée comme obligatoire à l'égard des Etats et de plus en plus susceptible d'une justiciabilité, c'est-à-dire d'une mise en jeu d'une certaine forme de responsabilité – pour le moment atténuée – de l'Etat pour sa violation. Apparaissant par degrés, la justiciabilité se manifeste comme un élément non constitutif mais confirmatoire du statut obligatoire de la norme<sup>1394</sup>. Il s'agit à ce stade d'examiner le déploiement de cette ambiguïté constante entre enracinement et évolution ou entre constance et souplesse de la norme dans la période finale du processus coutumier et après son achèvement.

---

<sup>1394</sup> Ce qui fait écho au rappel de la C.I.J. : « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception » (*Sud-Ouest africain* (Ethiopie et Liberia c. Afrique du Sud), arrêt, 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, §86 p. 46).

A – Précision du contenu et de la portée de la norme à la faveur de son application contextuelle

La conclusion du processus coutumier avec le passage de la norme à l'étude dans la *lex lata* n'empêche pas pour autant certains de ses aspects de demeurer vagues, tout comme à l'inverse ces déficiences apparentes n'avaient pas posé obstacle au processus coutumier ni à l'application générale de la norme. La persistance de certains aspects indéfinis semble au contraire offrir la possibilité d'une application souple et contextuelle de la norme en cause en restant dans le cadre général issu du processus coutumier. Ces aspects moins formalisés constituent ainsi le terreau de l'évolution à venir de la norme.

Premièrement, la notion de peuple autochtone continue de faire l'objet de tentatives fluctuantes de définition après l'adoption de la Déclaration, malgré le fondement solide fourni par les définitions de travail élaborées dans le cadre des travaux de l'O.N.U. et examinés précédemment<sup>1395</sup>. Il est vrai que la Déclaration demeure silencieuse sur ce point. A titre d'illustration de ces tentatives ultérieures, il suffit de faire état de certaines tendances de la part de l'O.I.T. à accorder une importance accrue au critère, habituellement confirmatoire, de l'existence d'un mode de vie distinct du reste de la population<sup>1396</sup>. Ce raisonnement apparaît discutable eu égard au rapport de ce critère à l'indigénité : l'identité de chaque groupe distinct est susceptible de reposer dans une certaine mesure sur un mode de vie distinct sans pour autant être autochtone, et à l'inverse certains peuples autochtones se retrouvent souvent partiellement assimilés culturellement. Ces restrictions d'ordre culturel ou traditionnel, qui se retrouvent notamment dans la doctrine australienne du titre autochtone sous l'empire de la *Common law* contrastant avec le régime général flexible appliqué aux Etats-Unis d'Amérique, subsistent chez certains commentateurs, bien que les déficiences d'une telle approche minoritaire et son incapacité à produire une définition opérationnelle du peuple autochtone aient été abondamment constatées<sup>1397</sup>. A noter également l'emploi, certes marginal, d'expressions confuses telles que « les droits à l'autodétermination » – au pluriel, dans un contexte tendant parfois à rapprocher la norme des droits individuels. Ces formulations, qui

---

<sup>1395</sup> V. pp. 158-166 *supra*.

<sup>1396</sup> Rapport précité sur la protection constitutionnelle et législative des droits des peuples autochtones en Egypte, 2009 (v. note 1146 *supra*), pp. 15-16 : “Although the Copts are aboriginal to Egypt, have their own distinct identity based on an indigenous Christian sect and tradition and see themselves as being distinct, and suffer discrimination and marginalisation, they do not constitute an indigenous group in the way the term is conceptualised in this study. They do not have a traditional way of life that separates them from the mainstream society of Egypt.” Ce critère apparaît pour le moins arbitraire et peu opérationnel.

<sup>1397</sup> V. pp. 46-62 *supra*.

présentent le risque dangereux de diluer l'efficacité juridique de la norme à l'étude, semblent devoir rester isolées, si bien qu'il est possible de se demander s'il ne s'agirait pas là de simples ignorances ou imprécisions conceptuelles chez leurs auteurs.

Autre élément susceptible de faire évoluer le contenu et la portée de la norme à l'avenir, les approches transnationales et les amorces d'exercice régional du droit des peuples autochtones à l'autodétermination déjà signalés<sup>1398</sup>. Les débats, travaux, procédures et études des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. ont d'ailleurs souvent pour objectif de dégager les bonnes pratiques des Etats et les meilleurs moyens possibles en vue d'appliquer la Déclaration, et chaque session annuelle contribue à contextualiser et à concrétiser un peu plus l'exercice de la norme à l'étude dans tous ses aspects, y compris éventuellement nouveaux, qui sont de plus en plus placés explicitement dans le champ de l'article 3<sup>1399</sup>. L'approche répétée de la réalisation progressive de l'autodétermination autochtone en termes de degré<sup>1400</sup> suggère qu'il demeure une marge d'évolution qualitative de la norme. Notamment, le développement de l'interprétation est susceptible de se poursuivre portant sur diverses formes d'exercice et de portée de droits constitutifs tels que les droits fonciers, les droits culturels, les droits économiques ou encore l'exploration de la diversité d'arrangements novateurs possibles en termes d'autonomie politique ou auto-administration et de représentation ou participation.

D'autres droits entretenant un lien moins direct mais toutefois réel avec l'essence de l'autodétermination pourraient également acquérir une importance accrue à l'avenir et enrichir la liste des droits constitutifs de la norme. Ce développement vers un enrichissement du droit-cadre pourrait être favorisé par le caractère de droit premier de l'autodétermination conditionnant l'exercice des autres droits de l'homme, autrement dit par le lien de proximité

---

<sup>1398</sup> V. notamment les consultations régionales menées par le Rapporteur spécial en Asie confirmant une conception souple, malléable et évolutive de la norme à l'étude (A/HRC/24/41/Add.3, *doc. cit.*, 31 juillet 2013 (v. note 1208 *supra*), §2 p. 4, §36 p. 11, §§42-43 p. 12, §55 p. 14) ou encore l'approche transfrontalière de l'analyse de la situation des Sami par le Rapporteur spécial (A/HRC/18/35/Add.2, *doc. cit.*, 6 juin 2011 (v. note 1076 *supra*), §§33-36 pp. 10-11). Dans une certaine mesure, l'exercice de l'autodétermination autochtone apparaît déterritorialisé (*Ibid.*, pp. 1-2) bien que l'exercice de l'autodétermination interne au niveau national *via* les parlements sami nationaux est aussi pris en compte (p. 2).

<sup>1399</sup> A/HRC/24/41, *doc. cit.*, 1<sup>er</sup> juillet 2013 (v. note 1185 *supra*), §§9-11 p. 5 ; E/2008/43 – E/C.19/2008/13, *doc. cit.*, 2008 (v. note 1325 *supra*), §45 p. 10, §93 p. 18, §137 p. 24.

<sup>1400</sup> E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §5 p. 2, plaidant pour « un degré plus large d'autodétermination » ; A/HRC/EMRIP/2011/2, *doc. cit.*, 26 mai 2011 (v. note 484 *supra*), §18 p. 5 selon lequel les processus décisionnels et organes de décision autochtones « reflètent [...] très clairement le degré d'autodétermination et d'autonomie des peuples autochtones » ; A/HRC/18/35/Add.3, §38 p. 12, invoquant la réalisation « du meilleur degré possible d'autodétermination autochtone ». La norme nouvelle se conceptualise donc en un cadre large et adaptable encadrant l'exercice contextuel de formes et de degrés variables en fonction des aspirations et de critères des peuples autochtones.

logique de l'autodétermination avec d'autres droits pour l'instant distincts. Un tel développement serait conforme à la logique retenue notamment dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966.

Outre la précision et l'affinement de la relation dialectique mutuelle entre l'autodétermination comme droit-cadre et ses droits constitutifs et principes d'application<sup>1401</sup>, l'incertitude qui demeure ainsi que l'antagonisme entre les positions des Etats et celles des peuples autochtones sur la question de la portée de la norme pourraient appeler des évolutions à venir sur ce point. Comme souligné précédemment<sup>1402</sup>, tant le régime général du droit des peuples à l'autodétermination<sup>1403</sup> que les intentions clairement exprimées des Etats lors des travaux préparatoires des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et de la Déclaration ou encore les conclusions de la présente étude convergent vers la position d'une absence de dimension externe du droit des peuples à l'autodétermination, tant sous le régime général que dans son application particulière aux peuples autochtones. Cependant, la porte semble demeurer entrouverte par les peuples autochtones eux-mêmes qui insistent sur l'inclusion de la dimension externe du droit. Les raisons de non-discrimination qu'ils avancent pour soutenir leur revendication apparaissent peu convaincantes, eu égard à l'absence en principe de dimension externe dans le régime général. De fait, toute évolution sur ce point devrait selon toute logique suivre celle du régime général, et certaines controverses actuelles sur l'existence d'un hypothétique droit à la sécession remède pourraient bien prêter un fondement doctrinal aux évolutions futures de la portée de la norme nouvelle.

Un tel développement pourrait être appelé par la question de savoir comment une norme obligatoire peut faire l'objet d'une négociation dans sa mise en œuvre sans perdre *ipso facto* sa qualité essentielle de droit. Comme observé<sup>1404</sup>, si le cadre fourni par les droits constitutifs apparaît non-négociable, l'application de ce droit-cadre fait quant à elle l'objet d'une négociation entre Etat et peuples autochtones, conformément au principe de

---

<sup>1401</sup> V. notamment la *Déclaration d'Anchorage* (Alaska) du 24 avril 2009, adoptée par consensus des participants du Sommet global des peuples autochtones sur le changement climatique ; doc. E/C.19/2010/CRP.4 « Un cadre de développement humain intégrant la notion d'autodétermination et de développement vu sous l'angle de l'identité des peuples autochtones » que l'Instance permanente recommande à l'attention des Etats, v. E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §26 p. 6.

<sup>1402</sup> V. pp. 320-333 *supra*.

<sup>1403</sup> Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *op. cit.*, 2009 (v. note 37 *supra*), n° 344 pp. 584-585 ; Milenko KREĆA, *Међународно јавно право (« Droit international public »)*, 7<sup>e</sup> édition, Belgrade, Faculté de Droit, 2014, p. 151.

<sup>1404</sup> V. pp. 315-318 *supra*.



consultation de bonne foi. Autrement dit, la négociation fait partie intégrante du système formé par la norme. Dans son essence, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination matérialise leur droit à une existence politique propre à préserver leur intégrité, ce qui est couvert par les diverses notions analogues de négociation, dialogue, participation, consultation, consentement, démocratie, représentation ou encore partenariat. C'est ce principe démocratique universel, découlant du principe éthique d'unité dans la diversité, qui préside à un partage négocié du pouvoir<sup>1405</sup>. Les droits constitutifs de la norme en sont le contenu ; la négociation de bonne foi en exprime l'aspect formel ou le principe d'application. Il peut être présumé raisonnablement qu'afin de valider le respect de la norme, la forme apparaît au moins aussi importante que le contenu, dans la mesure où le principe guide l'application du droit. La pratique actuelle vient corroborer cette hypothèse<sup>1406</sup>, révélant que si le contenu est appelé à varier dans le cadre posé en fonction de l'auto-identification, du contexte spécifique et des aspirations subjectives de chaque peuple autochtone, la forme demeure une constante indispensable à la légitimation de chaque exercice de la norme. La subordination de la réalisation du contenu à la condition de la consultation de bonne foi est telle qu'une méconnaissance ou une insuffisance de ce principe d'application – aspect formel – aboutit souvent à invalider le respect de la norme. En présence d'un contenu à géométrie variable, contextuel et relatif dans le cadre défini par le droit international, il peut être déduit que le principe d'application, absolu au sens de nécessaire, constitue en réalité l'essence véritable et l'épine dorsale d'une norme aussi essentielle dans l'édifice du droit international que le droit des peuples à l'autodétermination.

---

<sup>1405</sup> Ces développements suggérant la tendance évoquée précédemment (v. pp. 320-333 et 358-359 *supra*) vers une souveraineté de l'Etat de plus en plus conditionnelle et soumise à l'idée de légitimité trouvent écho dans une partie de la doctrine contemporaine : Douglas A. ROSS, Edward W. McWHINNEY, Grigory I. TUNKIN, *From Coexistence to Cooperation : International Law and Organization in the Post Cold-War Era*, Martinus Nijhoff Publishers (Kluwer Law International), 1992, 312 p. ; Proposition de la Principauté du Liechtenstein aux Nations Unies concernant le droit des peuples à l'autodétermination, 1993 ; Edward W. McWHINNEY, *Judge Manfred Lachs and Judicial Law-Making – Opinions on the International Court of Justice, 1967-1993*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, 1995, 421 p. ; Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *International Law for Mankind – Towards a New Jus Gentium*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Leiden, Brill/Martinus, 2013, 750 p. ; *The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, 1700 p. (v. aussi *R.C.A.D.I. 2005*, tomes 316-317, La Haye, 2006) ; Lina LAURINAVIČIŪTĖ, « « Peoples »: The Perspective of International Public Law », *Jurisprudencija/Jurisprudence*, Université Mykolas Romeris, Vilnius, tome 20, n° 1, 2013, pp. 93-94.

<sup>1406</sup> Comme le montre l'examen des comportements des Etats *supra*, orientés et consacrés par les activités normatives des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. A cet égard, il n'est pas fortuit que la treizième session annuelle de l'Instance permanente sur les questions autochtones (12-23 mai 2014) ait adopté comme point 3 de son ordre du jour la question relative aux « principes de bonne gouvernance conformément à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : articles 3 à 6 et 46 ». Ces articles contiennent précisément les dispositions relatives au droit des peuples autochtones à l'autodétermination.

Le respect ou la violation de la forme serait ainsi susceptible d'avoir une incidence sur la légitimité de l'Etat en tant que représentant de sa population<sup>1407</sup>. Lorsque la forme est respectée, la portée de la norme ne peut être qu'interne car la consultation de bonne foi est présumée conduire à la mise en œuvre consensuelle et mutuellement agréée du contenu au sein du cadre absolu et quant à lui non négociable. Le droit à l'autodétermination externe ne serait alors susceptible d'émerger que dans le cas unique et précis d'une méconnaissance substantielle de la forme par l'Etat<sup>1408</sup>. Dès lors que cette condition adviendrait, l'Etat serait présumé avoir perdu sa légitimité en tant que représentant du peuple autochtone affecté, et la situation rejoindrait alors le cadre doctrinal incertain du droit à la sécession remède<sup>1409</sup>. Le peuple autochtone se verrait alors octroyer un droit à l'autodétermination externe en vertu du droit international et nonobstant la position du droit interne de l'Etat sur ce point. Alors que le droit à l'autodétermination interne est susceptible de s'exercer sous des formes déterritorialisées, le droit à l'autodétermination externe ne pourrait prendre la forme que d'une sécession. Ainsi, en dehors des cas mutuellement agréés, le droit à l'autodétermination externe, à supposer qu'il corresponde à une quelconque réalité juridique, revêtirait toujours un aspect remède. Ce cas spécifique des peuples autochtones qui s'insère dans le régime général

---

<sup>1407</sup> La forme joue ici un rôle analogue à celui du principe, par opposition au droit, comme cadre abstrait encadrant l'interprétation d'un droit quant à lui d'essence concrète (pour cette distinction, v. Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007 (v. note 189 *supra*), pp. 155-157). Alors que le droit répondrait à une fin déterminée, le principe guidant l'application du droit serait gouverné par l'idée de justice et d'équité : v. Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth / Harvard University Press, 1977, p. 22 ; Joseph RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, n° 81, 1972, p. 838 ; Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 20.

<sup>1408</sup> Et seulement par l'Etat. Pour des raisons évidentes, la méconnaissance de la forme par les peuples autochtones ne saurait ouvrir la voie à un exercice externe de leur droit à l'autodétermination. La méconnaissance de la forme par l'Etat doit être substantielle et ne peut se résulter de simples négociations difficiles. L'Etat doit rejeter le principe même de la consultation de bonne foi. Ainsi, bien que la consultation de bonne foi doive être substantielle, sincère et véritable, la conséquence d'une limitation de l'Etat à une approche strictement formelle de la consultation semble peu claire. Ce critère restrictif répond aux conditions généralement définies par la doctrine en matière de non-représentativité légitime de l'Etat dans les cas ouvrant la voie à des scénarios de sécession remède au bénéfice de groupes humains indépendamment de leur qualité ou non de peuple. De plus, la violation ne peut être constatée par les peuples autochtones eux-mêmes, mais doit l'être soit par l'Etat lui-même (ce qui apparaît peu vraisemblable) soit par l'O.N.U. qui apparaît seule investie de la légitimité et de l'impartialité nécessaire.

<sup>1409</sup> En raison d'une obligation présumée des Etats de protéger leur population contre des actes de génocide, de nettoyage ethnique ou encore de crime contre l'humanité. V. sur ce point *Document final du Sommet mondial de 2005*, résolution A/RES/60/1 de l'Assemblée générale du 16 septembre 2005, §138 p. 30 (cité in A/HRC/25/CRP.1, p. 363). La responsabilité de la communauté internationale est prévue au §139 p. 30, de manière apparemment concordante avec l'idée de système de subsidiarité envisagé ici : lorsque l'Etat méconnaît sa responsabilité de protéger sa population, celle de la communauté internationale serait engagée. Il est cependant peu clair si un tel engagement de la communauté internationale laisserait la place à un droit à la sécession remède. Cet aspect encore peu affirmé et à la normativité très incertaine reflète les tendances évolutives du droit international contemporain. Il est néanmoins généralement admis que les groupes opprimés par l'Etat ont le droit de s'opposer à celui-ci par tous les moyens.

du droit des peuples à l'autodétermination<sup>1410</sup> suit une logique de subsidiarité centrée autour du respect ou de la violation du principe de consultation de bonne foi, qui sous cet angle constitue un droit pour les peuples autochtones et un devoir pour l'Etat. Ce basculement conduisant à un recentrement de la norme autour du principe de consultation de bonne foi offre une direction possible de son évolution future, compte tenu de la direction des développements actuels, tant en matière de droits des peuples autochtones que dans le cadre de la controverse doctrinale sur l'existence d'un hypothétique droit à la sécession remède.

Malgré la position hostile de la plupart des Etats à l'ouverture de la norme à l'étude vers une dimension externe clairement exprimée lors des travaux préparatoires et de l'adoption de la Déclaration ainsi qu'à l'occasion de leurs comportements internes, une évolution future en ce sens ne saurait être exclue *a priori* pour au moins trois raisons. Premièrement, cette ouverture est ouvertement revendiquée par certains peuples autochtones qui tendent à en faire une question de principe au nom de la non-discrimination. Deuxièmement, l'absence actuelle de dimension externe du droit à l'autodétermination au moins dans les scénarios remèdes relève davantage d'un flou et d'une incertitude de la doctrine que d'une exclusion catégorique et définitive. Au plan de la pratique, cette incertitude a pu être entretenue par l'absence jusqu'à présent de cas impliquant une tentative sérieuse de la part d'un peuple autochtone d'« exercer son droit à l'autodétermination externe ». Au contraire, le désintéret général des peuples autochtones pour les solutions de sécession dans la pratique contraste avec leur attachement à se voir reconnaître ce droit au plan théorique. Troisièmement, enfin, bien que son recours ne soit pas limité aux seuls peuples, la sécession par une communauté humaine n'est pas interdite par le droit international qui la place de manière générale dans le règne du fait<sup>1411</sup>. Ce caractère généralement extra-juridique de la sécession pourrait faciliter une évolution à venir du droit sur ce front.

La norme est appelée ainsi à se préciser au fil de son application généralisée, de manière permanente après son accession à la normativité. Ainsi, les conclusions de la présente étude sur le contenu et la portée de la norme ne constituent qu'une image temporaire appelée

---

<sup>1410</sup> Comme déjà mis en évidence, la logique et la forme est identique pour tous les peuples, seul le contenu, contextuel selon les peuples, s'enrichit chez les peuples autochtones de certains droits constitutifs particuliers, collectifs pour la plupart, liés à la qualité et à l'identité autochtone. La constance de ce cadre général affleure dans les propos du Rapporteur spécial démentant que la Déclaration puisse créer des droits nouveaux ou spéciaux au bénéfice des peuples autochtones.

<sup>1411</sup> V. pp. 320-333 *supra*.

à évoluer en permanence afin de continuer à épouser la réalité sociale qui l'a secrétée<sup>1412</sup>. Le statut juridique constaté de la norme, c'est-à-dire comme norme positive du droit international coutumier, est quant à lui appelé à être pérenne.

### B – Un cadre néanmoins fixé

En dehors de la question particulière d'une évolution hypothétique future de la norme vers une dimension externe, le processus continu d'enrichissement et de précision de la norme désormais obligatoire se déploie dans les limites du cadre identifié au cours de la présente étude et désormais fixé dans le droit international coutumier. Le déploiement de la norme en droit-cadre constitué de droits constitutifs et de principes d'application légitimateurs matérialise un trait constant de celle-ci né du long processus coutumier. La norme ainsi cristallisée constitue un juste milieu qui ne cède pas aux écueils des conceptions doctrinales minimaliste et maximaliste de l'autodétermination qui aboutissent de différentes manières à ruiner l'opérabilité de cette règle.<sup>1413</sup>

La flexibilité nécessaire de la norme ne peut par conséquent aller à l'encontre de sa sécurité et de son efficacité juridiques. En particulier, au vu du foisonnement de paramètres, de notions proches, partiellement juxtaposables et parfois distinguées seulement par de subtiles nuances, la tentation de faire évoluer la norme vers une souplesse et une inclusion toujours plus grandes présente inévitablement le risque de conduire à un mélange conceptuel des catégories formelles, aboutissant à vider la norme de sa substance et à en diluer l'efficacité juridique. A cet égard, l'utilisation isolée de formulations parfois ambiguës par certains acteurs d'autorité<sup>1414</sup> ne doit pas inquiéter. Selon toute vraisemblance, il devrait s'agir du fruit d'un manque de rigueur conceptuelle dans la description de situations parfois très proches de celles caractérisant les minorités nationales, mais non pas de signes d'une modification du contenu de la norme ou d'une diminution de sa portée. Ces formulations ne sont du reste pas contradictoires avec le cadre général fixé par la Déclaration. Les évolutions

---

<sup>1412</sup> Dans la perspective doctrinale de l'objectivisme sociologique concevant un droit par essence social et inséparable de la politique. De manière complémentaire, v. l'approche critique de Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005 (paru initialement en 1989), pp. 388-473.

<sup>1413</sup> Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007 (v. note 189 *supra*), pp. 146-154.

<sup>1414</sup> A/HRC/15/37/Add.2, *doc. cit.*, 2 juin 2010 (v. note 642 *supra*), §1 p. 4 et §15 p. 7.

futures de la norme à l'étude doivent nécessairement suivre celles du régime général du droit des peuples à l'autodétermination sous peine d'affecter l'efficacité et l'opérativité de celle-ci.

§2 – *Un processus de solidification : moment privilégié du passage dans la lex lata*

Le cadre systématique résultant du lent processus de sédimentation et de l'activité coordinatrice des Nations Unies doit conduire à une solidification de la norme dans la phase ultime du processus coutumier à la faveur de comportements cumulatifs (A). Cette solidification est partiellement attestée par une invocabilité émergente d'une certaine forme atténuée de responsabilité de l'Etat en cas de violation de la norme (B).

*A – Effet cumulatif des comportements des sujets du droit international sur l'accession de la norme à la normativité*

L'aspect cumulatif des comportements et leur répétition ont pour effet de stimuler l'accession de la norme à la normativité, compte tenu du lien étroit entre le processus coutumier et la notion de répétition comportementale. Ce qui est vrai tout au long du processus coutumier apparaît avec une acuité particulière dans sa phase finale. Les initiatives unilatérales déjà relevées des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. achèvent de placer le maillon manquant entre *lex ferenda* et *lex lata* en enfermant la répétition comportementale dans le champ de leur interprétation, à l'image de l'Instance permanente qui déclare que « la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones devrait constituer le principal cadre ayant force obligatoire pour la formulation des plans de développement ».<sup>1415</sup> Les comportements ainsi rationalisés aboutissent à achever de consolider l'homogénéité des deux éléments du processus coutumier. D'autre part, l'appel généralisé de tous les acteurs à respecter et à mettre en œuvre les normes fixées par la Déclaration dans tous les secteurs témoigne de son omniprésence et de sa prégnance. La Déclaration devient un cadre, un référent incontournable à l'aune duquel les comportements des Etats sont inévitablement mesurés et leur constance progressivement façonnée. A cet égard, l'adoption répétée, souvent

---

<sup>1415</sup> E/2008/43 – E/C.19/2008/13, *doc. cit.*, 2008 (v. note 1325 *supra*), §18 p. 5.

sans vote, de résolutions de l'Assemblée générale en lien avec la Déclaration peut être présumée augmenter le degré de normativité de cet instrument en consolidant les attentes comportementales et le consensus à son égard<sup>1416</sup>.

Le phénomène semble agir également dans le sens inverse, éclairant le processus cumulatif des comportements d'un autre angle. En effet, les divers rapports et observations des mécanismes de l'O.N.U. se répètent continuellement sur les principaux éléments et caractéristiques de la norme nouvelle : elle fait partie du droit international, les peuples autochtones en sont titulaires, elle s'exprime sous sa forme essentiellement interne comme un droit-cadre contenant une série de droits constitutifs. Une telle répétition verbale pourrait difficilement se déployer au sein des organes de l'O.N.U., organisation internationale universelle, sans s'appuyer sur une pratique et une *opinio juris* au moins minimales. Point culminant de cette répétition des comportements des Etats et de l'O.N.U., le Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones reflète fidèlement les positions des peuples autochtones et des Etats dans la mesure où son élaboration a fait l'objet d'un réel processus participatif et de navettes. Il peut être ainsi considéré d'un poids accru sur la description et la construction de l'état du droit. La référence indirecte au droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le Document final, *via* la réaffirmation du soutien général à la Déclaration de 2007, renforce son poids et sa légitimité<sup>1417</sup>. Cela est d'autant plus le cas que le Document final promeut un renforcement des moyens de mise en œuvre de la Déclaration et de la participation des peuples autochtones au sein des travaux des Nations Unies. Ces traits corroborent la présomption d'un passage achevé de la norme dans le droit positif en raison de la manière dont le document a été constitué et de son insistance sur l'application de la Déclaration dont la norme nouvelle constitue la disposition centrale.

Enfin, la répétition cumulative des comportements, leur verbalisation, publicisation et qualification par les mécanismes institutionnels de l'O.N.U. fournissant une autorité

---

<sup>1416</sup> V. résolutions régulières de l'Assemblée générale depuis 2007 sur les droits des peuples autochtones, sur les travaux des mécanismes institutionnels et sur l'organisation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones précitées (entre autres, v. note 1350 *supra*) ; Brian D. LEPARD, *op. cit.*, 2010 (v. note 32 *supra*), section 14.6 p. 215 (argumentant le poids cumulatif de résolutions non obligatoires répétées à la lumière de plusieurs opinions doctrinales).

<sup>1417</sup> Si le texte n'opère qu'une référence indirecte à la norme nouvelle, les discussions à l'Assemblée générale lors de la Conférence mondiale sont quant à elles explicites ; v. *inter alia* la déclaration introductive du président de l'Assemblée générale, M. Sam K. Kutesa (Ouganda) : « la Déclaration incarne le consensus mondial autour des droits des peuples autochtones et affirme leur droit à l'autodétermination » (A/69/PV.4, *doc. cit.*, 22 septembre 2014 (v. note 1371 *supra*), p. 1).

extérieure aux Etats semblent avoir pour dernière conséquence de situer d'office les comportements des Etats dans le cadre de la norme à l'étude lorsqu'ils en reflètent l'aspect matériel, sans qu'il soit nécessaire pour les Etats de verbaliser eux-mêmes ce lien. Autrement dit, lorsque les comportements pertinents des Etats sont accomplis en l'absence d'une référence explicite à la norme, leur situation nouvelle au sein de la norme est opérée de fait par les agents tiers d'autorité que sont les mécanismes institutionnels mandatés de l'O.N.U., sur le fondement des dispositions de la Déclaration adoptée à une majorité écrasante<sup>1418</sup>. Ce cas de figure concerne en particulier des droits constitutifs ayant également une existence distincte antérieure dans le cadre général des droits de l'homme. Dès lors que ces droits sont exercés par des peuples autochtones, ils se situent automatiquement dans le cadre de la norme sans que cette situation doive faire l'objet d'une verbalisation<sup>1419</sup>. La verbalisation de ce lien par les mécanismes institutionnels apparaît donc confirmatoire, et non constitutive, de son existence. D'autre part, l'absence de référence explicite aux dispositions de la Déclaration chez les Etats ayant par ailleurs exprimé d'une manière ou d'une autre leur soutien à cet instrument semble pouvoir être compensée par l'interprétation de leurs comportements à la lumière des principes de cohérence et de bonne foi.

### *B – Développements relatifs à la question de l'invocation de la responsabilité de l'Etat*

Etape clé du processus coutumier, la Déclaration matérialise le moment privilégié et le point culminant de la prise de conscience collective chez les Etats de la nécessité sociale puis de l'existence de la règle juridique à l'étude. Elle peut être considérée schématiquement comme départageant une phase antérieure de maturation et une phase ultérieure de finalisation et de confirmation. L'examen précédent des développements jurisprudentiels internes et internationaux en lien avec le droit des peuples autochtones à l'autodétermination met en

---

<sup>1418</sup> Et ce d'autant plus lorsque l'Etat en question a contribué à son adoption par son vote positif.

<sup>1419</sup> Ce raisonnement présente une certaine analogie avec celui tenu par le juge Enrique C. ARMAND-UGON en matière d'effectivité dans son opinion dissidente dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien* (Portugal c. Inde), C.I.J., arrêt, 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 82. Sur la question de l'identification d'une possible coutume bilatérale, il s'appuie sur la jurisprudence antérieure de la Cour et considère en effet que « La notion d'effectivité a une grande importance dans le droit international. Dans le présent cas, l'effectivité du fait du passage doit s'examiner dans sa durée et dans son acceptation par les deux Gouvernements en cause. Cette effectivité de l'exercice du passage aux enclaves, pratiqué avec régularité, contribue à l'élaboration d'un droit. » La référence à la notion vague d'« acceptation » semble suggérer la possibilité d'un degré faiblement articulé de conscience juridique chez les Etats en vue de déterminer quand ce qui est devient ce qui doit être.

évidence un phénomène d'augmentation des références par les juridictions internes et régionales à la Déclaration comme cadre juridique pertinent pour éclairer l'état du droit international actuel en matière de peuples autochtones, voire une augmentation dans certains cas des références explicites à la norme à l'étude. En dépit de la force juridique non obligatoire de ce document formel, la Déclaration devient ainsi peu à peu un cadre de référence inévitable à l'aune duquel les comportements internes des Etats sont nécessairement appréhendés par les juridictions. L'idée d'une invocation de la Déclaration devant les juridictions en dépit de son statut formel non obligatoire semble également peu à peu faire son chemin parmi les commentateurs doctrinaux<sup>1420</sup>.

Ce phénomène pose de manière incidente la question de l'invocabilité de la responsabilité de l'Etat pour non-respect de la norme à l'étude comme preuve de son existence. Il ne s'agit pas ici d'examiner en détail de la question de la responsabilité de l'Etat mais de constater la tendance à son émergence, encore timide, comme un indice confirmatoire de l'existence de la norme dans le droit positif, du dépassement de son statut permissif antérieur et de la généralisation de sa conscience achevée.

Les mécanismes exhortatoires et de supervision ont conduit peu à peu à une responsabilisation des Etats en alignant progressivement leurs comportements et en contribuant à la solidification du sentiment général de droit. Sans faire partie du processus coutumier à proprement parler, le relais qui semble être pris peu à peu par les juridictions internes et régionales offre la preuve de l'existence de l'*opinio juris* produit par les attentes fortes de la société internationale et qui exige désormais l'adoption de comportements particuliers en conséquence. Bien que la jurisprudence interne et internationale offre des exemples de sanctions adoptées à l'encontre des Etats pour non-respect du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, ce trait est loin d'être général, suggérant d'une part un engagement encore timide d'une forme atténuée de responsabilité de l'Etat, et confirmant d'autre part que les mécanismes de sanction demeurent l'exception en droit international. Le processus semble néanmoins amorcé d'une substitution de la logique de responsabilité à la logique incitative. Cela peut être constaté dans les cas de jurisprudence interne et régionale dans lesquels le comportement de l'Etat en litige est apprécié par la juridiction à l'aune des

---

<sup>1420</sup> Clive BALDWIN, Cynthia MOREL, *op. cit.*, 2011 (v. note 1222 *supra*), pp. 121-143. V. aussi les activités précitées du Mécanisme d'experts portant sur l'accès à la justice, les voies de recours et le règlement des différends.



dispositions de la Déclaration reflétant la norme nouvelle.<sup>1421</sup> La mise en jeu émergente d'une forme atténuée de responsabilité de l'Etat pour violation de la norme nouvelle suggère non seulement le passage de celle-ci dans la *lex lata*, mais aussi son passage progressif du statut de norme permissive à celui de norme prescriptive.

Il faut mentionner à cet égard l'émergence de l'idée d'obligation juridique progressive défendue par certains organes et programmes de l'O.N.U.<sup>1422</sup> et qui semble particulièrement pertinente eu égard à la structure de la norme à l'étude. Reflétant le processus inhérent à l'application nécessairement progressive de la norme, l'obligation juridique progressive contraint les Etats à des efforts permanents dans la mise en œuvre d'obligations nécessitant une logique de processus et s'étendant dans la durée. Cette logique se conçoit alors en termes d'une obligation pour l'Etat de maintenir la réalisation de certaines normes au-dessus d'un niveau minimum, à défaut de quoi l'Etat est réputé ne pas remplir ses obligations et peut alors voir sa responsabilité engagée. Ce développement apparaît prometteur dans le cadre d'une réalisation progressive du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. L'exercice de ce droit se présente comme un processus de renégociation permanente et de bonne foi du pouvoir politique entre l'Etat et ses peuples autochtones. Ce dialogue continu et le consensualisme qui doit s'en dégager sont les garants de la préservation par les peuples autochtones de leur intégrité et du contrôle sur leur destinée.

## Section 2 – L'opérabilité de la norme comme condition de son accession à la normativité

Si l'examen mené dans le présent chapitre suggère que le processus coutumier s'est bien achevé avec la confirmation du plein passage de la norme à l'étude dans la *lex lata*, certains aspects doivent encore être examinés qui installent la norme dans une perspective durable et en assurent l'opérabilité. Il s'agit à cet égard d'examiner tour à tour les conditions

---

<sup>1421</sup> Dans la jurisprudence régionale et interne examinée précédemment et ayant donné lieu à des condamnations de l'Etat, v. *inter alia* Cour suprême du Belize, *Cal et autres c. Avocat Général*, arrêt, 18 octobre 2007, affaires jointes n° 171 et 172 de 2007 ; C.I.D.H., *Peuple Saramaka c. Suriname*, arrêt, 28 novembre 2007 (objections préliminaires, fond, réparations et coûts), série C, n° 172 ; C.A.D.H.P., *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya*, affaire n° 276/03, décision du 25 novembre 2009, définitivement approuvée le 4 février 2010.

<sup>1422</sup> V. notamment la politique de *U.N. Habitat* en matière de droit au logement.

d'opérabilité de la norme (§1) et le cadre soutenant son déploiement et son évolution à venir (§2).

### *§1 – Conditions de normativité de la norme nouvelle*

Il s'agit notamment d'examiner la généralisation qualitative et quantitative des deux éléments du processus coutumier dans l'espace et dans le temps (A), puis d'examiner certaines conditions additionnelles de normativité (B).

#### *A – Le cadre de la validation des deux éléments : généralisation dans l'espace et dans le temps*

Mélange de coutume sage et de coutume sauvage dont la Déclaration constitue le pivot central, le processus coutumier a pris avec l'étape de l'adoption de la Déclaration un tournant qualitatif et quantitatif décisif en matière de généralisation de la pratique dans l'espace et dans le temps. En effet, l'examen des comportements ultérieurs des Etats atteste cette généralisation, structuration et sédimentation de la pratique ainsi que la consolidation de l'*opinio juris* qui contraste avec le caractère précédemment inachevé des deux éléments. Ce tournant s'exprime chez les Etats notamment par des changements de choix de politiques, une réforme de la législation existante ou une adoption de législations nouvelles abondant dans le sens de la norme à l'étude ainsi qu'une augmentation des références à la Déclaration – voire à la norme elle-même – au sein de la jurisprudence. Il s'agit ici d'examiner tour à tour l'aspect temporel et spatial de la généralisation quantitative et qualitative de la pratique et de l'*opinio juris*.

Dans l'espace, la pratique s'est généralisée à tous les continents et apparaît représentative de tous les grands ensembles géopolitiques, des groupes d'Etats qualifiés, de l'ensemble des Etats particulièrement intéressés, des grandes puissances et de tous les systèmes et traditions juridiques de la société internationale. Elle est associée à une *opinio juris* qui est attestée par le renforcement progressif du soutien à la Déclaration qui a atteint aujourd'hui un consensus quasi-universel après une disparition totale des oppositions minoritaires ouvertes. Cet aspect quantitatif de la généralisation des deux éléments dans

l'espace se double d'une dimension qualitative stimulée par l'activité des Nations Unies en matière d'approfondissement du consensus autour de la norme nouvelle comme processus de réalisation progressive et en matière de précision continue de son contenu et de sa portée. Envisagés dans leur ensemble, les sentiments juridiques décelés accompagnant la pratique des Etats constituent l'*opinio juris*, c'est-à-dire l'ensemble non individualisable de ces sentiments. L'examen mené tout au long de la présente étude a permis de dégager l'émergence de l'*opinio juris* traduisant la conscience chez les Etats qu'une norme juridique est en jeu ainsi que le consentement pour la plupart à y être liés. Cette conscience chez les Etats de s'acquiescer d'une obligation accompagne désormais la pratique. De manière importante, aucun Etat particulièrement intéressé ne rejette désormais la norme nouvelle.

Dans le temps, la période d'environ sept ans qui s'est écoulée depuis l'adoption de la Déclaration semble suffisante dans la perspective de l'étape ultime du processus coutumier voyant la finalisation du passage de la norme à l'étude dans la *lex lata* et compte tenu de l'enracinement du processus coutumier dans la longue durée<sup>1423</sup>. Il s'agit donc de la finalisation de la généralisation quantitative et qualitative des deux éléments dont l'amorce est largement antérieure à 2007. D'autres indices semblent corroborer ce constat. Moins de deux ans après l'adoption de la Déclaration, l'Instance permanente considère que « l'adhésion mondiale qu[e la Déclaration] suscite – le nombre restreint de pays qui s'y opposent ne cessant de diminuer – pourrait bientôt être considérée comme satisfaisant au critère des « nations civilisées » »<sup>1424</sup>, suggérant que la Déclaration est sur le point d'entrer dans la catégorie des principes généraux du droit couverte par l'article 38.c du Statut de la C.I.J. en raison notamment de l'« adhésion mondiale » dont elle jouit. Au moment où l'Instance permanente formule cette remarque, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande n'avaient toujours pas annoncé leur ralliement, pas plus que les Etats

---

<sup>1423</sup> Au regard de la doctrine générale qui admet parfois des cas de formation très rapide de normes coutumières, la période d'environ sept ans (2007-2014) couverte par l'examen du présent titre n'apparaît pas si courte, compte tenu du fait que le processus coutumier, puisant ses racines dans un passé plus distant, en est alors à son parachèvement. Pour comparaison, dans son arrêt de 1969 rendu en l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la C.I.J. a considéré que des périodes de cet ordre pouvaient suffire à la formation d'une règle coutumière à partir d'une règle conventionnelle (v. C.I.J., *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, §74 p. 44). Si ce raisonnement est acceptable pour la totalité du processus coutumier à partir d'une norme conventionnelle, il semble pouvoir s'appliquer *a fortiori* à sa seule phase de finalisation stimulée par une résolution de l'Assemblée générale.

<sup>1424</sup> E/2009/43 – E/C.19/2009/14, *doc. cit.*, 2009 (v. note 814 *supra*), §11 p. 23. Plaçant résolument son raisonnement dans une logique du consentement comme absence de choix par opposition à celle de volonté, l'Instance permanente poursuit en appelant tous les Etats à appliquer la Déclaration indépendamment du contenu de leur vote (§§12-13 p. 23).

abstentionnistes. Cela conduit raisonnablement à la présomption que le critère auquel l'Instance fait référence est désormais satisfait. Plusieurs acteurs et commentateurs faisant autorité tels que l'Association de droit international, le Mécanisme d'experts, l'Instance permanente ou le Rapporteur spécial semblent admettre que la norme à l'étude a accédé à la pleine normativité et fait désormais partie du droit international coutumier<sup>1425</sup>. Autre indice de l'accession de la norme à la normativité depuis 2007, les débats du Mécanisme d'experts sur le suivi de la mise en œuvre de la Déclaration et du Plan d'action de Durban adoptés en 2001 voient dès 2008 s'élever des voix estimant que ces documents « étaient maintenant bien en deçà des normes internationales actuellement reconnues en matière de droits de l'homme » notamment parce que la Déclaration de Durban « déniait aux peuples autochtones le droit à l'autodétermination qui était consacré à l'article 3 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones et dans d'autres normes internationales bien établies »<sup>1426</sup>. Ayant accédé à la pleine normativité en tant que norme coutumière, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination se fonde sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le droit international général, y compris sur l'article 1 commun des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme dont il constitue une application particulière et contextuelle à la faveur de l'accession des peuples autochtones à la qualité de peuple<sup>1427</sup>, ainsi que sur l'article 1.2 de

---

<sup>1425</sup> Conclusions et recommandations du Comité sur les droits des peuples autochtones (Résolution n° 5/2012 – droits des peuples autochtones), A.D.I., 75<sup>e</sup> conférence, Sofia (Bulgarie), 26-30 août 2012, I.2 : « La Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones de 2007 (DDPA) n'a pas encore le statut de droit international coutumier dans son intégralité. Toutefois, celle-ci comporte plusieurs dispositions clés qui correspondent aux obligations existantes des Etats faisant parties [sic] du droit international coutumier ». Le Comité poursuit au point I.4 : « Les Etats doivent respecter l'obligation, conformément au droit international coutumier existant et aux conventions internationales applicables, de reconnaître, respecter, protéger, promouvoir et instaurer le droit des peuples autochtones à l'autodétermination, conçu comme le droit de déterminer leur statut politique et leur avenir, en vertu des normes de droit international applicables et des principes d'égalité et de non-discrimination ». Le point I.5 semble identifier le contenu de ce droit à l'autonomie et la suite cite les autres droits constitutifs (v. aussi rapport détaillé du Comité joint à la résolution). Les mécanismes institutionnels de l'O.N.U. aboutissent aux mêmes conclusions en admettant que la norme contenue dans l'article 3 de la Déclaration fait partie du droit international coutumier, et donc a force obligatoire à l'égard des Etats (E/2009/43 – E/C.19/2009/14, *doc. cit.*, 2009 (v. note 814 *supra*), §10 p. 23 ; E/2010/43 – E/C.19/2010/15, *doc. cit.*, 2010 (v. note 1015 *supra*), §6 p. 3 sur le caractère central de l'article 3 dans l'architecture de la Déclaration ; A/HRC/9/9, *doc. cit.*, 11 août 2008 (v. note 2 *supra*), §41 p. 13 ; A/64/338, *doc. cit.*, 4 septembre 2009 (v. note 1315 *supra*), §§43-49 pp. 15-17 et section C p. 17). V. aussi les indices relevés lors de la réunion de haut niveau pour la commémoration du cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration. V. aussi E/C.19/2014/7, *doc. cit.*, 4 mars 2014 (v. note 1209 *supra*), §32 p. 12 : « D'après le Rapporteur spécial, si, de l'avis général, un tel processus [coutumier] est considéré comme difficile, il est quasiment incontestable que les dispositions fondamentales de la Déclaration [...] correspondent à cette réalité du fait qu'elles reposent sur des principes établis de longue date en matière de droits de l'homme et, dès lors, peuvent parfaitement s'intégrer au droit international coutumier (cf. A/68/317, par. 64) ». Référence est faite ici à l'autodétermination, en témoignent d'autres passages précités du document. V. enfin la déclaration de Mme Dalee Sambo Dorough, présidente de l'Instance permanente, devant l'Assemblée générale lors de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones (v. notes 1375 et 1377 *supra*).

<sup>1426</sup> A/HRC/10/56, *doc. cit.*, 8 janvier 2009 (v. note 1337 *supra*), §47 p. 14.

<sup>1427</sup> E/2009/43 – E/C.19/2009/14, *doc. cit.*, 2009 (v. note 814 *supra*), §7 p. 22. Le « statut juridique croissant » de la Déclaration (§12 p. 23) résulte de l'effet combiné de plusieurs facteurs, ce qui reflète les conclusions de la

la Charte des Nations Unies. Ainsi, la norme coutumière à l'étude, dont la Déclaration constitue un reflet relativement fidèle, possède également une source conventionnelle dont elle constitue une interprétation contextuelle.

Concernant en particulier l'appréciation de l'aspect qualitatif de la pratique, celle-ci semble pouvoir être validée en raison non d'une application uniforme et totale des objectifs de la Déclaration par l'ensemble des Etats mais du phénomène apparu à l'échelle globale d'orientation progressive et constante de la pratique en direction des critères fixés par la Déclaration, illustrant l'aspect ordonnateur de cet instrument. La généralisation qualitative et quantitative des deux éléments du processus coutumier à la fois dans l'espace et dans le temps apparaît fermement établie en 2014, et cette condition de normativité peut ainsi être validée.

#### *B – Condition de la normativité : la constance suffisante de la pratique*

Un autre critère conditionnant l'accession de la norme à la normativité coutumière concerne la pratique seule, dont un degré de constance suffisante doit être constaté. Cela nécessite un examen des comportements déviants en vue de déterminer si, par leur ampleur et la manière dont ils sont accomplis, ceux-ci sont de nature à retarder l'accession de la norme à la normativité. Il ne s'agit pas ici d'aborder à nouveau la question de l'objecteur persistant, davantage lié au sentiment de droit et dont l'absence a déjà été constatée dans le cas d'espèce. Il s'agit plutôt de déterminer si certaines aspérités persistantes de la pratique au lendemain de l'adoption de la Déclaration sont susceptibles d'en affecter la constance générale ou l'homogénéité<sup>1428</sup>.

---

présente étude. De fait, les mécanismes institutionnels ont régulièrement réaffirmé que l'obligation des Etats de respecter le droit des peuples autochtones à l'autodétermination se fonde, sinon sur l'article 3 de la Déclaration, au moins sur l'article 1 commun des deux Pactes relatifs aux droits de l'homme et sur le régime général du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

<sup>1428</sup> C.I.J., *Affaire relative au droit d'asile* (Colombie c. Pérou), arrêt, 20 novembre 1950, opinion dissidente du juge José Philadelpho de Barros e Azevedo, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 336 : apprécier la constance de la pratique consiste notamment à « examiner les exemples contraires à la continuité, pour en déterminer la véritable nature et apprécier s'ils ont force suffisante pour détruire la valeur de autres cas concordants dont la multitude révèle nettement » l'existence de la norme. Le juge admet plus loin que certaines exceptions peuvent être de nature à confirmer la règle en tant qu'applications contextuelles de celle-ci.

L'examen des comportements internes et des prises de position des Etats mené précédemment<sup>1429</sup> met en évidence plusieurs types de comportements constituant de telles aspérités de la pratique. Premièrement, un certain nombre d'Etats tente de s'extraire du champ d'application de la Déclaration en recourant à divers arguments plus ou moins convaincants tels que l'insuffisance de définition des notions essentielles du texte, l'absence supposée de peuples autochtones sur leur territoire ou au contraire le caractère autochtone de la quasi-totalité de la population nationale. Deuxièmement, un certain nombre d'Etats semble faire un usage circonspect et précautionneux du terme d'autodétermination, en retrait de comportements internes concordants avec la norme. Troisièmement, certains Etats sont affectés par le problème de la faible application d'un cadre juridique interne néanmoins existant. Quatrièmement, certains Etats apparaissent réservés vis-à-vis de la notion de droits des peuples autochtones au nom de l'égalité et de la non-discrimination entre les citoyens. Cinquièmement, certains Etats sont peu actifs au plan interne en matière de droits des peuples autochtones. Sixièmement, enfin, la plupart des Etats conditionnent leur soutien à la Déclaration à un exercice exclusivement interne du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, inquiétude dont la vanité a déjà été constatée. A cet égard, les tentatives chez certains Etats d'établir une double mesure autour du terme d'autodétermination reflètent précisément ce rejet de toute dimension externe.

Ces tentatives sont frappées d'une contradiction inhérente car elles ignorent le fait que la dimension externe fait effectivement défaut au régime général du droit des peuples à l'autodétermination auquel la norme se rattache. Deux observations s'imposent. Ces types de conduite semblent d'une part ne pas poser en tant que tels un obstacle à l'émergence de la règle générale. D'autre part, plutôt qu'en termes de déviance, ces comportements semblent pouvoir s'analyser comme reflétant la diversité des vitesses de prise de conscience par les Etats de l'existence de la norme nouvelle et de l'adaptation de leurs comportements<sup>1430</sup>. Du reste, aucun de ces comportements ne semble constituer une opposition frontale et ouverte au principe même de la norme et par conséquent susceptible d'affecter l'homogénéité et la constance de la pratique. Il paraît donc raisonnable de conclure, dans le cas d'espèce, à une

---

<sup>1429</sup> V. notamment durant le processus d'élaboration de la Déclaration (pp. 214-233 et 255-272 *supra*) et lors de son adoption (pp. 369-411 *supra*).

<sup>1430</sup> *Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général*, Rapport final du Comité sur la formation du droit international coutumier (général), A.D.I., 69<sup>e</sup> session, Conférence de Londres, 2000, *doc. cit.* (v. note 266 *supra*), section II.C.15, commentaire (c), p. 28 : "if the support for the new rule is sufficiently widespread, the convoy of the law's progressive development can move forward without having to wait for the slowest vessel".

validation du critère de constance ou d'homogénéité de la pratique comme condition de sa normativité.

De manière générale, les comportements négatifs ou déviants ne présentant pas de caractère irréconciliable avec le mouvement général du processus coutumier susceptible de le ralentir ou d'y faire obstacle, et doivent s'analyser en termes de persistance et de réduction progressive. Cette persistance, en constante diminution, ne saurait affecter ni occulter la tendance progressive de la pratique générale vers un alignement sur la norme et le niveau qualitatif du consensus au-delà du doute raisonnable. La régularité d'un motif juridiquement conscient demeure bien établie, et les comportements déviants persistants sont désormais constamment mesurés à l'aune des dispositions de la Déclaration dont ils sont considérés par la communauté internationale comme autant de violations. Il ne manque pas d'intérêt de constater que cette évolution présente une certaine similarité avec celle de l'acceptation par les Etats de l'applicabilité du droit des peuples à l'autodétermination en dehors du cadre de la décolonisation quelques décennies auparavant. En effet, si l'applicabilité extra-coloniale du droit des peuples à l'autodétermination avait bien été reconnue par l'immense majorité de la société internationale ainsi que par le Comité des droits de l'homme, faisant droit à une lecture littérale de ce droit comme appartenant à tous les peuples, certains Etats influents avaient persisté durant un certain temps dans leur refus d'une telle interprétation, à l'image de l'Inde<sup>1431</sup>. La persistance de telles réticences isolées n'a su faire obstacle à l'imposition définitive de l'interprétation majoritaire, ce que le droit international contemporain confirme.

## *§2 – L'achèvement du processus coutumier : déploiement et trajectoire de la norme nouvelle*

Compte tenu de la dimension sociale vivante et fluide d'un droit international coutumier en permanente mutation, la pérennité de la norme coutumière nouvelle apparaît susceptible d'être garantie par le processus même qui l'a vu naître. Ainsi, l'adéquation entre la norme et la réalité sociale qu'elle est censée refléter doit faire l'objet d'un réajustement perpétuel que la dynamique coutumière souple facilite considérablement. C'est sous cet angle

---

<sup>1431</sup> Christian TOMUSCHAT, « Self-Determination in a Post-Colonial World », Christian TOMUSCHAT (dir), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 2-3, évoquant la réserve formulée par l'Inde à propos de l'autodétermination lors de sa ratification des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (ST/LEG/SER.E/9, p. 122).

qu'il convient d'aborder à présent la pérennisation d'un cadre de déploiement et d'évolution de la norme coutumière sur lequel a débouché la conclusion du processus coutumier. En d'autres termes, l'achèvement du processus coutumier semble conduire à l'apparition d'un nouveau processus continu portant la trajectoire à venir de la norme nouvelle et offrant le cadre de sa reformulation permanente.

#### A – Constatation d'une trajectoire dynamique continue de la norme positive

Certaines dynamiques ayant porté ce processus semblent appelées à se poursuivre à l'avenir de manière continue. Ainsi, le mouvement de précision continue de la norme à l'occasion de son application dans le contexte de cas concrets examiné précédemment doit désormais se détacher d'un processus coutumier achevé et acquérir une autonomie propre comme processus continu d'évolution de la norme, tandis que le cadre général de celle-ci constitue un socle désormais fixe. Cette évolution et cette précision continue de la norme à mesure de son application constituent une réalité d'une acuité particulière compte tenu de la source coutumière informelle de la norme à l'étude, facteur d'une souplesse accrue.

D'une certaine manière, l'achèvement du processus coutumier apparaît difficile à constater en raison de son caractère par essence informel, problématique qui se retrouve sous un autre angle dans la question du seuil de normativité. Ainsi, l'enjeu de l'accession à la normativité ne consisterait pas tant à savoir si le processus d'évolution de la norme est achevé – il ne l'est jamais – que de le constater irréversible à partir d'un certain moment. Cet aspect irréversible peut être présumé refléter le consensus des membres de la société internationale sur la désirabilité de la norme, en d'autres termes l'*opinio juris*, appelant à constater l'achèvement du processus coutumier dès lors que ce consensus revêt un pouvoir ordonnateur sur la pratique. Le processus coutumier est alors réputé achevé au sens où sa dynamique génératrice de normativité est établie. Cette constatation suit la démarche de validation de l'existence affermie de chacun des deux éléments du processus coutumier, ce qui est le cas en l'espèce.

Les conclusions découlant de l'examen du processus coutumier, particulièrement dans ce dernier titre, sont concordantes avec l'idée d'une prise générale de conscience à la fois suivant et créant la maturation de la norme à l'étude. Puisant ses racines dans un passé



lointain, ce mouvement général a d’abord été partiellement inconscient et latent mais reposant néanmoins sur des fondements objectifs du droit international de l’époque. La prise de conscience collective chez les Etats de la désirabilité ou nécessité sociale de la norme juridique à l’étude a émergé à la faveur de l’institutionnalisation des questions autochtones au sein des Nations Unies vers 1980 pour culminer avec l’adoption de la Déclaration en 2007. Depuis ce tournant, elle s’est muée en prise de conscience de l’existence de la norme nouvelle. Cette prise de conscience générale relativise la place de la volonté de l’Etat dans le processus coutumier ou du moins sa capacité à s’opposer de manière effective à l’émergence d’un consensus au sein de la société internationale. Elle est enfin susceptible d’offrir une explication satisfaisante du caractère ambigu de la Déclaration entre codification et développement, entre précision et création.

### B – Possibles suites au processus coutumier

Une déviation du contenu de la norme semble exclue à l’avenir en raison du coût politique très élevé pour les Etats d’ignorer le cadre affirmé par la Déclaration et constamment rappelé par les mécanismes institutionnels, ou encore d’adopter des comportements déviants vis-à-vis d’une norme qui compte parmi les principes essentiels du droit international et qui fait l’objet d’un consensus universel quasi unanime<sup>1432</sup>. Tout au moins, les comportements déviants sont régulièrement condamnés par la communauté internationale et les organes compétents de l’O.N.U., ce qui annihile *ipso facto* toute capacité de ces comportements déviants d’affecter le principe de la norme nouvelle.

---

<sup>1432</sup> Les normes comptant parmi les principes essentiels ou fondamentaux du droit international, y compris le droit des peuples à l’autodétermination, sont parfois considérées comme au-dessus de la volonté des Etats à l’image des principes généraux de droit, v. C.I.J., *Demande en interprétation de l’arrêt du 15 juin 1962 en l’affaire du Temple de Préah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt, 11 novembre 2013, opinion individuelle du juge Antônio Augusto Cançado Trindade, §67 : “*After all, it is the fundamental principles that confer cohesion, coherence and legitimacy, and the ineluctable axiological dimension, to every legal system. In effect, general principles permeate the whole international legal order, they confirm their substratum, being consubstantial to it. They give expression to the idea of an objective justice, above the will of individual States. They indicate, at last, the status conscientiae reached by the international community*”. Bien que cette formule se réfère aux principes généraux de droit, les conclusions de la présente étude suggèrent, avec la prudence nécessaire, qu’elle n’est pas sans pertinence vis-à-vis de normes fondamentales du droit international tel le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. La position de telles normes *erga omnes* indépendantes de la volonté des Etats les place dans une situation analogue à celle des normes impératives. V. aussi E/C.19/2014/7, *doc. cit.*, 4 mars 2014 (v. note 1209 *supra*), §34 p. 11.

En revanche, comme il a été examiné de manière approfondie, il n'apparaît pas totalement exclu que la portée de la norme nouvelle évolue à l'avenir vers l'inclusion d'une dimension externe pour l'instant fermement exclue par les Etats. L'évolution future de la norme devrait logiquement suivre celle du régime général du droit des peuples à l'autodétermination. Eu égard à l'indétermination actuelle de la controverse doctrinale sur l'émergence d'un hypothétique droit à la sécession remède, plusieurs indices suggèrent que la porte demeure entrouverte à une évolution future de la norme vers un exercice conditionné de manière croissante par le principe démocratique universel légitimateur. Etant donné que le droit à la sécession remède ne fait pas nécessairement partie du champ du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes puisqu'il n'est généralement pas octroyé aux seuls peuples, toute évolution hypothétique de la norme à l'étude vers l'inclusion d'un aspect externe remède devra nécessairement clarifier cette articulation<sup>1433</sup>. La question de l'applicabilité du principe d'intégrité territoriale des Etats en dehors des relations entre Etats devra également être clarifiée<sup>1434</sup>.

Enfin, il ne faut pas exclure la possibilité de développements à venir dans le sens d'une codification de la nouvelle norme coutumière et, plus généralement, des droits des peuples autochtones prévus par la Déclaration. Une telle démarche de codification apparaît possible et relativement réaliste, eu égard au lien étroit de la Déclaration avec le droit international coutumier et à l'appel plusieurs fois exprimé de représentants autochtones au sein des Nations Unies en vue d'élaborer une convention internationale multilatérale sur les droits des peuples autochtones. Une telle convention constituerait ainsi l'aboutissement

---

<sup>1433</sup> Parmi ces tentatives, v. par exemple Edward W. McWHINNEY, *Self-Determination of Peoples and Plural-Ethnic States in Contemporary International Law – Failed States, Nation-building and the Alternative, Federal Option*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 (article initial paru in *R.C.A.D.I.*, tome 294, 2002, pp. 167-264). Comme évoqué précédemment (v. pp. 340-341 *supra*), le principe d'autodétermination, par opposition au droit, peut en revanche fournir le fondement juridique de l'octroi d'un droit à la sécession remède à des groupes humains qui ne constituent pas des peuples.

<sup>1434</sup> Certains indices montrent que la portée *rationæ personæ* de ce principe pourrait en effet excéder le seul cadre des relations entre Etats pour couvrir d'autres acteurs. Cette évolution ferait du reste écho à celle de l'évolution de la réalité couverte par la notion d'« autodétermination interne » ou « autonomie ». Lorsque ce terme a fait son apparition dans le cadre du droit des peuples à l'autodétermination, il semblait désigner l'indépendance de l'Etat vis-à-vis des ingérences extérieures de la part d'autres Etats, conséquence du principe de l'égalité des peuples et de l'égalité souveraine des Etats, ou encore de la liberté pour un peuple de choisir sa forme de gouvernement sans interférence extérieure. L'emploi du terme d'autonomie dans le cadre de la décolonisation témoigne de ce sens initial (v. Résolution 1541 (XV) de l'Assemblée générale du 15 décembre 1960, principe VI sur la réalisation de la pleine autonomie d'un territoire). Aujourd'hui, l'autodétermination interne telle qu'envisagée dans la présente étude consiste à un exercice démocratique du pouvoir à l'intérieur de l'Etat constitué devant conduire à une participation et une représentation juste et équitable de l'ensemble des sections de la population nationale. Pour des indices de cette évolution, v. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, *doc. cit.*, 1981 (v. note 318 *supra*).

logique du processus coutumier susceptible d'augmenter la sécurité juridique des droits en cause<sup>1435</sup>. Dans cette direction, il faut rappeler le débat initié au sein de l'Instance permanente en vue d'élaborer un Protocole facultatif qui serait annexé à la Déclaration, visant à assurer son application intégrale notamment par un renforcement des mécanismes de suivi<sup>1436</sup>.

### Conclusion

L'examen des développements intervenus lors des quelques années suivant l'adoption de la Déclaration conduit à valider la pleine maturation des deux éléments du processus coutumier et constatant *a posteriori* l'existence de la norme nouvelle dans le droit positif, résultat du parachèvement de son passage définitif dans la *lex lata*. Il semble à cet égard que la relation mutuelle et la collusion entre la pratique et l'*opinio juris* ait contribué à accélérer le rythme de cette phase ultime du processus coutumier. Dans tous les cas, il faut constater l'existence d'une pratique générale cohérente et constante inspirée par un sentiment chez les Etats de se conformer à une règle de droit. Sur le fondement de ces développements, il peut être affirmé qu'en 2014, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination existe en droit positif en tant que norme du droit international coutumier. Cette affirmation se fonde sur l'existence fermement établie des deux éléments du processus coutumier au-delà du doute raisonnable, tant au plan quantitatif que qualitatif. Le passage de la norme dans la *lex lata* s'est déroulé par paliers suivant un mouvement fluide continu et non par le franchissement ponctuel d'un hypothétique seuil de normativité unique. Bien que les deux éléments du processus coutumier demeurent sujets à une évolution constante, l'examen montre qu'à la faveur d'un jeu de renforcement mutuel, chacun d'eux est parvenu en 2014 à un degré suffisant de consolidation, de structuration et de cohérence afin de pouvoir conclure à l'accession de la norme coutumière émergente à la pleine normativité. Le caractère *a posteriori* de cette constatation ainsi que la résorption de toute opposition expresse au consensus permettent d'éliminer la marge du doute quant à la question de savoir si la norme a

---

<sup>1435</sup> Une telle évolution voyant une convention multilatérale se substituer à une déclaration solennelle de l'Assemblée générale ne serait pas sans précédent: la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* du 21 décembre 1965 faisait également suite à l'adoption par l'Assemblée générale d'une *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Résolution 1904 (XVIII) du 20 novembre 1963, adoptée sans vote mais dont les attentes fortes créées sont soulignées par les Résolutions 1905 (XVIII) et 1906 (XVIII) du même jour).

<sup>1436</sup> V. note 1332 *supra*.

dépassé un seuil de normativité dont l'existence hypothétique a été abondamment mise en doute, ainsi que la possibilité le cas échéant de l'identifier de manière précise.

La conclusion atteinte conduit en outre à modifier l'appréciation des comportements ultérieurs des Etats puisqu'ils sont désormais appréciés en termes de conformité à la norme générale ou de sa violation, indépendamment de leur consentement déclaré ou expressément écarté. Une fois son existence établie, et en l'absence d'objecteurs persistants sérieux, la règle s'applique à tous les Etats, et son application appelle à l'avenir à la mise en œuvre d'une forme de plus en plus pleine de la responsabilité de l'Etat. Les comportements étatiques sont désormais susceptibles de faire l'objet de condamnations plus fortes pour violation de la norme qu'au stade où ils contribuaient à sa formation puisqu'ils sont appelés à être traités comme autant de déviations d'une norme existante. A cet égard, les droits internes, traités comme de simples faits, peuvent offrir une application plus étendue de la norme nouvelle mais ne peuvent pas la limiter ou en faire une application moindre que le droit international<sup>1437</sup>.

Le processus à l'œuvre consiste en l'émergence d'une norme nouvelle ; il s'agit par conséquent d'un cas de développement du droit international. Bien que la Déclaration ait été abondamment commentée comme portant reconnaissance et non création du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, c'est comme norme *de lege ferenda* qu'il existait au moins depuis 1980 jusqu'alors, en témoignent l'enracinement des débuts du processus coutumier dans un passé lointain, les phases précoces de la pratique et de l'*opinio juris* et leur affermissement progressif jusqu'à récemment. Cela n'est pas contradictoire avec l'idée d'un développement du droit international sur ce point comme accession à au droit positif d'une norme *de lege ferenda* née de l'interaction entre l'évolution postcoloniale du droit des peuples à l'autodétermination, la reconnaissance graduelle aux peuples autochtones de la qualité de peuples au sens du droit international et le principe d'intégrité territoriale des Etats.

Par ailleurs, le processus de développement du droit sur le long terme ne pose pas d'obstacle à l'interprétation de certaines des étapes du processus coutumier en termes de précision et d'interprétation contextuelle du droit plutôt qu'en termes de développement. L'élaboration puis l'adoption de la Déclaration révèle toute l'ambiguïté entre développement

---

<sup>1437</sup> James CRAWFORD, *op. cit.*, 2006 (v. note 703 *supra*), p. 128 : « *by definition, matters of self-determination are not within the domestic jurisdiction of the metropolitan state* ».

et précision du droit. Au moment de son adoption, la Déclaration se limite à mettre par écrit les normes élaborées lors des activités normatives dans le cadre des Nations Unies. Lorsque la profondeur chronologique est restituée à la Déclaration, son rôle comme étape prééminente en matière de développement progressif de la norme à l'étude apparaît nettement. De plus, la notion de précision ou de clarification révèle bien l'ambiguïté et la part de fiction juridique d'une démarche qui, tout en se voulant exclusivement l'interprétation d'une règle existante sans créer du droit nouveau en vertu du principe de l'intégrité des droits de l'homme et de leur caractère absolu, recèle inévitablement une dimension créatrice<sup>1438</sup>. Est ici à l'œuvre une cohabitation non contradictoire entre, d'une part, le déploiement du corpus des droits de l'homme et, d'autre part, le droit international reflétant l'état de ce que les Etats admettent comme norme à un moment déterminé. En d'autres termes, le développement du droit à l'occasion du processus coutumier ne viole pas l'intégrité ni le caractère absolu des droits de l'homme, tant que les normes émergentes non seulement sont conformes au principe, à l'idée et à l'essence des droits de l'homme, mais en procèdent également comme une conséquence logique et directe. Sous cet angle, le droit international apparaît alors comme l'état de maturation et de déploiement du corpus des droits de l'homme à un moment donné, c'est-à-dire la somme des normes ayant émergé dans la *lex ferenda* et dans la *lex lata*.

---

<sup>1438</sup> V. les formules multiples des mécanismes institutionnels de l'O.N.U. mandatées en ce sens, à l'exemple de cette formule ambiguë employée par le Rapporteur spécial : "As explained in his 2008 report to the Human Rights Council, the Declaration does not in any way affirm or create rights for indigenous peoples that are separate from the universal human rights that are deemed of universal application. Rather, the Declaration elaborates [en français: développe] upon existing international human rights norms and commitments in the specific social, cultural, economic and historical contexts of indigenous peoples." (A/HRC/15/37/Add.1, doc. cit., 15 septembre 2010 (v. note 1002 *supra*), §220 p. 98, v. aussi §221 p. 98).

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

## I

Au terme de la présente étude, la démarche d'administration de la preuve suivie vis-à-vis du long processus coutumier à l'œuvre conduit à une validation de l'existence du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le droit international coutumier en tant que norme prescriptive du droit positif. Le processus coutumier puise ses origines dans un passé lointain. La maturation d'abord lente et inégale d'éléments matériel et psychologique discernables par traces s'est accélérée au tournant des années 1970 avec l'institutionnalisation des questions autochtones au sein des Nations Unies. Ce relais institutionnel a eu un effet ordonnateur et systématisant sur la consolidation des deux éléments et sur l'accession graduelle de la norme émergente à la normativité. La norme *in statu nascendi* s'est trouvée au cœur des travaux normatifs des Groupes de travail successifs auxquels ont participé les Etats membres et de nombreuses délégations autochtones.

Intervenu au lendemain de l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* de 2007, le passage définitif de cette norme de la *lex ferenda* vers la *lex lata* peut être constaté au-delà du doute raisonnable *a posteriori* en 2014 sur le fondement d'une pleine maturation des deux éléments du processus coutumier. En d'autres termes, l'examen des comportements pertinents attribuables aux sujets du droit international révèle qu'il existe une pratique désormais générale, cohérente et constante qui répond au sentiment chez les Etats de conformer leur conduite à une règle de droit. Aussi vague qu'elle puisse apparaître à certains égards, une prise de conscience collective chez les Etats de la nécessité sociale de la norme juridique à l'étude a eu lieu. La Déclaration apparaît comme le pivot de cette prise de conscience du processus coutumier dont la souplesse, reflétant les logiques de formation spontanée des normes de droit international à la fois en termes de coutume sage et de coutume sauvage, n'entame pas le *continuum*. La dimension institutionnelle a considérablement contribué à stimuler la relation de renforcement mutuel des deux éléments puis à parachever l'accession de la norme à l'étude à la normativité. En

particulier, la dimension institutionnelle a guidé le *continuum* en ce qu'elle a permis, au lendemain de l'adoption de la Déclaration, de conférer à la pratique une orientation générale convergente garante de son homogénéité et de résorber les oppositions ouvertes d'une minorité d'Etats, conduisant à une consolidation du consensus général sur la désirabilité de la norme à l'étude. Cette dimension institutionnelle, au centre de laquelle se déploie la Déclaration, offre du reste un motif récurrent de la formation du droit international coutumier généralisé à d'autres domaines. La logique institutionnelle se manifeste sous divers aspects, et atteste, dans le cas de la présente étude, de la capacité des mécanismes de suivi et d'exhortation à créer du droit positif à la faveur d'un long processus de maturation par sédimentation faisant une place centrale à la répétition et à la cumulation des recommandations et des comportements. Cette dynamique a présidé à la consolidation de la coutume générale.

Au consensus quantitatif quasi unanime atteint dans le cadre institutionnel de l'O.N.U. répond un consensus qualitatif dans la dynamique sous-tendant la pratique des Etats. Celui-ci se structure autour d'un groupe meneur restreint d'Etats vertueux et particulièrement intéressés suivi par une majorité silencieuse et relativement passive. Le dénominateur commun de l'ensemble des Etats se cristallise à travers la dynamique du consentement, c'est-à-dire la prise de conscience collective de l'existence de la règle. Notamment, même les Etats peu engagés dans le processus coutumier sont affectés par une modification qualitative de leurs comportements internes et de leurs prises de position après 2007, comportements qui révèlent la conscience de l'existence de la règle.

Le consensus sur l'existence ou la désirabilité de la norme nouvelle a pu ainsi être identifié à des degrés certes variables dans l'ensemble des systèmes juridiques du monde, sur tous les continents de la planète, comprenant les Etats particulièrement intéressés et les grandes puissances, et en présence d'une disparition complète de toute opposition déclarée. Les réserves persistantes de certains Etats sont rares et déclinantes, et témoignent de la manifestation sous-jacente du consentement, entendu comme acceptation passive ou à contrecœur, prise de conscience de l'inévitabilité de la norme. Dans tous les cas, ces réserves de plus en plus isolées et diluées n'apparaissent pas susceptibles faire obstacle au consensus général – dont l'unanimité n'est pas requise pour la consolidation d'une norme coutumière – d'autant plus qu'elles se heurtent à des comportements contradictoires chez les Etats eux-mêmes et qu'elles sont traitées par l'immense majorité de la société internationale comme



autant de déviations ou de violations de la norme nouvelle. En vue de répondre aux critiques doctrinales qui visent à relativiser l'opérabilité de la théorie générale des deux éléments, il faut souligner que l'examen a permis de mettre en évidence le *continuum* du processus coutumier comme siège du renforcement mutuel des deux éléments. Nonobstant la collusion fréquente de ces deux éléments, le *continuum* a révélé le consentement général des Etats à l'égard de la norme à l'étude.

## II

Tel qu'il résulte du processus coutumier examiné tout au long de la présente étude, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination – « la norme » –, d'essence éminemment politique, se déploie sous la forme d'un droit-cadre dont la structure peut se résumer comme suit. Le fondement sur lequel repose la norme est la qualité de peuple, au sens du droit international, des peuples autochtones. Cette qualité se fonde à son tour sur l'antériorité de présence des peuples autochtones sur tout ou partie du territoire de l'Etat contemporain – critère objectif – de laquelle découle une souveraineté première puis résiduelle des peuples autochtones, et sur le principe d'auto-identification par le groupe lui-même comme autochtone – critère subjectif. D'essence absolue en tant que norme essentielle des droits de l'homme mais d'exercice relatif en vue d'en sauvegarder l'intégrité, l'efficacité et la souplesse, le droit des peuples à l'autodétermination voit son application *rationæ personæ* couvrir ainsi les peuples autochtones en raison d'attributs intrinsèques et non pas en raison de caractéristiques contingentes telles que la situation de dominé ou de minorité numérique, l'existence d'une subjugation passée justifiant l'aspect remède, l'existence d'une culture et d'un mode de vie distinctifs, la conclusion de traités autochtones ou encore la pratique du titre autochtone, entendu comme tolérance de l'Etat et donc susceptible d'extinction. Ces traits constituent autant d'indices confirmatoires de l'existence du peuple autochtone qui contribuent à préciser la portée contextuelle de la norme. Il ne saurait s'agir d'attributs constitutifs de l'existence du peuple autochtone.

Le contenu de la norme consiste en un ensemble ouvert de droits constitutifs comprenant notamment le droit à l'autonomie politique ou auto-administration – couvrant diverses formes dont l'établissement et le maintien d'institutions, de formes traditionnelles d'organisation –, le droit au développement, le droit à la démocratie ou participation à la vie

politique et à la prise de décision – y compris des institutions et mécanismes représentatifs auprès des institutions de l'Etat –, le droit à l'intégrité culturelle et à la préservation de l'identité, de la langue, des religions, des savoirs et des traditions autochtones, le droit à une éducation respectueuse de la culture autochtone, la souveraineté sur les ressources naturelles, le droit à la justice coutumière autochtone ou encore les droits fonciers – y compris dans un aspect remède le cas échéant ainsi que le titre autochtone entendu comme droit donc non susceptible d'extinction. Les droits constitutifs répondent à l'objectif commun général de protection et de préservation de l'intégrité et de l'identité des peuples autochtones. Ils constituent autant de formes d'exercice du droit à l'autodétermination. L'essence collective de la plupart de ces droits inhérents contribue à refléter l'identité autochtone et répond au caractère collectif du droit des peuples à l'autodétermination. Lorsque cela est possible, la mise en œuvre des droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination peut prendre la forme de mesures correctives sous la forme de réparation ou de dédommagement en raison des comportements passés de l'Etat ayant conduit à une violation de ces droits. Ces mesures correctives constituent autant de processus de légitimisation tardive d'Etat dont l'établissement initial de la souveraineté repose sur des fondements illégitimes mais dont la colonisation est devenue irréversible. L'enjeu est alors de trouver un modèle de cohabitation juste et respectueux de l'intégrité autochtone au sein de l'Etat constitué. Loin de fournir un cadre définitif de la norme nouvelle, cet ensemble de droits constitutifs demeure en cours de définition et reste ainsi susceptible de s'enrichir d'autres droits à l'avenir. Il délimite le champ d'exercice du droit à l'autodétermination que chaque peuple autochtone peut invoquer en totalité ou en partie, en fonction de ses aspirations et de son contexte particulier.

L'exercice de la norme suit au moins deux principes d'application et d'interprétation intimement liés. Il s'agit du principe de bonne foi dans les relations entre les peuples autochtones et l'Etat et du principe d'un consentement libre, éclairé et préalable des peuples autochtones aux prises de décision affectant leurs intérêts. Ces deux principes constituent en réalité deux aspects d'une même réalité et sont couverts dans la pratique par de nombreuses qualifications telles que négociation, consultation, prise de décision consensuelle, dialogue politique, partage négocié du pouvoir, construction et développement d'une relation de partenariat entre l'Etat et les peuples autochtones. Inspirés des principes éthiques universels de démocratie et d'unité dans la diversité, ces principes qui guident l'application de la norme ont une portée totalisante et légitimatrice. En effet, ils affectent la mise en œuvre de tous les droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Plus radicalement, il

s'agit d'une condition sanctionnant la légitimité et la validité de l'exercice de chacun des droits constitutifs de la norme, entendue au sens large de sa définition générale comme le droit pour un peuple d'être maître de son propre destin, et de manière corollaire, de voir sa volonté reflétée dans un gouvernement représentatif. Ces principes d'application ont une double dimension procédurale ou formelle – ils sont vus alors comme principes – et substantielle – il s'agit alors de droits. Le caractère englobant du principe vis-à-vis du droit reflète en outre la structure de la norme en droit-cadre et la position parfois ambiguë de l'autodétermination entre le droit et le principe.

Dans ce contexte, le contenu de la norme est à géométrie variable et est susceptible d'être réalisé de manière contextuelle à des degrés divers, en fonction des désirs et des aspirations des peuples autochtones eux-mêmes – et non des Etats – dans les limites du cadre fixé qui constitue un maximum. En d'autres termes, le contenu de la norme peut s'apparenter à une liste de droits constitutifs susceptibles d'être réalisés totalement ou en partie, à un degré déterminé dans chaque contexte par le peuple autochtone lui-même selon ses aspirations. La réalisation de la norme est vue comme un processus continu de consultation de bonne foi, de consolidation d'une relation de partenariat, d'un partage négocié du pouvoir entre l'Etat et ses peuples autochtones. L'application à géométrie variable du droit, c'est-à-dire de tout ou partie des droits constitutifs à des degrés divers, répond au principe d'auto-identification subjective des peuples autochtones.

La négociation de bonne foi est présumée conduire à un résultat consensuel respectueux des aspirations autochtones dans le cadre de l'Etat existant. C'est au contraire l'unilatéralisme et la rupture du consensus négocié qui place les actes concernés en dehors du cadre juridique applicable, voire en consacrent une violation. Cette conception apparaît elle aussi conforme au sens général du droit des peuples à l'autodétermination comme le droit pour un peuple d'être maître de son propre destin et donc de déterminer ses aspirations, besoins et priorités. Reflet d'un exercice souple et contextuel du cadre général dans la situation spécifique des peuples autochtones, la norme entendue comme droit-cadre apparaît ainsi comme un édifice complexe à multiple dimensions et régie par divers paramètres à l'articulation subtile, certains ayant un caractère nécessaire, d'autres simplement confirmatoires.

En l'état actuel de la norme, la portée *ratione materiae* du droit des peuples autochtones à l'autodétermination demeure limitée à un exercice interne. L'absence de dimension externe résulte de la volonté et des intentions clairement exprimées des Etats lors des travaux préparatoires des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme mais surtout de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. La présente étude a montré que cette position constante a été régulièrement réaffirmée par une majorité d'Etats comme la condition *sine qua non* de leur soutien à la Déclaration. Ce trait reflète du reste l'état du régime général dont la norme fait partie et, partant, ne saurait être interprété comme impliquant une forme de discrimination à l'égard des peuples autochtones. En effet, la tendance au renforcement d'une logique de subsidiarité, limitant autant que possible l'exercice du droit à l'autodétermination à sa forme interne et considérant l'exercice externe non consensuel comme une forme de dernier recours, se retrouve dans le régime général commun à tous les peuples.

L'absence de dimension externe du droit des peuples autochtones à l'autodétermination n'équivaut pas pour autant à une prohibition de la sécession, acte relevant du domaine du fait – et par conséquent distinct de la norme à l'étude – et dont le droit international se limite à prendre acte sous certaines conditions. Comme le montre l'exploration des pistes d'évolution hypothétique future de la norme dans le cadre du régime général, l'incertitude concernant l'évolution du régime actuel sur cette question force à la prudence. Notamment, la question reste ouverte de savoir si la méconnaissance par l'Etat de son obligation de négocier ou du principe de consultation de bonne foi dans une mesure substantielle conduirait à une situation de déni du droit à l'autodétermination interne susceptible d'ouvrir la voie à un droit à l'autodétermination externe, exercé de manière unilatérale par le peuple autochtone affecté. Cet exercice unilatéral découlerait de la rupture du consensualisme provoqué par un comportement unilatéral substantiel et durable de l'Etat.

L'état actuel du droit international ne permet pas de conclure à l'existence d'un tel droit dans le cadre du débat général sur un hypothétique droit à la sécession remède qui serait octroyé à des groupes opprimés victimes de violations substantielles des droits de l'homme par l'Etat et donnant lieu à une situation manifeste de non-représentation légitime. Cependant, il semble que la porte reste suffisamment entrouverte pour qu'une évolution à venir dans ce sens ne puisse être totalement exclue. Dans tous les cas, l'évolution du débat général sur la question devrait avoir des répercussions *ipso facto* sur les peuples autochtones en tant que

catégorie de peuples au sens du droit international puisqu'ils sont le plus souvent directement affectés par le déficit de représentativité légitime de l'Etat.

### III

L'invocation émergente d'une forme atténuée de responsabilité de l'Etat pour violation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination offre un indice confirmatoire de l'existence de la norme dans la *lex lata* puisqu'elle reflète sa force juridique désormais obligatoire. Bien qu'elle soit garante en dernier ressort de l'effectivité du droit international, l'invocation de la responsabilité de l'Etat ne saurait constituer pour autant un attribut nécessaire du caractère obligatoire de la norme, étant donné l'absence dans le droit international d'un système de sanction systématique en cas de violation d'une norme.

Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination ne peut être essentiellement différent ou limité par rapport au droit des peuples à l'autodétermination sous peine de vider le concept d'autodétermination de sa substance et de compromettre son efficacité juridique. Au nom de la cohérence nécessaire à l'existence du droit international comme garant de la stabilité des relations internationales<sup>1439</sup>, ce trait confirme sous un autre angle que les peuples autochtones sont bien des peuples au sens du droit international. Leur droit à l'autodétermination est fermement ancré dans le régime général ; son exercice est contextuel et particulier afin de répondre aux aspirations et aux traits propres aux peuples autochtones.

En leur permettant d'être pleinement maîtres de leur destin, l'accession des peuples autochtones au droit à l'autodétermination les extrait définitivement du régime de protection des minorités nationales. Alors que celui-ci repose sur une conception essentiellement protectrice et passive dont les paramètres sont définis par des considérations contingentes de rapports de force au sein de la population nationale, le droit des peuples autochtones à l'autodétermination se fonde avant tout sur des attributs intrinsèques de ses titulaires. En revanche, il semblerait pour le moins prématuré de déduire de l'inclusion des peuples autochtones parmi les titulaires d'une norme aussi essentielle que le droit des peuples à

---

<sup>1439</sup> Igor I. LOUKACHOUK, *op. cit.*, 2005 (v. note 833 *supra*), p. 12: “[l]a formalisation est l’une des conditions d’effectivité du droit international ainsi qu’une garantie importante de la réalisation des droits de ses sujets” (russe original: « Формализация – одно из условий эффективности международного права, а также немаловажная гарантия осуществления прав его субъектами. »)

l'autodétermination l'amorce de leur passage du statut de sujet passif à celui de sujet actif du droit international ou de l'acquisition de la personnalité juridique internationale. Bien que les peuples autochtones constituent une catégorie proche de celle des minorités nationales, le droit international contemporain ne permet pas de conclure à l'inclusion des minorités nationales parmi les titulaires du droit à l'autodétermination. Cependant, la pénétration lente de la notion de droits collectifs dans le régime des minorités traditionnellement constitué de droits individuels exercés en communauté avec d'autres pourrait conduire à modifier cette conclusion à l'avenir.

Le processus coutumier dans le cas d'espèce offre un exemple particulièrement éclairant de contribution d'acteurs non-étatiques à la formation du droit international. Tantôt organisés en organisations non gouvernementales de société civile, tantôt constitués en délégations, les représentants autochtones ont joué un rôle décisif dans l'élaboration puis l'adoption de la Déclaration. Ils sont à l'origine de l'institutionnalisation des questions autochtones au sein de l'O.N.U. et ont joué un rôle actif dans les activités normatives résultant en un développement et une précision des dispositions du texte final de la Déclaration. Il ne fait pas de doute que le processus d'élaboration du projet de Déclaration n'aurait pas été mené à bien par les seuls Etats. Plus encore, l'examen des méthodes et activités des deux Groupes de travail successifs révèle dans une certaine mesure une tendance à la marginalisation de la volonté des Etats relativement à certaines revendications autochtones dans l'élaboration des standards autochtones, du moins à partir d'un certain stade de leur affirmation. La volonté de l'Etat fait ainsi place à son consentement. Ces traits reflètent un phénomène généralisé à d'autres domaines dans les processus contemporains de formation du droit international.

#### IV

L'examen conduit tout au long de l'étude a contribué à mettre en exergue l'une des difficultés du sujet qui se retrouve à l'échelle générale du droit international. Cette difficulté tient à un corpus de règles juridiques développées au cas par cas, progressivement, par à-coups et souvent de manière incomplète, en l'absence d'un principe ordonnateur *a priori*. En suivant la direction du processus coutumier qui est le théâtre d'une rationalisation imparfaite et *a posteriori*, le mouvement conduit à l'émergence d'un cadre juridique bancal et inachevé dont les normes sont entachées d'incertitude et d'imprécision. Ce trait est frappant non

seulement concernant le manque de définition complète et fiable des notions de peuple, de peuple autochtone ou d'autodétermination, mais également concernant l'absence d'une méthode unique, à proprement parler scientifique et faisant l'objet d'un consensus au sein de la doctrine, en matière d'appréhension du processus de formation des règles coutumières et, partant, de l'administration de la preuve. La faiblesse du formalisme apparaît d'ailleurs : d'une part, elle fournit la souplesse nécessaire à l'émergence de la norme à l'étude sans faire obstacle au développement et à l'opérabilité des notions juridiques en jeu ; d'autre part, elle laisse inévitablement subsister des faiblesses et incertitudes d'articulation entre les principales notions à l'œuvre, pouvant aller parfois jusqu'à la contradiction. Plus l'analyste détaille l'examen, plus il se heurte à l'incertitude frappant des notions inabouties et plus la cohérence générale de l'édifice s'en trouve ébranlée. L'analyse se trouve alors dans une situation troublante où les notions tendent à fuir ou à se dissoudre à mesure que leur examen s'approfondit. Pour cette raison, si l'ouverture et la comparaison ont été nécessaires, la présente étude a néanmoins cherché à s'écarter le moins possible du cœur du sujet afin d'en préserver la cohérence. Trait inhérent au droit international auquel il apparaît systémique, et que l'examen de la présente étude a si bien rappelé, l'inachèvement, marqué par l'incertitude et le manque de systématisation, appelle à une interprétation au cas par cas, à la lumière du contexte ainsi que des principes du raisonnable, de l'équité, de paix et de stabilité, en préservant une certaine logique d'ensemble apportée par le cadre juridique mis en évidence dans la présente étude.

Une conceptualisation du droit des peuples autochtones à l'autodétermination telle qu'elle résulte du processus coutumier examiné apparaît juste, équitable et réaliste. Elle semble conforme aux objectifs et à la philosophie sous-tendant l'émergence puis le développement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit international. Puissant principe régulateur de la paix internationale, de la prospérité des peuples et de la stabilité des relations internationales, le droit des peuples à l'autodétermination s'offre comme un outil au service de la coexistence pacifique et de la coopération ainsi qu'un moyen de réalisation du principe éthique premier d'unité dans la diversité. Procédant de cet objectif ultime, son application souple de portée interne s'accommode du principe d'intégrité territoriale des Etats, voire même constitue une garantie protectrice de ce principe contre les aspirations centrifuges. Il reste que certains appels des peuples autochtones vers la consécration d'un aspect externe de la norme suggèrent que cette garantie pourrait être de plus en plus conditionnée par un respect par l'Etat de la norme alors structurée en système de subsidiarité

autour du respect du principe de consultation de bonne foi, en conformité avec le principe démocratique universel. La mise en œuvre concertée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination sous sa forme interne, qui offre du reste une grande richesse de possibilités et de nuances en vue de garantir l'intégrité autochtone ainsi qu'une adaptabilité considérable aux aspirations des peuples autochtones, apparaît en définitive comme la seule voie susceptible de sauvegarder l'intégrité territoriale des Etats. En effet, la pratique montre abondamment que c'est précisément le refus de mettre en œuvre une forme d'autodétermination interne ou démocratique, invoquant souvent la peur de la sécession, qui conduit presque inévitablement à des situations d'assimilation forcée, de conflit, d'anarchie et de mouvements sécessionnistes.

\*        \*  
\*  
\*  
\*



## **ANNEXES**



## Assemblée générale

Distr. générale  
2 octobre 2007

Soixante et unième session  
Point 68 de l'ordre du jour

### Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007

[sans renvoi à une grande commission (A/61/L.67 et Add.1)]

#### **61/295. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

*L'Assemblée générale,*

*Prenant note* de la recommandation faite par le Conseil des droits de l'homme dans sa résolution 1/2 du 29 juin 2006<sup>1440</sup>, par laquelle il a adopté le texte de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones,

*Rappelant* sa résolution 61/178 du 20 décembre 2006, par laquelle elle a décidé, d'une part, d'attendre, pour examiner la Déclaration et prendre une décision à son sujet, d'avoir eu le temps de tenir des consultations supplémentaires sur la question, et, de l'autre, de finir de l'examiner avant la fin de sa soixante et unième session,

*Adopte* la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le texte figure en annexe à la présente résolution.

*107<sup>e</sup> séance plénière  
13 septembre 2007*

#### **Annexe**

#### **Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones**

*L'Assemblée générale,*

*Guidée* par les buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et convaincue que les États se conformeront aux obligations que leur impose la Charte,

<sup>1440</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 53 (A/61/53)*, première partie, chap. II, sect. A.

*Affirmant* que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels,

*Affirmant également* que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures, qui constituent le patrimoine commun de l'humanité,

*Affirmant en outre* que toutes les doctrines, politiques et pratiques qui invoquent ou prônent la supériorité de peuples ou d'individus en se fondant sur des différences d'ordre national, racial, religieux, ethnique ou culturel sont racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans valeur, moralement condamnables et socialement injustes,

*Réaffirmant* que les peuples autochtones, dans l'exercice de leurs droits, ne doivent faire l'objet d'aucune forme de discrimination,

*Préoccupée* par le fait que les peuples autochtones ont subi des injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts,

*Consciente* de 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,

*Consciente également* de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits des peuples autochtones affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États,

*Se félicitant* du fait que les peuples autochtones s'organisent pour améliorer leur situation sur les plans politique, économique, social et culturel et mettre fin à toutes les formes de discrimination et d'oppression partout où elles se produisent,

*Convaincue* que le contrôle, par les peuples autochtones, des événements qui les concernent, eux et leurs terres, territoires et ressources, leur permettra de perpétuer et de renforcer leurs institutions, leur culture et leurs traditions et de promouvoir leur développement selon leurs aspirations et leurs besoins,

*Considérant* que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion,

*Soulignant* la contribution de la démilitarisation des terres et territoires des peuples autochtones à la paix, au progrès économique et social et au développement, à la compréhension et aux relations amicales entre les nations et les peuples du monde,

*Considérant en particulier* le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux droits de l'enfant,

*Estimant* que les droits affirmés dans les traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sont, dans certaines situations, des sujets de préoccupation, d'intérêt et de responsabilité à l'échelle internationale et présentent un caractère international,

*Estimant également* que les traités, accords et autres arrangements constructifs, ainsi que les relations qu'ils représentent, sont la base d'un partenariat renforcé entre les peuples autochtones et les États,

*Constatant* que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>1441</sup> et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>2</sup>, ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne<sup>1442</sup>, affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel,

*Consciente* qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international,

*Convaincue* que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi,

*Encourageant* les États à respecter et à mettre en œuvre effectivement toutes leurs obligations applicables aux peuples autochtones en vertu des instruments internationaux, en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, en consultation et en coopération avec les peuples concernés,

*Soulignant* que l'Organisation des Nations Unies a un rôle important et continu à jouer dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones,

*Convaincue* que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations Unies dans ce domaine,

*Considérant et réaffirmant* que les autochtones sont admis à bénéficier sans aucune discrimination de tous les droits de l'homme reconnus en droit international, et que les peuples autochtones ont des droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples,

*Considérant* que la situation des peuples autochtones n'est pas la même selon les régions et les pays, et qu'il faut tenir compte de l'importance des particularités nationales ou régionales, ainsi que de la variété des contextes historiques et culturels,

*Proclame solennellement* la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, dont le texte figure ci-après, qui constitue un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel :

#### *Article premier*

Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>1443</sup> et le droit international relatif aux droits de l'homme.

#### *Article 2*

Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres et ont le droit de ne faire l'objet, dans l'exercice de leurs droits,

---

<sup>1441</sup> Voir résolution 2200 A (XXI), annexe.

<sup>1442</sup> A/CONF.157/24 (Part I), chap. III.

<sup>1443</sup> Résolution 217 A (III).

d'aucune forme de discrimination fondée, en particulier, sur leur origine ou leur identité autochtones.

#### *Article 3*

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

#### *Article 4*

Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes.

#### *Article 5*

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

#### *Article 6*

Tout autochtone a droit à une nationalité.

#### *Article 7*

1. Les autochtones ont droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, à la liberté et à la sécurité de la personne.

2. Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif, de vivre dans la liberté, la paix et la sécurité en tant que peuples distincts et ne font l'objet d'aucun acte de génocide ou autre acte de violence, y compris le transfert forcé d'enfants autochtones d'un groupe à un autre.

#### *Article 8*

1. Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture.

2. Les États mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant :

a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique ;

b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ;

c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ;

d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée ;

e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter.

#### *Article 9*

Les autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit.

#### *Article 10*

Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour.

#### *Article 11*

1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

#### *Article 12*

1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

#### *Article 13*

1. Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour protéger ce droit et faire en sorte que les peuples autochtones puissent comprendre et être compris dans les procédures politiques, juridiques et administratives, en fournissant, si nécessaire, des services d'interprétation ou d'autres moyens appropriés.

#### *Article 14*

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir et de contrôler leurs propres systèmes et établissements scolaires où l'enseignement est dispensé dans leur propre langue, d'une manière adaptée à leurs méthodes culturelles d'enseignement et d'apprentissage.

2. Les autochtones, en particulier les enfants, ont le droit d'accéder à tous les niveaux et à toutes les formes d'enseignement public, sans discrimination aucune.

3. Les États, en concertation avec les peuples autochtones, prennent des mesures efficaces pour que les autochtones, en particulier les enfants, vivant à l'extérieur de leur communauté, puissent accéder, lorsque cela est possible, à un enseignement dispensé selon leur propre culture et dans leur propre langue.

#### *Article 15*

1. Les peuples autochtones ont droit à ce que l'enseignement et les moyens d'information reflètent fidèlement la dignité et la diversité de leurs cultures, de leurs traditions, de leur histoire et de leurs aspirations.

2. Les États prennent des mesures efficaces, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones concernés, pour combattre les préjugés et éliminer la discrimination et pour promouvoir la tolérance, la compréhension et de bonnes relations entre les peuples autochtones et toutes les autres composantes de la société.

#### *Article 16*

1. Les peuples autochtones ont le droit d'établir leurs propres médias dans leur propre langue et d'accéder à toutes les formes de médias non autochtones sans discrimination aucune.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour faire en sorte que les médias publics reflètent dûment la diversité culturelle autochtone. Les États, sans préjudice de l'obligation d'assurer pleinement la liberté d'expression, encouragent les médias privés à refléter de manière adéquate la diversité culturelle autochtone.

#### *Article 17*

1. Les autochtones, individus et peuples, ont le droit de jouir pleinement de tous les droits établis par le droit du travail international et national applicable.

2. Les États doivent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, prendre des mesures visant spécifiquement à protéger les enfants autochtones contre l'exploitation économique et contre tout travail susceptible d'être dangereux ou d'entraver leur éducation ou de nuire à leur santé ou à leur développement physique, mental, spirituel, moral ou social, en tenant compte de leur vulnérabilité particulière et de l'importance de l'éducation pour leur autonomisation.

3. Les autochtones ont le droit de n'être soumis à aucune condition de travail discriminatoire, notamment en matière d'emploi ou de rémunération.

#### *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.

#### *Article 20*

1. Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de développer leurs systèmes ou institutions politiques, économiques et sociaux, de disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement et de se livrer librement à toutes leurs activités économiques, traditionnelles et autres.

2. Les peuples autochtones privés de leurs moyens de subsistance et de développement ont droit à une indemnisation juste et équitable.

#### *Article 21*

1. Les peuples autochtones ont droit, sans discrimination d'aucune sorte, à l'amélioration de leur situation économique et sociale, notamment dans les domaines de l'éducation, de l'emploi, de la formation et de la reconversion professionnelles, du logement, de l'assainissement, de la santé et de la sécurité sociale.

2. Les États prennent des mesures efficaces et, selon qu'il conviendra, des mesures spéciales pour assurer une amélioration continue de la situation économique et sociale des peuples autochtones. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones.

#### *Article 22*

1. Une attention particulière est accordée aux droits et aux besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones dans l'application de la présente Déclaration.

2. Les États prennent des mesures, en concertation avec les peuples autochtones, pour veiller à ce que les femmes et les enfants autochtones soient pleinement protégés contre toutes les formes de violence et de discrimination et bénéficient des garanties voulues.

#### *Article 23*

Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'élaborer des priorités et des stratégies en vue d'exercer leur droit au développement. En particulier, ils ont le droit d'être activement associés à l'élaboration et à la définition des programmes de santé, de logement et d'autres programmes économiques et sociaux les concernant, et, autant que possible, de les administrer par l'intermédiaire de leurs propres institutions.



#### *Article 24*

1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.

2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit.

#### *Article 25*

Les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures.

#### *Article 26*

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*

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.

#### *Article 28*

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 29*

1. Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. À ces fins, les États établissent et mettent en œuvre des programmes d'assistance à l'intention des peuples autochtones, sans discrimination d'aucune sorte.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour veiller à ce qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

3. Les États prennent aussi, selon que de besoin, des mesures efficaces pour veiller à ce que des programmes de surveillance, de prévention et de soins de santé destinés aux peuples autochtones affectés par ces matières, et conçus et exécutés par eux, soient dûment mis en œuvre.

#### *Article 30*

1. Il ne peut y avoir d'activités militaires sur les terres ou territoires des peuples autochtones, à moins que ces activités ne soient justifiées par des raisons d'intérêt public ou qu'elles n'aient été librement décidées en accord avec les peuples autochtones concernés, ou demandées par ces derniers.

2. Les États engagent des consultations effectives avec les peuples autochtones concernés, par le biais de procédures appropriées et, en particulier, par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives, avant d'utiliser leurs terres et territoires pour des activités militaires.

#### *Article 31*

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.

#### *Article 32*

1. Les peuples autochtones ont le 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.

2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel.

#### *Article 33*

1. Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent.

2. Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures.

#### *Article 34*

Les peuples autochtones ont le droit 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.

#### *Article 35*

Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les responsabilités des individus envers leur communauté.

#### *Article 36*

1. Les peuples autochtones, en particulier ceux qui vivent de part et d'autre de frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec leurs propres membres ainsi qu'avec les autres peuples, notamment des activités ayant des buts spirituels, culturels, politiques, économiques et sociaux.

2. Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, des mesures efficaces pour faciliter l'exercice de ce droit et en assurer l'application.

#### *Article 37*

1. 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.

2. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée de manière à diminuer ou à nier les droits des peuples autochtones énoncés dans des traités, accords et autres arrangements constructifs.

#### *Article 38*

Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration.

#### *Article 39*

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à une assistance financière et technique, de la part des États et dans le cadre de la coopération internationale, pour jouir des droits énoncés dans la présente Déclaration.

#### *Article 40*

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. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

#### *Article 41*

Les organes et les institutions spécialisées du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales contribuent à la pleine mise en œuvre des dispositions de la présente Déclaration par la mobilisation, notamment, de la coopération financière et de l'assistance technique. Les moyens d'assurer la participation des peuples autochtones à l'examen des questions les concernant doivent être mis en place.

#### *Article 42*

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

#### *Article 43*

Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde.

#### *Article 44*

Tous les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes.

#### *Article 45*

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les peuples autochtones ont déjà ou sont susceptibles d'acquérir à l'avenir.

#### *Article 46*

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies, ni considérée 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 État souverain et indépendant.

2. Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Toute restriction de cette nature sera non discriminatoire et strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique.

3. Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi.

\*La pagination du document original officiel (12 p.) édité par les Nations Unies n'est pas conservée.

## Annexe 2 – Evolution des dispositions relatives au droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans les instruments de l'O.N.U.

Le tableau ci-dessous présente l'évolution des dispositions relatives au droit des peuples autochtones à l'autodétermination au cours des versions successives du projet de *D.N.U.D.P.A.* élaborées par les deux Groupes de travail compétents, ainsi qu'au sein d'instruments connexes sur les droits des peuples autochtones élaborés dans le cadre de l'O.N.U. Seuls sont pris en compte les instruments se rattachant directement ou indirectement au processus d'élaboration de la *D.N.U.D.P.A.* Les dispositions sont reproduites dans la langue originale du texte. Les ajouts (ou le cas échéant les dispositions ne faisant pas l'objet d'un consensus) sont indiqués en italique entre crochets ; les suppressions figurent en caractères droits entre crochets.

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
Déclaration de principes, Conseil mondial des peuples autochtones, Panama, septembre 1984 (E/CN.4/Sub.2/1985/2, annexe III pp. 25-26)	"All indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of this right they may freely determine their political status and freely pursue their economic, social, religious and cultural development." (principe 1)	---	---
Déclaration de principes proposée par des O.N.G. autochtones lors de la 4 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1985 (E/CN.4/Sub.2/1985/2, annexe 4 pp. 27-28)	« All indigenous nations and peoples have the right to self-determination, by virtue of which they have the right to whatever degree of autonomy or self-government they choose. This includes the right to freely determine their political status, freely pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own membership and/or citizenship, without	"Indigenous nations and peoples are subjects of international law" (principe 15)  "Indigenous nations and peoples may engage in self-defense against State actions in conflict with their right to self-determination" (principe 18).	---

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	external interference.” (principe 2)		
Projet de principes (première version du projet de Déclaration), 4 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones, 1985 (E/CN.4/Sub.2/1985/2 2, annexe II pp. 23-24)	---	---	---
Déclaration sur l'autodétermination, 1987 (proposition des représentants autochtones à la réunion préparatoire de la 5 <sup>e</sup> session du Groupe de travail, document non-référencé, en possession de l'auteur)	«The right to self-determination includes the absolute right of indigenous peoples to exist as communities, tribes, nations or other entities according to their own wishes and to define their own membership » (§2).	<p>“The right to self-determination is fundamental to the enjoyment of all human rights. From the right to self-determination flow the right to permanent sovereignty over land – including aboriginal, ancestral and historical lands – and other natural resources, the right to develop and maintain governing institutions, the right to life, health and physical integrity, and the rights to culture, way of life and religion” (§1).</p> <p>“The most fundamental element of the right to self-determination is the freedom of choice on the part of indigenous peoples. The relationships between indigenous peoples and states must be based on the free and informed consent of indigenous peoples” (§3).</p> <p>“Self-determination encompasses the freedom of indigenous peoples to determine the extent of and the institutions of their self-governance, their political status and associations with the state(s) in which they are located, and the extent and nature of their participation within the political process of such state(s)” (§4).</p> <p>“Self-determination is dependent upon the right of</p>	“The right to self-determination may be realized in many ways ranging from the choice of full independence to various forms of autonomy, self-government and participation in the political processes of the state” (§5).

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>each indigenous people to a land and resource base necessary to sustain an appropriate and sufficient economy as well as the right to exercise its authority and jurisdiction over the corresponding territory” (§6).</p> <p>“Any state action that terminates, undermines or replaces indigenous societies, or their governments or organizations, without their consent, is a violation of the right to self-determination” (§7).</p> <p>“State imposition of governmental or organizational systems and forms without consent by the indigenous people concerned violates the right to self-determination, even where the ostensible purpose is to provide a measure of self-rule or autonomy” (§8).</p> <p>“The existence of international or other legal boundaries must not be permitted to derogate from the right to self-determination of indigenous peoples” (§9).</p> <p>“Where there is a treaty, it shall be interpreted and complied with in accordance with the principles of self-determination” (§10).</p>	
Projet de Déclaration de principes, adopté par les délégations autochtones en préparation de la 5 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones, 27-31 juillet 1987 (E/CN.4/Sub.2/1987/2, annexe V pp. 30-	« All indigenous nations and peoples have the right to self-determination, by virtue of which they have the right to whatever degree of autonomy or self-government they choose. This includes the right to freely determine their political status, freely pursue their own	<p>“No State shall assert any jurisdiction over an indigenous nation and people, or its territory, except in accordance with the freely expressed wishes of the nation and people concerned” (principe 3)</p> <p>“Indigenous nations and peoples are subjects of international law” (principe</p>	---



Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
32).	economic, social, religious and cultural development, and determine their own membership and/or citizenship, without external interference” (principe 2).	15). “Indigenous nations and peoples may engage in self-defence against State actions in conflict with their right to self-determination” (principe 18)  “According to the right to self-determination, all indigenous nations and peoples shall not be obligated to participate in State military services, including armine, paramilitary or ‘civil’ organizations with military structures, within the country or in international conflicts” (principe 22).	
Projet de principes (formulation préliminaire), élaboré par le Groupe de travail à sa 5 <sup>e</sup> session, 1987 (E/CN.4/Sub.2/1987/2 2, annexe II pp. 23-25).	---	---	---
Projet de Déclaration universelle sur les droits autochtones, élaboré par la présidente-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones sur la base des projets précédents et adopté par le Groupe de travail lors de sa 6 <sup>e</sup> session de 1988 comme base unique du processus d'élaboration (E/CN.4/Sub.2/1988/2 5 et E/CN.A/Sub.2/1988/2 4, annexe II pp. 32-36)	---	---	---
Déclaration de Darwin adoptée à l'occasion d'une consultation globale des peuples autochtones, mai 1989, annexée au rapport du	<u>“As indigenous aboriginal peoples, we believe that we have an inherent and inalienable right to self-determination in the</u>	« Indigenous peoples from all over the world met with church representatives and the Chairman/Rapporteur of the United Nations Working Group on Indigenous	“Indigenous peoples strive for and demand the full spectrum of autonomy available in the principle of self-determination, including

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
Groupe de travail à la demande de la présidente-rapporteur (E/CN.4/Sub.2/1989/36, annexe III pp. 36-39)	<u>control of our territories, establishment of our Governments and the maintenance of our traditional cultural and religious practices</u> ” (alinéa 5 du préambule, souligné dans le texte).	Populations to consider the connection between racism and the consequent historical denial of indigenous rights, including [...] the inherent right of self-determination » (alinéa 2 du préambule).  “identify the major obstacles which prevent indigenous peoples from achieving self-determination and self-governance” (alinéa 3 du préambule).	the right to re-establish our own Nation-States, independent of the jurisdiction of our invaders and their accompanying political structures” (article 4 du dispositif).
Premier texte révisé du projet de Déclaration universelle sur les droits des peuples autochtones, soumis par la présidente-rapporteur et débattu lors de la 7 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones de 1989 (E/CN.4/Sub.2/1989/33 et E/CN.4/Sub.2/1989/36, annexe II pp. 31-35).	---	« Bearing in mind that nothing in this declaration may be used as a justification for denying to any people, which otherwise satisfies the criteria generally established by human rights instruments and international law, its right to self-determination » (alinéa 10 du préambule)  “The [collective] right to exist as <u>distinct peoples</u> ” (paragraphe 3 du dispositif, souligné dans le texte).	---
Proposition d'articles pour incorporation dans le projet de Déclaration, soumise par le premier groupe informel de rédaction lors de la 8 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1990 (E/CN.4/Sub.2/1990/42, p. 41)	« Convinced that the right of indigenous peoples to self-determination includes their right freely to determine their present and future relationship with the political, economic and social life of States and that the reaffirmation of said right and of all others enshrined in this Declaration is not to be construed, at present, as in any way limiting their enjoyment of equal rights with citizens of the States in which they currently reside » (alinéa 11 du préambule).	« Endorsing calls for the revitalisation, consolidation and strengthening of indigenous societies and their traditional institutions, cultures and social structures, through respect for their inalienable right to self-determination » (alinéa 9 du préambule).  “Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used as a justification for denying to any people, which otherwise satisfies the criteria generally established by human rights instruments and international law, its right to self-determination” (alinéa 12 du préambule).  “The right to determine, plan and implement, in the context	---

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		of their right of self-determination, all health, housing, and other social, cultural and economic measures affecting them, and execute such measures through their own institutions (paragraphe 20 du dispositif).	
Proposition d'articles pour incorporation dans le projet de Déclaration, soumise par le deuxième groupe informel de rédaction lors de la 8 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1990 (E/CN.4/Sub.2/1990/4 2, pp. 48-49)	« Indigenous peoples have the right to self-determination, by virtue of which they may freely determine their political status, pursue their own economic, social, religious and cultural development, and determine their own institutions » (paragraphe 1 du dispositif).	« Noting that the International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and Civil and Political Rights affirm the fundamental importance of the right to self-determination » (proposition d'un nouvel alinéa du préambule)	----
Projet de Déclaration universelle sur les droits des peuples autochtones, arrêté lors de la 9 <sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones de 1991 (E/CN.4/Sub.2/1991/4 0/Rev.1, annexe II pp. 30-37)	« Indigenous peoples have the right to self-determination, in accordance with international law. By virtue of this right, they freely determine their relationship with the States in which they live, in a spirit of coexistence with other citizens, and freely pursue their economic, social, cultural and spiritual development in conditions of freedom and dignity » (paragraphe 1 du dispositif).	« Noting that the International Covenants on Human Rights affirm the fundamental importance of the right to self-determination » (alinéa 13 du préambule)	<p>“...they freely determine their relationship with the States in which they live in a spirit of coexistence with other citizens” (paragraphe 1 du dispositif).</p> <p>“Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or individual any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations or to the Declaration of Principles of International Law on Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations” (nouveau paragraphe introduit après le paragraphe 13 du dispositif).</p>
Projet de Déclaration approuvé en première lecture par le Groupe	« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-	» Affirmant que, conformément aux normes internationales, tous les	« Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
de travail sur les peuples autochtones lors de sa 10 <sup>e</sup> session de 1992 (E/CN.4/Sub.2/1992/3 3, annexe I pp. 48-57)	mêmes, conformément au droit international en vertu duquel ils peuvent déterminer librement leur statut et leurs institutions politiques et assurer librement leur développement économique, social et culturel. Le droit à l'autonomie et à l'auto-administration fait partie intégrante de ce droit » (paragraphe 1 du dispositif).	<p>peuples autochtones sont libres, et égaux à tous les peuples en dignité et en droits » (alinéa 1 du préambule).</p> <p>« Notant que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques soulignent l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit qui leur permet de déterminer librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel » (alinéa 14 du préambule).</p> <p>« Ayant à l'esprit qu'aucune disposition de la présente déclaration ne pourra être utilisée comme prétexte pour refuser d'accorder le droit à l'autodétermination à un peuple » (alinéa 15 du préambule).</p> <p>« Les peuples autochtones ont le droit d'être libres et égaux à tous les autres êtres humains et peuples en dignité et en droits et de ne faire l'objet d'aucune forme de distinction ou de discrimination défavorable fondée sur leur identité autochtone » (paragraphe 3 du dispositif).</p> <p>« Les peuples autochtones ont droit à l'autonomie dans les questions intéressant leurs propres affaires intérieures et locales, notamment l'éducation, l'information, les médias, la culture, la religion, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale en général, les activités économiques et de gestion</p>	comme conférant le droit à un Etat, un groupe ou un individu de se livrer à une activité ou un acte, quel qu'il soit, contraire à la Charte des Nations Unies ou à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » (paragraphe 4 du dispositif).

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		traditionnelles et autres, l'administration de la terre et des ressources, l'environnement et l'accès des non-membres ainsi que le prélèvement d'un impôt interne pour financer ces institutions autonomes » (paragraphe 27 du dispositif, lecture combinée avec le paragraphe 1).	
Projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones préparé par la présidente-rapporteur en vue de l'achèvement de la seconde lecture en 1993 (E/CN.4/Sub.2/1993/26)	<p>« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes, conformément au droit international, ce droit étant sujet aux mêmes critères et limites que ceux applicables aux autres peuples conformément à la Charte des Nations Unies. En vertu de quoi, ils ont le droit, entre autres, de négocier et de déterminer leur rôle dans la conduite des affaires publiques, leurs responsabilités précises et les moyens leur permettant de gérer leurs intérêts propres. Le droit à l'autonomie et à l'autodétermination [sic : auto-administration] fait partie intégrante de ce droit » (paragraphe 3 du dispositif).</p> <p>« Les peuples autochtones ont le droit être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour toutes questions intéressant leurs propres affaires intérieures et locales, notamment la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les</p>	<p>« Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples en dignité et en droits » (alinéa 1 du préambule).</p> <p>« Notant que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques soulignent l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit qui leur permet de déterminer librement leur statut politique et d'assurer librement leur développement économique, social et culturel » (alinéa 15 du préambule).</p> <p>« Ayant à l'esprit qu'aucune disposition de la présente déclaration ne pourra être utilisée comme prétexte pour refuser d'accorder le droit à l'autodétermination à un peuple » (alinéa 16 du préambule).</p> <p>« Les peuples autochtones sont libres et égaux à tous les autres êtres humains et peuples en dignité et en droits et ont le droit de ne faire l'objet d'aucune forme de discrimination fondée sur leur origine ou identité autochtone » (paragraphe 2 du dispositif).</p>	« Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant le droit à un Etat, un groupe ou un individu de se livrer à une activité ou un acte, quel qu'il soit, contraire à la Charte des Nations Unies ou à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies » (paragraphe 42 du dispositif).

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	activités économiques, l'administration de la terre et des ressources, l'environnement et l'accès des non-membres ainsi que le prélèvement d'un impôt interne pour financer ces institutions autonomes » (paragraphe 29 du dispositif).		
Projet de Déclaration adopté en seconde lecture par le Groupe de travail sur les populations autochtones à sa 11 <sup>e</sup> session en 1993 (E/CN.4/Sub.2/1993/29, annexe I pp. 56-67 et E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/CRP.4) (l'appellation d' « articles » remplace celle de « paragraphes » dans le dispositif)	« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (article 3 du dispositif).	<p>« Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples en dignité et en droits » (alinéa 1 du préambule).</p> <p>« Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (alinéa 14 du préambule).</p> <p>« Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination » (alinéa 15 du préambule).</p> <p>« Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à disposer d'eux-mêmes sous une forme qui leur est propre, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, notamment la culture, la religion, l'éducation,</p>	« Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un Etat, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies » (article 45 du dispositif).

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, l'administration des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de non-membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes » (article 31 du dispositif).	
Projet de Déclaration revu par la procédure de révision technique et adopté par la Sous-Commission, 1994 (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 et E/CN.4/1995/2 – E/CN.4/Sub.2/1994/56 , pp. 110-121)	<p>« Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (article 3 du dispositif).</p> <p>« Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, et notamment la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de non-membres à leurs territoires, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes » (article 31 du dispositif).</p>	<p>« Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples en dignité et en droits » (alinéa 1 du préambule).</p> <p>« Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel » (alinéa 15 du préambule).</p> <p>« Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination » (alinéa 16 du préambule).</p> <p>« Les autochtones, peuples ou individus, sont libres et égaux à tous les autres en dignité et en droits » (article 2 du dispositif).</p>	<p>« Reconnaissant aussi que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats, dans un esprit de coexistence, d'intérêt mutuel et de plein respect » (alinéa 12 du préambule).</p> <p>« Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un Etat, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies » (article 45 du dispositif).</p>
Propositions soumises par certains Etats au	Article 3 : « Les peuples autochtones ont le droit	Variante 1 de l'article 3 : « [Les Etats et le speuples	Variante 2 de l'article 3 : « [Aucune disposition de

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
<p>cours des travaux du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration à sa 8<sup>e</sup> session de décembre 2002 (E/CN.4/2003/92, annexe, pp. 16-18)**</p> <p>**L'autodétermination a tenu une place secondaire lors des débuts des travaux du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration, entre 1995 et 2001. Ce n'est qu'à partir de 2002 que les négociations abordent la question de front et que le projet de Déclaration évolue sur ce point.</p>	<p>de disposer d'eux-mêmes [ , tout en respectant l'intégrité territoriale des Etats démocratiques et leurs cadres constitutionnels lorsque ceux-ci répondent aux normes internationales relatives aux droits de l'homme] (Nouvelle-Zélande). En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. [Chaque Etat a le devoir de respecter ce droit conformément à la Charte.] (Cuba) »</p> <p>Regroupement et modification des articles 3 et 31 : « [Les peuples autochtones ont le droit d'administrer leurs affaires internes. En vertu de ce droit, ils peuvent négocier leur statut politique dans le cadre de l'Etat-nation existant et assurent librement leur développement économique, social et culturel. Dans l'exercice de leur droit d'administrer leurs affaires internes, les peuples autochtones ont le droit interne d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires locales, y compris la détermination des membres de la collectivité, la culture, la langue, la religion, l'éducation, les</p>	<p><i>autochtones œuvreront ensemble à la réalisation de ce droit en tenant compte des juridictions et des responsabilités des gouvernements, des besoins, de la situation, des aspirations et de l'identité des peuples autochtones concernés, et de l'importance de parvenir à des arrangements harmonieux] » (Canada)</i></p> <p>Variante 2 de l'article 3 : « [Le statut politique des peuples autochtones, et les moyens par lesquels ils assurent leur développement économique, social et culturel, sont des questions qui doivent être résolues par l'Etat et les peuples autochtones, dans le respect de la juridiction et de la compétence des gouvernements et des besoins, de la situation et des aspirations des peuples autochtones concernés.] » (Canada)</p> <p>Article 31 : « Les peuples autochtones, en tant que forme spécifique de leur droit de disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires internes et locales, [y compris la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de personnes qui ne sont pas membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes.] » (Norvège)</p> <p>Regroupement des articles 3,</p>	<p><i>la présente Déclaration ne sera interprétée comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire, sans distinction aucune.] » (Canada)</i></p> <p>Ajout d'une référence à la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies dans le 15<sup>e</sup> alinéa du préambule (Norvège).</p> <p>Article 45 : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne sera interprétée comme conférant à un Etat, un groupe ou un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies. » : à remplacer par :</p> <p>« [Aucune disposition de la présente Déclaration ne sera interprétée</p>



Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	<p>médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, le maintien de la sécurité de la collectivité, les relations familiales, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources, l'environnement et l'accès de personnes qui ne sont pas membres à leur territoire, ainsi que les moyens de financer ces activités autonomes.] » (Etats-Unis d'Amérique, suppression du terme d'autodétermination).</p>	<p>19, 20, 21, 30, 31 et 36 en lien avec l'autodétermination et l'autonomie (Norvège).</p>	<p>comme autorisant une quelconque activité contraire aux buts et aux principes des Nations Unies, y compris l'égalité souveraine, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique des Etats] » (Finlande)</p> <p>« [Aucune disposition de la présente Déclaration ne sera interprétée comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire, sans distinction aucune.] » (Canada)*</p> <p>* N.B. : la formulation « sans distinction aucune » reprise de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne de 1993 a une portée plus large que celle de la formulation « sans distinction de race, de croyance ou de couleur » de la Déclaration de 1970, suggérant que la portée de cette disposition ne se limite pas aux seules minorités nationales.</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
<p>Propositions des Etats à la 9<sup>e</sup> session du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration en 2003 (E/CN.4/2004/81, annexe, pp. 22-31)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. [Chacun a le droit de participer à l'exercice de ce droit, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis.] »</p>	<p>Alinéa 14 du préambule : « Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance capitale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, [droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel][et que ce droit s'applique également aux peuples autochtones] »</p> <p>Alinéa 15 du préambule : « Considérant qu'aucune disposition de la présente déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, [exercé conformément aux principes du droit international, y compris ceux figurant dans la présente Déclaration] »</p> <p>Article 2 : « Les autochtones, peuples ou individus, sont libres et égaux à tous les autres en dignité et en droits »</p> <p>Article 31 du dispositif : « Les peuples autochtones, dans l'exercice spécifique de leur droit à disposer d'eux-mêmes, ont le droit d'être autonomes ou de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales [, et notamment/y compris mais pas seulement la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, la protection sociale, les activités économiques, la gestion des terres et des ressources,</p>	<p>Article 3 du dispositif : « [En vertu de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, cette disposition ne sera pas interprétée comme autorisant ou encourageant toute action susceptible de démembrer un Etat ou de porter atteinte, de façon totale ou partielle, à l'intégrité territoriale ou à l'unité politique d'Etats souverains et indépendants se comportant de manière conforme aux principes de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples, et dotés ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble de la population du territoire sans distinction aucune.] »</p> <p>Article 45 : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un Etat, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies. »</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>l'environnement et l'accès de non-membres à leur territoire], <i>[ainsi que/y compris les moyens de financer ces activités autonomes]</i> ».</p> <p>Article 31, version alternative : « Les peuples autochtones ont le droit d'administrer eux-mêmes leurs affaires intérieures et locales, notamment par le biais de leurs structures institutionnelles. L'exercice de ce droit dépendra d'arrangements /d'accords/de négociations/de procédures de règlement entre les peuples autochtones et les Etats. »</p>	
<p>Projet de Déclaration (texte amendé) soumis par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède et la Suisse, 6 septembre 2004, en vue de la 10<sup>e</sup> session du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration de 2004 (E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Indigenous peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.</p>	<p>Alinéa 1 du préambule : « Affirming that indigenous peoples are equal in dignity and rights to all other peoples »</p> <p>Alinéa 14 du préambule : « Acknowledging that the Charter of the United Nations, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Covenant on Civil and Political Rights affirm the fundamental importance of the right of self-determination of all peoples, by virtue of which they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development »</p> <p>Alinéa 15 du préambule : « Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used to deny any peoples their right to self-determination, <i>[exercised in conformity with applicable principles of international law, including, the principles contained in this Declaration]</i> »</p> <p>Article 2 du dispositif : « Indigenous individuals and</p>	<p>Alinéa 12 du préambule : « Recognizing also that indigenous peoples have the right freely to determine their relationship with States in a spirit of coexistence, mutual benefit and full respect »</p> <p>Alinéa 19 du préambule : « Solemnly proclaims the following United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples <i>[as a standard of achievement to be pursued in a spirit of partnership and mutual respect through procedures furthering dialogue and good relations among indigenous peoples and all other segments of society:]</i> »</p> <p>Article 3 du dispositif : « <i>[Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, it is</i></p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>peoples are free and equal to all other individuals and peoples in dignity and rights”</p> <p>Article 31 du dispositif: “Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs [, including culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resources management, environment and entry by non-members, as well as ways and means for financing these autonomous functions.]”</p>	<p><i>recognised that peoples have the right to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realise their inalienable right of self-determination. The denial of the right of self-determination is a violation of human rights and underlines the importance of the effective realisation of this right.]</i></p> <p><i>[In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorising or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.]”</i></p> <p>Article 45 du dispositif: “Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
			to perform any act [contrary to the Charter of the United Nations] <i>[aimed at the destruction of any of the rights or freedoms recognized in the Charter of the United Nations and in international human rights law, or at their limitations to a greater extent than is provided for therein.]</i> "
Projet de Déclaration (texte amendé) soumis par des représentants autochtones (Conseil sami et Fondation Tebtebba) à la 10 <sup>e</sup> session du Groupe de travail en charge d'élaborer un projet de Déclaration en 2004 (E/CN.4/2004/WG.15/CRP.5)	Article 3 du dispositif : « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.»	<p>Alinéa 1 du préambule : « Affirming that indigenous peoples are equal in dignity and rights to all other peoples ».</p> <p>Alinéa 14 du préambule: "Acknowledging that the Charter of the United Nations, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights affirm the fundamental importance of the right to self-determination of all peoples, by virtue of which they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development, and that this right applies equally to indigenous peoples"</p> <p>Alinéa 15 du préambule: "Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used to deny any peoples their right of self-determination, exercised in conformity with principles of international law, including the principles contained in this Declaration"</p> <p>Article 2 du dispositif: "Indigenous individuals and peoples are free and equal to all other individuals and peoples"</p>	Alinéa 17 du préambule: "Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, it is recognised that peoples have the right to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realise their inalienable right to self-determination. The denial of the right of self-determination is a violation of human rights and underlines the importance of the effective realisation of this right. In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorising or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>Article 31 du dispositif: "Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, including, <i>inter alia</i>, culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resources management, environment and entry by non members, as well as ways and means for financing these autonomous functions."</p>	<p>independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing all peoples belonging to the territory without distinction of any kind."</p> <p>Article 45 du dispositif: "Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations. The exercise of the rights set forth in this Declaration shall not prejudice the enjoyment by all persons of universally recognized human rights and fundamental freedoms. Nothing in this Declaration shall prevent the fulfillment of international obligations of States in relation to persons and peoples..."</p>
<p>Propositions du Président-Rapporteur à l'issue de la 10<sup>e</sup> session (1<sup>e</sup> partie) du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration en 2004 (E/CN.4/2004/WG.15/CRP.4)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine, [within constitutional provision of States concerned or other positive arrangements,] their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. [Taking into account the particular situation of</p>	<p>Alinéa 1 du préambule: inchangé</p> <p>Alinéa 12 du préambule: inchangé</p> <p>Alinéa 14 du préambule: inchangé</p> <p>Alinéa 15 du préambule: inchangé</p> <p>Article 31 du dispositif: "Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-</p>	<p>Alinéa 15 bis du préambule (nouveau): "[Encouraging harmonious and cooperative relations between States and indigenous peoples based on principles of justice, democracy, respect for human rights, non-discrimination and good faith] »</p> <p>Article 45 du dispositif: "Nothing in this</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	<p><i>peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, it is recognised that peoples have the right to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realise their inalienable right of self-determination. The denial of the right of self-determination is a violation of human rights and underlines the importance of the effective realisation of this right.]</i></p> <p><i>[In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, this shall not be construed as authorising or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind.]”</i></p> <p>OU</p> <p>“Indigenous peoples</p>	<p>determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs [, including culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resources management, environment and entry by non members, as well as ways and means for financing these autonomous functions.]”</p> <p>OU</p> <p>“Indigenous peoples have the right to self-government of their internal and local affairs, including through their institutional structures. The exercise of this right shall be a matter for arrangement / agreement / negotiation / resolution between indigenous peoples and States.”</p>	<p>Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity of to perform any act contrary to the Charter of the United Nations.”</p> <p>(inchangé)</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	<p>have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.</p> <p><i>[Indigenous peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case a people may be deprived of its own means of subsistence.</i></p> <p><i>The States parties to the present Declaration, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.]”</i></p>		
<p>Propositions d'amendement formulées par le Conseil mondial pour la paix (O.N.G. autochtone) à la 10<sup>e</sup> session du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration en 2004 (E/CN.4/2005/89/Add. 1, pp. 9-20) (v. aussi E/CN.4/2005/WG.15/CRP.5 de manière complémentaire)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « <i>[In conformity with the universally recognized principles of international law and international norms and agreements, all indigenous peoples have the full right to self-determination. By virtue of this inalienable and indivisible right inherent to all peoples, the indigenous peoples and nations shall freely</i></p>	<p>Article 23 du dispositif: “<i>[By virtue of the principle of self-determination,] indigenous peoples have the [collective and individual] right to determine and develop priorities and strategies for the [effective] exercising of their right to [sustainable] development [and the exploitation of natural resources according to their material and spiritual needs.]”</i></p>	<p>Article 31 bis du dispositif: “<i>[For the purposes of this article, local and administrative autonomy shall be understood as the full ability of peoples and aboriginal communities (within the national State) to exercise the effective right to manage and enjoy the benefits of their lands and natural resources; as the promotion of education</i></p>



Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	<p><i>decide on their way of life, freely determine their political status, freely pursue and establish their own economic, social and cultural development and freely dispose of their lands and natural resources in accordance with their usages, traditions and customary law.]”</i></p>	<p>Article 31 du dispositif: “[<i>In accordance with the principle of international law,</i>] the indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the collective right to autonomy and self-government in matters relating to their internal, local, [<i>political and administrative affairs</i>], including culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resources management, environment and entry by non-members, as well as ways and means for financing these autonomous functions.”</p> <p>Article 31 bis du dispositif: “[<i>The States agree to respect and guarantee the effective exercise of the right of self-determination, in conformity with the Charter of the United Nations.</i>]”</p>	<p><i>and culture; as the protection of health, housing, employment; as the insurance of the right to food and social welfare, all under their own rules and organs of self-government. Local authorities emanating from the sovereignty of indigenous communities shall have the competence and prerogatives to resolve disputes and controversies by peaceful means...]”</i></p> <p>Article 45 du dispositif: “Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity [<i>encouraging to diminish the national sovereignty</i>] or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations.”</p>
<p>Propositions formulées par le Président-Rapporteur sur la base des propositions précédentes, à l’issue de la 10<sup>e</sup> session du Groupe de travail chargé d’élaborer un projet de Déclaration en 2004 (E/CN.4/2005/89/Add. 2)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. »</p> <p>“[Taking into account the particular situation of peoples under colonial...]”: supprimé</p> <p>“[In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations...]” (contenant</p>	<p>Alinéa 1 du préambule : inchangé</p> <p>Alinéa 14 du préambule : « Acknowledging that the Charter of the United Nations, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights affirm the fundamental importance of the right of self-determination of all peoples, by virtue of which they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development [and that this right applies equally to indigenous peoples] »</p>	<p>Alinéa 12 du préambule : inchangé</p> <p>Alinéa 15 bis du préambule (nouveau): “[<i>Encouraging harmonious and cooperative relations between States and indigenous peoples based on principles of justice, democracy, respect for human rights, non-discrimination and good faith</i>] »</p> <p>Article 45 du dispositif: “Nothing in this Declaration may be interpreted as implying</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
	une référence à l'intégrité territoriale des Etats): supprimé.	<p>Alinéa 14 bis du préambule (“Taking into account the particular situation of peoples under colonial...”): supprimé</p> <p>Alinéa 14 ter du préambule contenant une référence au principe d'intégrité territoriale des Etats (“In accordance with the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations...”): supprimé</p> <p>Alinéa 15 du préambule: “Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used to deny any peoples their right of self-determination, exercised in conformity with principles of international law and the principles contained in this Declaration”. Référence à l'intégrité territoriale des Etats supprimée.</p> <p>Article 2 du dispositif: inchangé</p> <p>Article 31 du dispositif: “Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs (suite supprimée)”.</p>	for any State, group or person any right to engage in any activity of th perform any act contrary to the Charter of the United Nations. [...] Nothing in this Declaration shall prevent the fulfillment of international obligations of States in relation to persons and peoples”.
Résumé par le Président-Rapporteur des propositions formulées au cours de la 11 <sup>e</sup> session (1 <sup>e</sup> partie) du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration en décembre 2005 (E/CN.4/2005/WG.15/CRP.7)	Article 3 du dispositif : « Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of this right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development. »	<p>Alinéa 14 du préambule : inchangé</p> <p>Alinéa 15 du préambule : « Bearing in mind that nothing in this Declaration may be used to deny any peoples their right of self-determination, exercised in conformity with international law »</p> <p>Article 31: “Indigenous peoples, as a specific form [of/in] exercising their right to self-determination, have the</p>	<p>Alinéa 12 du préambule : inchangé</p> <p>Alinéa 15 bis du préambule : “Convinced that the recognition of the rights of indigenous peoples in this declaration will enhance harmonious and cooperative relations between States and indigenous peoples, based on principles of justice, democracy,</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>right to autonomy or self-government in [all] matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing [their] autonomous functions. [This right shall be exercised in accordance with the rule of law, with due respect to legal procedures and arrangements and in good faith.]”</p>	<p>respect for human rights, non-discrimination and good faith »</p> <p>Article 45 du dispositif: “Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the United Nations...”</p> <p>Article 45 bis du dispositif: “Nothing in this Declaration shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind. [Without prejudice to the rights envisaged in the Declaration, no provisions contained herein shall be invoked for the purposes of impairing the sovereignty of a State, its national and political unity or territorial integrity.]”</p>
Propositions du Président-Rapporteur au terme de la 11e	Article 3 du dispositif : « Les peuples autochtones ont le droit à	Alinéa 1 du préambule : inchangé	Alinéa 12 du préambule : « Reconnaissant aussi

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
<p>session (2<sup>e</sup> partie) du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration en janvier-février 2006 (E/CN.4/2006/79, annexe I pp. 9-56)</p>	<p>l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel. » (inchangé ; proposition de développement en trois sous paragraphes de l'Australie, des Etats-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande rejetée)</p>	<p>Alinéa 14 du préambule : « Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel »</p> <p>Alinéa 15 du dispositif : « Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international »</p> <p>Article 2 du dispositif : inchangé.</p> <p>Article 3 bis (ancien article 31) : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes en ce qui concerne les questions relevant de leurs affaires intérieures et locales, ainsi qu'à des voies et moyens de financer leurs activités autonomes. »</p>	<p>que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats, dans un esprit de coexistence, d'intérêt mutuel et de plein respect » (inchangé)</p> <p>Alinéa 15 bis du préambule : « Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les Etats et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi » (inchangé)</p> <p>Article 45 du dispositif : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme conférant à un Etat, à un groupe ou à un individu le droit de se livrer à une activité ou à un acte contraire à la Charte des Nations Unies. »</p> <p>Article 45 bis (contenant une référence à l'intégrité territoriale des Etats) : supprimé</p>
<p>Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adopté par le Conseil des droits de l'homme le 29 juin 2006 (résolution A/HRC/1/2, annexe)</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement</p>	<p>Alinéa 1 du préambule : « Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples » (inchangé)</p> <p>Alinéa 14 du préambule : « Reconnaissant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits</p>	<p>Alinéa 12 du préambule : « Reconnaissant aussi que les peuples autochtones ont le droit de déterminer librement leurs rapports avec les Etats, dans un esprit de coexistence, d'intérêt</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
(abandon de la structure du dispositif en parties regroupant plusieurs articles)	économique, social et culturel. »	<p>économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. » (inchangé)</p> <p>Alinéa 15 du préambule : « Considérant qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international » (inchangé)</p> <p>Article 2 du dispositif : « Les autochtones, individus et peuples, sont libres et égaux à tous les autres ».</p> <p>Article 3 bis (ancien article 31) du dispositif : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer de voies et moyens de financer leurs activités autonomes. »</p>	<p>mutuel et de plein respect » (inchangé)</p> <p>Alinéa 15 bis du préambule : « Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les Etats et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi »</p> <p>Article 45.1 du dispositif : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies. »</p>
<p>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007 (A/RES/61/295, annexe)***</p> <p>***Résultant des consultations</p>	<p>Article 3 du dispositif : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel. »</p>	<p>Alinéa 2 du (ancien alinéa 1) du préambule : « Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples »</p> <p>Alinéa 16 (ancien alinéa 14) du préambule : « constatant que la Charte des Nations Unies, le Pacte international</p>	<p>Alinéa 12 des versions précédentes du préambule : supprimé</p> <p>Article 46.1 (ancien article 45.1) du dispositif : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour</p>

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
supplémentaires autorisées par la Troisième Commission le 28 novembre 2006 et menées à l'été 2007 sous l'égide de S.E. Hilario G. Davide, Jr., Représentant permanent des Philippines aux Nations Unies		<p>relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques [<i>ainsi que la Déclaration et le Programme d'action de Vienne,</i>] affirment l'importance fondamentale du droit de tous les peuples de disposer d'eux-mêmes, droit en vertu duquel ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».</p> <p>Alinéa 17 (ancien alinéa 15) du préambule : « Consciente qu'aucune disposition de la présente Déclaration ne pourra être invoquée pour dénier à un peuple quel qu'il soit son droit à l'autodétermination, exercé conformément au droit international ».</p> <p>Alinéa 18 (ancien alinéa 15 bis) du préambule : « Convaincue que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les Etats et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi »</p> <p>Article 2 du dispositif : « Les autochtones, peuples et individus, sont libres et égaux à tous les autres... »</p> <p>Article 4 (ancien article 3 bis ou 31) du dispositif : « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à</p>	un Etat, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations Unies [ <i>ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoinrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un Etat souverain et indépendant.</i> ] »

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes. »	
Document final d'Alta, élaboré par les représentants autochtones en vue de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, juin 2013 (A/67/994)	---	<p>Alinéa 8 du préambule : « Nous réaffirmons que le droit inaliénable et inhérent à l'autodétermination prime et conditionne la réalisation de tous les droits. Nous, peuples autochtones, avons le droit à l'autodétermination et à la souveraineté et à la souveraineté permanente sur nos terres, territoires, ressources, glaces, océans, eaux, montagnes et forêts et sur notre air. » (repris par le Thème 1.1 du dispositif)</p> <p>Thème 1.6 du dispositif : « Nous recommandons que les Etats respectent et appliquent le droit à l'autodétermination et le principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones... »</p> <p>Thème 2.10 du dispositif : « Dans le cadre de l'application universelle du droit à l'autodétermination pour tous les peuples, nous recommandons que les Nations Unies reconnaissent les peuples autochtones en se fondant sur notre liberté initiale, sur notre souveraineté inhérente et notre droit à l'autodétermination au regard du droit international... »</p> <p>Thème 3.1 du dispositif : « En vertu du droit à l'autodétermination, les peuples autochtones ont le droit et le pouvoir de créer et appliquer, sur un pied d'égalité avec les Etats, les</p>	Thème 3.10 du dispositif : « Nous recommandons que les Etats respectent pleinement le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et, en accord avec ces derniers, créent des conditions favorables à l'exercice de ce droit, notamment en procédant à la décolonisation officielle des peuples autochtones qui le souhaitent, et que les puissances administrantes de tous les territoires non autonomes prennent toutes les mesures nécessaires pour mettre fin au colonialisme sous toutes ses formes et manifestations ».

Instrument / version du projet de Déclaration (et document où le texte est consigné)	Disposition principale consacrée au droit à l'autodétermination	Disposition abordant indirectement l'autodétermination ou développant expressément la disposition principale (contenu, portée de la norme)*	Disposition sur l'exercice interne ou externe du droit à l'autodétermination
		<p>normes et les dispositifs régissant leurs relations mutuelles... »</p> <p>Thème 3.11 du dispositif : « Nous recommandons que les Etats appuient, en collaboration avec les peuples autochtones, la réalisation effective du droit de ceux-ci à l'autodétermination grâce à un soutien financier et au partage des recettes ».</p> <p>Thème 3.12 du dispositif : « Nous recommandons également que les Etats, les organismes des Nations Unies, les institutions financières internationales et les groupes de donateurs concernés appuient l'exercice effectif du droit des peuples autochtones à l'autodétermination, notamment en renforçant les capacités nécessaires pour atteindre cet objectif dans toutes les régions ».</p>	
Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, 22 septembre 2014 (A/RES/69/2)	---	---	---

\*Bien que leur lien à l'autodétermination ne soit pas systématiquement rendu explicite dans le texte, d'autres dispositions ont été identifiées au cours du processus coutumier parmi les droits constitutifs du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Ces dispositions ne sont pas répertoriées ici. L'identification des droits constitutifs de l'autodétermination est opérée par l'examen du processus coutumier et des travaux normatifs des deux Groupes de travail, dans le corps de la présente étude.



### Annexe 3 – Tableau de l'évolution des positions des Etats vis-à-vis de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

Le tableau ci-dessous présente la position des Etats membres de l'O.N.U. à l'occasion du vote d'adoption de la Déclaration par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 (Résolution A/RES/61/295, annexe). Le cas échéant, la position de l'Etat lors du vote du 29 juin 2006 sur l'adoption du projet de Déclaration par le Conseil des droits de l'homme (44 votes exprimés) est indiquée entre parenthèses (pour/contre/abstention). Le tableau permet ainsi de rendre compte de l'évolution des positions des Etats depuis le vote de juin 2006. Etat apparu postérieurement au vote, le Soudan-du-Sud n'est pas comptabilisé dans le tableau. Cet Etat n'est pas en mesure d'influer sur l'état du droit international antérieur à son apparition et notamment sur la phase finale d'accession de la norme à la normativité.

Comptabilisation générale des voix formellement enregistrées lors du vote du 13 septembre 2007 : 144 pour (y compris le Monténégro, Etat présent et dont le vote n'a pas été formellement enregistré pour des raisons techniques mais ayant déclaré avoir eu l'intention de voter pour : v. A/61/PV.107, p. 21) ; 4 contre ; 11 abstentions ; 33 absents ou n'ayant pas pris part au vote (sur un total de 192 Etats membres à l'époque).

\*Sont comptabilisés les seuls soutiens présumés sur le fondement de paramètres relatifs au vote. Comme examiné, le soutien réel présumé inclut également d'autres Etats parmi les Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote.

Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte	Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement	Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote	Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*	Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment	Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement
Afghanistan	Australie	Côte d'Ivoire	Fidji ; Etat parrainant le projet de résolution	Azerbaïdjan (pour)	Colombie
Afrique du Sud (pour) ; Etat parrainant le projet de résolution	Canada (contre)	Guinée équatoriale	Monténégro ; associé à la déclaration de soutien de l'Union européenne	Bangladesh (abstention)	Samoa
Albanie ; associée à la	Etats-Unis	Érythrée	Nauru ; Etat	Bhoutan	

<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
déclaration de soutien de l'Union européenne	d'Amérique		parrainant le projet de résolution		
Algérie (abstention)	Nouvelle-Zélande	Éthiopie	Roumanie (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne	Burundi	
Allemagne (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution		Gambie		Fédération de Russie (contre)	
Andorre ; Etat parrainant le projet de résolution		Grenade		Géorgie	
Angola		Guinée-Bissau		Kenya	
Antigua-et-Barbuda		Israël		Nigéria (abstention)	
Arabie saoudite (pour)		Kirghizstan		Ukraine (abstention)	
Argentine (abstention)		Kiribati			
Arménie ; associée à la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution		Maroc (abstention)			
Autriche ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution		Îles Marshall			
Bahamas		Mauritanie			
Bahreïn (abstention enregistrée ; a déclaré ne pas avoir eu l'intention de prendre part au vote)		Ouganda			
Barbade		Ouzbékistan			
Bélarus		Palau			
Belgique ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution		Papouasie-Nouvelle-Guinée			
Belize		Rwanda			
Bénin		Saint-Kitts-et-Nevis			
Bolivie ; Etat parrainant le projet de résolution		Îles Salomon			
Bosnie-Herzégovine		Sao-Tomé – Et-Principe			
Botswana		Seychelles			
Brésil (pour)		Somalie			
Brunéi Darussalam		Tadjikistan			

<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
Bulgarie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne		Tchad			
Burkina Faso		Togo			
Cambodge		Tonga			
Cameroun (pour)		Turkménistan			
Cap-Vert		Tuvalu			
Chili		Vanuatu			
Chine (pour)					
Chypre ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Comores					
Congo					
Costa Rica ; Etat parrainant le projet de résolution					
Croatie ; associée à la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Cuba (pour) ; Etat parrainant le projet de résolution					
Danemark ; couvert par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Djibouti					
Dominique					
Égypte					
El Salvador					
Émirats arabes unis					
Équateur (pour) ; Etat parrainant le projet de résolution					
Espagne ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Estonie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Ex-République yougoslave de Macédoine ; associée à					

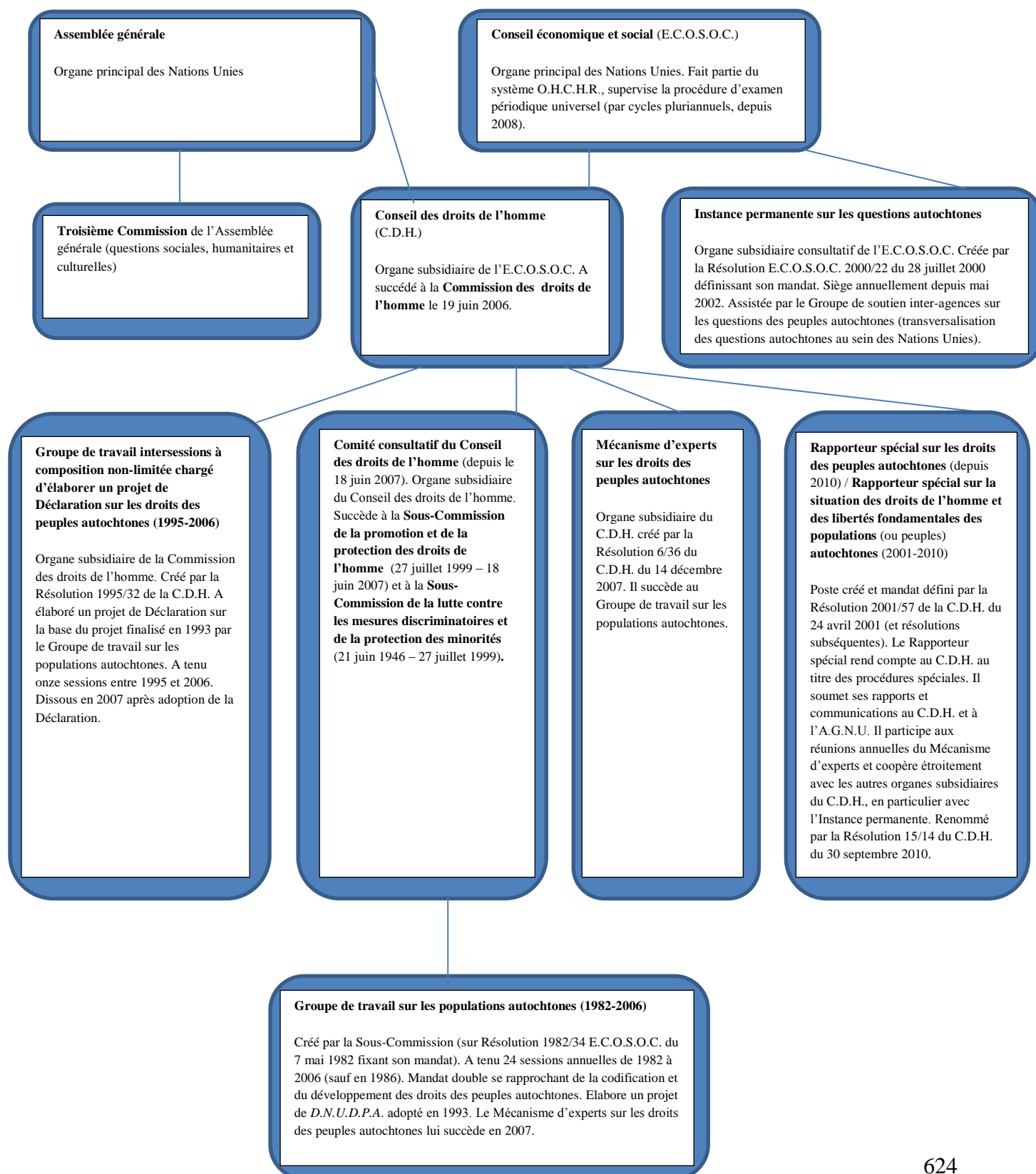
<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Finlande (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
France (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Gabon					
Ghana (abstention)					
Grèce ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Guatemala (pour) ; Etat parrainant le projet de résolution					
Guinée					
Guyana					
Haïti					
Honduras ; Etat parrainant le projet de résolution					
Hongrie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Inde (pour)					
Indonésie (pour)					
Iran					
Irak					
Irlande ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Islande					
Italie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Jamahiriya arabe libyenne					
Jamaïque					

<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
Japon (pour)					
Jordanie (abstention enregistrée ; a déclaré ne pas avoir eu l'intention de prendre part au vote)					
Kazakhstan					
Koweït					
Laos					
Lesotho					
Lettonie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Liban					
Libéria					
Liechtenstein					
Lituanie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Luxembourg ; couvert par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Madagascar					
Malaisie (pour)					
Malawi					
Maldives					
Mali					
Malte ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Maurice (pour)					
Mexique (pour)					
Micronésie					
Moldavie ; associée à la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Monaco					
Mongolie					
Mozambique					
Myanmar					
Namibie ; Etat ayant proposé l'amendement devant la Troisième Commission en novembre 2006 visant à					

<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
prolonger les consultations sur le projet de Déclaration					
Népal					
Nicaragua ; Etat parrainant le projet de résolution					
Niger					
Norvège					
Oman					
Pakistan (pour)					
Panama ; Etat parrainant le projet de résolution					
Paraguay					
Pays-Bas (pour) ; couverts par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Pérou (pour) ; a présenté le projet de Déclaration devant l'Assemblée générale.					
Philippines (abstention)					
Pologne (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Portugal ; a prononcé la déclaration de soutien au nom de l'Union européenne (EU27) à laquelle s'associent 8 Etats ; Etat parrainant le projet de résolution					
Qatar					
République centrafricaine					
République de Corée (pour)					
République démocratique du Congo					
République dominicaine ; Etat parrainant le projet de résolution					
République populaire démocratique de Corée					
République tchèque (pour) ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Royaume-Uni (pour) ; couvert par la					

<b>Etats ayant voté en faveur de l'adoption du texte</b>	<b>Etats ayant voté contre l'adoption du texte mais s'y étant ralliés ultérieurement</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote</b>	<b>Etats absents ou n'ayant pas pris part au vote mais dont le soutien à la Déclaration est présumé*</b>	<b>Etats abstentionnistes ayant maintenu leur position pour le moment</b>	<b>Etats s'étant abstenus lors du vote mais s'étant ralliés au texte ultérieurement</b>
déclaration de soutien de l'Union européenne					
Sainte-Lucie					
Saint-Marin					
Saint-Vincent-et-les-Grenadines					
Sénégal (abstention)					
Serbie ; associée à la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Sierra Leone					
Singapour					
Slovaquie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne ; Etat parrainant le projet de résolution					
Slovénie ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Soudan					
Sri Lanka (pour)					
Suède ; couverte par la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Suisse (pour) ; Etat parrainant le projet de résolution					
Suriname					
Swaziland					
Syrie					
Tanzanie					
Thaïlande					
Timor-Leste ; Etat parrainant le projet de résolution					
Trinité-et-Tobago					
Tunisie (abstention)					
Turquie ; associée à la déclaration de soutien de l'Union européenne					
Uruguay (pour)					
Venezuela					
Viet Nam					
Yémen					
Zambie (pour)					
Zimbabwe					

## Annexe 4 – Schéma des institutions et mécanismes des Nations Unies relatifs aux droits des peuples autochtones





## INDEX DE JURISPRUDENCE

### Jurisprudence internationale

#### *Cour permanente de Justice internationale*

*Affaire du vapeur « Wimbledon »* (Royaume-Uni, France, Italie, Japon c. Allemagne ; Pologne intervenant), arrêt, 17 août 1923, série A-01 (pp. 15-34), p. 25.

*Colons allemands en Pologne*, avis consultatif, 10 septembre 1923, série B, n° 6, p. 6.

*Echanges des populations grecques et turques*, avis consultatif, 21 février 1925, série B, n° 10, p. 6.

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, arrêt, 25 mai 1926, série A, n° 7, p. 19.

*Affaire du « Lotus »* (France c. Turquie), arrêt (n° 9), 7 septembre 1927, série A, n° 10, pp. 18, 30 ; opinion dissidente du juge Bernard LODER, p. 34 ; opinion dissidente du juge Rafael ALTAMIRA, p. 96.

*Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, arrêt n° 12, 26 avril 1928, série A, n° 15, p. 4.

*Question des « communautés » gréco-bulgares*, avis consultatif, 31 juillet 1930, série B, n° 17, p. 4.

*Accès aux écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie*, avis consultatif, 15 mai 1931, série A/B, n° 40, p. 4.

*Statut juridique du Groënland oriental* (Danemark c. Norvège), arrêt, 5 avril 1933, Série A/B, n° 53, pp. 46-47.

*Ecoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif, 6 avril 1935, série A/B, n° 64, p. 4.

#### *Cour internationale de Justice*

*Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949* (p. 4), p. 22.

*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt, 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950* (p. 266), p. 277, opinion dissidente du juge José Philadelpho DE BARROS E AZEVEDO, p. 336.

*Affaire des pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt, 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951* (p. 116), p. 131.

*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (France c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952* (p. 176), pp. 199-200.

*Sud-Ouest africain – Procédure de vote*, avis consultatif, 7 juin 1955, opinion individuelle du juge Hersch LAUTERPACHT, *C.I.J. Recueil 1955* (p. 67), p. 120.

*Affaire du droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), fond, arrêt, 12 avril 1960, *C.I.J. Recueil 1960* (p. 6), p. 40, opinion dissidente du juge Enrique C. ARMAND-UGON, p. 82.

*Affaires du Sud-Ouest Africain* (Ethiopie et Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966* (p. 6), §86 p. 46, §§49-50 p. 34, §52 pp. 34-35 ; opinion dissidente du juge Kōtarō TANAKA, p. 292.

*Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), fond, arrêt, 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969* (p. 3), §61 p. 39, §74 p. 43, §77 p. 44.

*Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970* (p. 3), §§33-34 p. 32.

*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971* (p. 16), §§52-53 pp. 31-32, §105 p. 50.

*Essais nucléaires* (Australie c. France ; Nouvelle-Zélande c. France), arrêts, 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, §46 p. 268 et §49 p. 473 respectivement ; opinion dissidente commune des juges Charles D. ONYEAMA, Hardy Cross DILLARD, Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA et Sir Humphrey WALDOCK, §112 p. 367.

*Mémoires, plaidoiries et documents, Sahara occidental* (1975), tome IV, exposés oraux, La Haye, 1982 (526 p.), exposé oral de S.E. l'ambassadeur Mohammed BEDJAOU, représentant de l'Algérie, pp. 475-479.

*Sahara occidental*, avis consultatif, 16 octobre 1975, *C.I.J. Recueil 1975* (p. 12), §§54-59 pp. 31-33, §§80-81 p. 39.

*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), ordonnance, 15 décembre 1979, *C.I.J. Recueil 1979* (p. 7), §39 p. 19 ; arrêt, 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980* (p. 3), §45 p. 24, §§ 91-92 pp. 42-43.

*Plateau continental* (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), fond, arrêt, 24 février 1982, *C.I.J. Recueil 1982* (p. 18), §24 p. 38, §§45-46 pp. 47-48.

*Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, 12 octobre 1984, *C.I.J. Recueil 1984* (p. 246), §111 p. 299.

*Plateau continental* (Jamahiriya arabe libyenne c. Malte), arrêt, 3 juin 1985, *C.I.J. Recueil 1985* (p. 13), §27 pp. 29-30.

*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil. 1986* (p. 14), §178 p. 95, §183 p. 97, §186 p. 98, §188 pp. 99-100.

*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, 26 avril 1988, *C.I.J. Recueil 1988* (p. 12), §57 p. 34.

*Timor oriental* (Portugal c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, 30 juin 1995, *C.I.J. Recueil 1995* (p. 90), §29 p. 102.

*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996* (p. 226), §§68-73 pp. 254-255, §82 p. 258, opinion individuelle du juge Gilbert GUILLAUME, §1 p. 287.

*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, 11 juin 1998, *C.I.J. Recueil 1998* (p. 275), §38 p. 290.

*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria), compte-rendu de l'audience publique du 20 février 2002, doc. CR 2002/3, 64 p.

*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)), arrêt, 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil 2002* (p. 303), §205 pp. 404-405.

*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004* (p. 136), §41 p. 155.

*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, 13 juillet 2009, *C.I.J. Recueil 2009* (p. 213), §150 p. 267, opinion individuelle du juge Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR, §26 pp. 279-280.

*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010* (p. 403), §§49-56 pp. 423-426, §§79-80 pp. 436-437, §§82-83 p. 438, opinion individuelle du juge Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, §176 p. 593.

*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995* (ex-République yougoslave de Macédoine c. République hellénique), arrêt, 5 décembre 2011, *C.I.J. Recueil 2011* (p. 644), §168 p. 693.

*Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt, 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012* (p. 99), §55 pp. 122-123.

*Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt, 11 novembre 2013, opinion individuelle du juge Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, §67.

*Différend maritime* (Pérou c. Chili), arrêt, 27 janvier 2014, §142 p. 52.

### ***Sentences arbitrales***

*Affaire des réclamations norvégiennes* (Norvège c. Etats-Unis d'Amérique), sentence arbitrale, 13 octobre 1922, C.P.A., *Recueil de sentences arbitrales*, Nations Unies, tome I, pp. 307-346, *A.J.I.L.*, n° 17, 1923, p. 362, ff.

*Indiens Cayuga (Grande-Bretagne) c. Etats-Unis*, sentence arbitrale, 22 janvier 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, Nations Unies, tome 6 (pp. 173-190), pp. 173, 176.

*Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas) (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, sentence arbitrale rendue par l'arbitre unique Max HUBER, C.P.A., 4 avril 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, tome II (pp. 829-871), p. 858 ; *R.G.D.I.P.*, tome 42, 1935, p. 187.

*Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948 (Etats-Unis c. Italie)*, Sentence arbitrale, 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, tome XVI, (pp. 75-108), p. 100.

*Texaco-Calasiatic c. gouvernement libyen*, sentence arbitrale, 19 janvier 1977, *J.D.I. 1977* (Clunet), p. 350 ; *I.L.R.*, tome 53, 1979, p. 389.

*Koweït c. Aminoil*, sentence arbitrale, 24 mars 1982, *J.D.I. 1982*, p. 869.

## **Jurisprudence régionale**

### ***Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en ex-Yougoslavie***

*Avis n° 1*, 29 novembre 1991 (dissolution de la Yougoslavie), *R.G.D.I.P.*, 1992, p. 265.

*Avis n° 2*, 11 janvier 1992 (question du droit à l'autodétermination des Serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine), *International Law Review*, 1992, p. 168.

### ***Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie***

*Le procureur c. Duško Tadić, alias « Dule »*, chambre d'appel, arrêt, 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, §§96-142.

*Le Procureur c. Dražen Erdemović*, chambre d'appel, arrêt, 7 octobre 1997, affaire n° IT-96-22, §49.

*Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić alias « Pavo », Hazim Delić et Esad Landžo alias « Zenga »*, chambre de première instance, arrêt, 16 novembre 1998, affaire n° IT-96-21-T, §256.

### ***Cour interaméricaine des droits de l'homme***

*Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, arrêt, 31 août 2001, requête n° 11 577.

*Communauté autochtone maya du district de Tolède c. Belize*, 12 octobre 2004, requête n° 12 053, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 p. 727 (2004).

*YAMATA c. Nicaragua*, exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts, arrêt, 23 juin 2005, série C n° 127.

*Communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay*, arrêt (fond, réparation et coûts), 29 mars 2006, série C n° 146, requête n° 0322/2001.

*Peuple Saramaka c. Suriname*, arrêt du 28 novembre 2007 (objections préliminaires, fond, réparations et coûts), série C, n° 172, arrêt du 12 août 2008 (interprétation de l'arrêt), série C, n° 185, et Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 4 septembre 2013 en vue d'une décision sur la supervision de l'application de l'arrêt.

*Communauté autochtone Xákmok Kásek c. Paraguay*, arrêt 24 août 2010 (fond, réparations et coûts), série C n° 214.

*Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Equateur*, arrêt, 27 juin 2012 (fond et réparations), série C n° 245.

*Tribunal constitutionnel (Camba Campos et autres) c. Equateur*, arrêt, 28 août 2013 (objections préliminaires, fond, réparations et coûts), série C n° 268.

*Peuples autochtones Kuna de Madungandi et Embera de Bayano et leurs membres c. Panama*, affaire pendante, audience publique le 2 avril 2014.

### ***Cour européenne des droits de l'homme***

*Hingitaj 53 et autres c. Danemark*, requête n° 18584/04, décision de la Cour (Première section), 12 janvier 2006.

*Affaire du village sami Handölsdalen et autres c. Suède*, requête n° 39013/04, arrêt, 30 mars 2010 (devenu définitif le 4 octobre 2010), opinion partiellement dissidente du juge Ziemele.

*Insulaires de Chagos c. Royaume-Uni*, quatrième section, requête n° 35622/04, décision, 11 décembre 2012.

### **Jurisprudence interne**

#### ***Afrique du Sud***

*Certification de la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996*, arrêt, Cour constitutionnelle, 6 septembre 1996, affaire 1996 C.C.T. 23/96, [1996] Z.A.C.C. 26, 1996 (4) SA 744 (CC), 1996 (10) B.C.L.R. 1253 (CC), annexe 2, principe constitutionnel XIII.

*Communauté Richtersveld et autres c. Alexkor Ltd et un autre*, Land Claims Court, 2001 (3) S.A. 1293 (L.C.C.) et [2001] 4 All S.A. 563 (L.C.C.)

*Communauté Richtersveld et autres c. Alexkor Ltd et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud*, Cour suprême d'appel, 24 mars 2003, affaire n° 488/2001, [2003] Z.A.S.C.A. 14.

*Alexkor Ltd et le gouvernement de la République d'Afrique du Sud c. Communauté Richtersveld et autres*, Cour constitutionnelle, 14 octobre 2003, affaire n° C.C.T. 19/03, [2003] Z.A.C.C. 18.

*Tinyiko Shilubana et autres c. Sidwell Nwamitwa et autres*, Cour constitutionnelle, arrêt, 4 juin 2008, affaire CCT 03/07(2008) Z.A.C.C. 9.

### **Australie**

*William Cooper c. L'honorable Alexander Stuart (Secrétaire colonial)*, Comité judiciaire du P.C., Nouvelles-Galles-du-Sud, 3 avril 1889, 14 App. Cas. 286, p. 291.

*Milirrpum et autres c. Nabalco Pty Ltd et le Commonwealth d'Australie*, Cour suprême du Territoire du Nord, 27 avril 1971, [1971] 17 F.L.R. 141.

*Gerhardy c. Brown*, Haute Cour d'Australie, arrêt, 28 février 1985, [1985] 159 C.L.R. 70.

*Mabo et autres c. Etat du Queensland (n°2)*, Haute Cour d'Australie, arrêt, 3 juin 1992, [1992] 175 C.L.R. 1, 107 A.L.R. 1.

*Peuples Wik c. Etat du Queensland*, Haute Cour d'Australie, 23 décembre 1996, 187 C.L.R. 1.

*Fejo c. Territoire du Nord*, Haute Cour d'Australie, 10 septembre 1998, 195 C.L.R. 96.

*Commonwealth c. Yarmirr (2000)*, Haute Cour d'Australie, 11 octobre 2001, 168 A.L.R. 426.

*Etat d'Australie occidentale c. Ben Ward et autres*, Haute Cour d'Australie, 8 août 2002, 191 A.L.R. 1.

*Communauté aborigène Yorta Yorta c. Etat du Victoria*, Haute Cour d'Australie, 12 décembre 2002, 194 A.L.R. 538.

*Joan Monica Maloney c. La Reine*, Haute Cour d'Australie, arrêt, 19 juin 2013, [2013] H.C.A. 28.

*Etat d'Australie occidentale c. Brown et autres*, Haute Cour d'Australie, arrêt, 12 mars 2014, [2014] H.C.A. 8.

### **Canada**

*St Catherine's Milling and Lumber Company c. Rex*, décision, 12 décembre 1888, Comité judiciaire du P.C., 14 App. Cas. pp. 46, 58-59.

*Rex c. Syliboy*, Cour du Comté de Nouvelle-Ecosse, 1929, 1 D.L.R. 307.

*Francis c. La Reine*, Cour suprême du Canada, arrêt, 11 juin 1956, [1956] R.C.S. 618, p. 631.

*Regina c. White et Bob*, Cour suprême, C.C.H. D.R.S. 1965 P-15 232, (1966) 52 D.L.R. (2d) 481.

*Calder et alii c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, Cour suprême, décision, 31 janvier 1973, 34 D.L.R. (3d) 145, pp. 164-169, 173-174, 191, 193, 200.

*Simon c. La Reine*, Cour suprême, arrêt, 21 novembre 1985, affaire n° 17006, (1985) 2 R.C.S. 387, p. 404.

*Rex c. Sioui*, Cour suprême, arrêt, 24 mai 1990, affaire n° 20628, [1990] 1 R.C.S. 1025, pp. 1055-1056.

*Rex c. Sparrow*, Cour suprême, arrêt, 31 mai 1990, [1990] 1 R.C.S. 1075.

*Rex c. Vincent*, Cour suprême, (1993) 12 O.R. (3d), 397, 404-407.

*Delgamuukw c. Colombie britannique*, Cour suprême, arrêt, 11 décembre 1997, 154 D.L.R. (4th) pp. 240-241.

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, Cour suprême, 20 août 1998, [1998] 2 R.C.S. 217, 161 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 385, 55 C.R.R. (2d) 1.

*Rex c. Marshall*, Cour suprême, affaire composée de deux arrêts : n° 1, 17 septembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 456 et n° 2, 17 novembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 553.

*Nation Haida c. Colombie britannique (Ministre des forêts)*, 18 novembre 2004, Cour suprême, affaire n° 29419, 2004 S.C.C. 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

*Daniels c. Canada*, Cour fédérale, arrêt, 8 janvier 2013, [2013] F.C.R. 6.

### ***Colombie***

Jugement SU-039/97, Cour constitutionnelle, 3 février 1997 (Dr. Antonio Barrera Carbonell, juge).

Jugement T-652/98, Cour constitutionnelle, 10 novembre 1998 (Carlos Gaviria Díaz, juge).

*Communauté autochtone – Consultation préalable/Action de protection – Mécanisme judiciaire pour la consultation des peuples autochtones*, jugement SU.383/03, Cour constitutionnelle, 13 mai 2003 (Dr. Álvaro Tafur Galvis, juge).

Jugement T-880/06, Cour constitutionnelle, 26 octobre 2006 (Dr. Álvaro Tafur Galvis, juge).

Jugement C-030/08, Cour constitutionnelle, 23 janvier 2008 (Dr. Rodrigo Escobar Gil, juge)

Auto n° 004, Cour constitutionnelle, 26 janvier 2009.

Jugement C-615/09, Cour constitutionnelle, 2 septembre 2009 (Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, juge), concernant la loi n° 1214 du 16 juillet 2008 sur le développement intégral des peuples autochtones Wayúu de Colombie et du Venezuela.

### ***Commonwealth***

Opinion conjointe de l'*Attorney-General* et du *Solicitor-General* d'Angleterre, 24 décembre 1757 (dite opinion Pratt-Yorke) (Inde).

*Avocat-Général pour le Honduras britannique c. John Bristowe et Charles Thomson Hunter*, P.C., 18 novembre 1880, 6 App. Cas. 143.

*Special Reference as to the ownership of the Unalienated Land in Southern Rhodesia* (“*In re Rhodésie du Sud*”), rapport des Lords, 29 juillet 1918, Comité judiciaire du P.C., [1918] U.K.P.C. 78, [1919] A.C. 211, pp. 233-234.

*Amodu Tijani c. Nigéria du sud (Secrétaire)*, 11 juillet 1921, Comité judiciaire du P.C., [1921] 2 A.C. 399.

*Vaje Singji Jorava Ssingji c. Secrétaire d’Etat pour l’Inde*, P.C., 1924, L.R. 51 Ind. App. 357.

*Sakariyawo Oshodi c. Moriamo Dakolo et autres*, 24 juillet 1930, P.C., affaire n° 1930-75, appel n° 31, [1930] U.K.P.C. 75, A.C. pp. 667-668 (Nigéria).

*Adeyinka Oyekan et autres c. Musendiku Adele*, Comité judiciaire du P.C., appel n° 39 de 1953, arrêt du 26 juin 1957, 2 All ER 785 (Nigéria).

### ***Etats-Unis d’Amérique***

*Indiens Mohegan c. Connecticut* (1705-1773).

*Marshall c. Clark*, 1 Kentucky Reports 77, 4 Call 268, novembre 1791.

*Sim’s Lessee c. Irvine*, Cour suprême, 3 U.S. (3 Dall.) 425 (1799).

*Jackson ex dem J.G. Klock c. Hudson*, Cour suprême de New-York, 3 Am. Dec. 500, 3 Johns 375, 1808 W.L. 477 (1808).

*Fletcher c. Peck*, Cour suprême, arrêt, 16 mars 1810, 10 U.S. 87, 6 Cranch 87 (1810).

*Johnson & Graham’s Lessee c. M’Intosh*, Cour suprême, 28 février 1823, 21 U.S. 543, 574 ; 8 Wheat 543 (1823).

*Goodell c. Jackson*, Cour suprême de New-York, 11 Am. Dec. 351, 20 Johns 693 (1823).

*Nation Cherokee c. Etat de Géorgie*, Cour suprême, 18 mars 1831, 30 U.S. 1, 5 Pet 1 (1831).

*Worcester c. Etat de Géorgie*, Cour suprême, 3 mars 1832, 31 U.S. 515, 6 Pet 515, 547-548 (1832).

*Mitchel c. Etats-Unis*, Cour suprême, janvier 1835, 34 U.S. (9 Pet.) 711, 9 L.Ed. 283 (1835), citation p. 746.

*Williams c. Bruffy*, Cour suprême, octobre 1877, 96 U.S. 176 (1877).

*Paquete Habana c. Etats-Unis*, Cour suprême, 8 janvier 1900, 175 U.S. 677, p. 686 (1900).

*Etats-Unis c. Winans*, Cour suprême, 16 mai 1905, 198 U.S. 371, pp. 379, 381 et 384.

*Cramer c. Etats-Unis*, Cour suprême, 19 février 1923, 261 U.S. 219, 43 S Ct 342 (1923).

*Etats-Unis c. Tribus Klamath et Moadoc et Bande Yahooskin d’Indiens Snake*, Cour suprême, 25 avril 1938, 34 U.S. 119 (1937).

*Tribu Shoshone d’Indiens c. Etats-Unis*, Cour suprême, 4 janvier 1937, 299 U.S. 476 (1937).



*Etats-Unis ex rel. Indiens Hualpai c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, Cour suprême, 8 décembre 1941, 314 U.S. pp. 339, 347, 353, 354.

*Nation Seminole c. Etats-Unis*, Cour suprême, 11 mai 1942, 316 U.S. 286 (1942).

*Etats-Unis c. Bande Alcea des Tillamooks*, Cour suprême, 25 novembre 1946, affaire n° 26, 329 U.S. 40.

*Nation Osage c. Etats-Unis*, 1 I.C.C. 54, 65-66 (1948), *rev'd on other grounds*, 119 Ct. Cl. 592 (1951), *cert. denied*, 342 U.S. 896 (1951).

*McGhee c. Nation Creek*, 'Court of Claims', 1952, 122 Ct. Cl. 380, p. 391 (1952).

*Bille c. Etats-Unis*, Ct. Cl., 1956, 146 F. Supp., p. 461.

*Tribu Shoshone c. Etats-Unis*, 'Indian Claims Commission', décision, 16 octobre 1962, 11 I.C.C. 387 (alternativement *Etats-Unis c. Dann*)

*Nation indienne Oneida de l'Etat de New-York c. Comté d'Oneida*, Cour suprême, 21 janvier 1974, 414 U.S. 661, 94 S. Ct. 772 (1974) p. 667.

*Turtle Mountain Band of Chippewa Indians c. Etats-Unis*, Ct. Cl., arrêt en appel, 23 janvier 1974, 490 F.2d 935 (1974), p. 952.

*Etats-Unis c. Nation Sioux d'Indiens*, 'Court of Claims', 25 juin 1975, appel n° 16-74, 207 Ct. Cl. 234, p. 241, 518 F.2d 1298, p. 1302 (1975).

*Etats-Unis c. Dann (Dann II)*, 'district court', Neuvième Circuit, 15 mars 1978, 706 F.2d 919, pp. 923 et 928 ; 572 F.2d 222, pp. 225-227.

*Bande Temoak d'Indiens Shoshone occidentaux (Nevada) c. Etats-Unis*, Ct. Cl., 'Federal Circuit', arrêt, 21 février 1979, appel n° 1-78, 593 F.2d 994, p. 996.

*Etats-Unis c. Nation d'Indiens Sioux et autres*, Cour suprême, affaire n° 79-639, arrêt, 30 juin 1980, 448 U.S. 371, 100 S.Ct. 2716, 65 L.Ed.2d 844 (1980).

*Montana c. Etats-Unis*, Cour suprême, arrêt, 24 mars 1981, 450 U.S. 544 (1981).

*Etats-Unis c. Dann*, Cour suprême, 20 février 1985, affaire n° 83-1476, 470 U.S. 39.

*Etats-Unis c. Dann*, Cour d'appel, 9<sup>e</sup> circuit, 11 janvier 1989, affaires n° 86-2845 et 86-2890, 865 F.2d 1528 (1989).

*Nevada et autres c. Hicks et autres*, Cour suprême, 25 juin 2001, 533 U.S. 353 (2001).

*Nation Cherokee d'Oklahoma c. Leavitt*, 1<sup>er</sup> mars 2005, Cour suprême, 543 U.S. 631 (2005).

*Conseil national des Shoshone occidentaux, Tribu Shoshone Timbisha et autres c. Etats-Unis*, Cour d'appel des Etats-Unis pour le circuit fédéral, arrêt, 22 mai 2008, affaire n° 2007-5020.

*Plains Commerce Bank c. Long Family Land and Cattle Co., Inc*, Cour suprême, arrêt, 25 juin 2008, 554 U.S. 316 (2008), 128 S. Ct. 2709, 171 L. Ed. 2d 457.

*Carciéri c. Salazar*, Cour suprême, arrêt, 24 février 2009, 129 S. Ct. 1058 – 555 U.S. 379 (2009).

*Elouise Pepion Cobell et autres c. Ken Salazar et autres*, Cour du district de Columbia, accord de règlement du 7 décembre 2009, affaire n° 1 :96CV01285-JR.

*Keepseagle c. Vilsack*, Cour de district des Etats-Unis pour le District de Columbia, accord de règlement du 1<sup>er</sup> novembre 2010, affaire n° 1 :99CV03119.

### **France**

*Clan Mararheu c. Clan Nerho*, Cour d'Appel de Nouméa, 9 avril 1987, *semaine juridique* 1987, n° 45, p. 20880, note Vivier.

*X c. Y*, Cour d'Appel de Nouméa, 10 mars 2008, R.G. n° 07/497.

Cour de cassation, chambre civile 1, arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° de pourvoi 08-20843.

*Clan Tiaouniane c. Antoine Poday et Groupement de droit particulier local clanique de Baco ; Ministère public intervenant*, Cour d'Appel de Nouméa, chambre civile, arrêt, 22 août 2011, affaire n° 10/531.

*Clan Tiaouniane c. SAEML « Grand projet VKP » ; Ministère public intervenant*, Cour d'Appel de Nouméa, chambre civile, arrêt, 22 août 2011, affaire n° 10/532.

### **Malaisie**

*Nyali Ltd c. Avocat-Général*, Cour d'appel, 1956, 1 Q.B. 1, Lord Denning.

*Sumbang Anak Sekam c. Engkarong Anak Ajah*, 1958, S.C.R. 95.

*Sat Anak Akum et un autre c. Randong Anak Charanak Charereng*, 1958, S.C.R. 104.

*Galau et alii c. Penghuluimang et alii*, 1967, 1 M.L.J. 192.

*Association de pilotes de Selangor c. Gouvernement de Malaisie et un autre*, Cour fédérale, 1975, 2 M.L.J. 66.

*Keruntum Sdn Bhd c. Ministre de la planification des ressources*, Cour suprême, 1987.

*Koperasi Kijang Mas c. Kerajaan Negeri Perak*, 1991, C.L.J. 486.

*Adong bin Kuwau et autres c. Kerajaan Negeri Johor et un autre*, Haute Cour de Jahor Bahru, injonction initiale n° 24-828-94, 21 novembre 1996, [1997] 1 M.L.J. 418.

*Nor Anak Nyawai et autres c. Borneo Pulp Plantation Sdn Bhd et autres*, Haute Cour de Sabah et Sarawak, Kuching, 12 mai 2001, affaire n° 22-28-99-I, [2001] 6 M.L.J. 241.

*Sagong bin Tasi et autres c. Kerajaan Negeri Selangor et autres*, Haute Cour de Malaya, [2002] 2 M.L.J. 591.

*Superintendent des terres et enquêtes, division de miri c. Madeli bin Salleh*, Cour fédérale, 8 octobre 2007, Putrajaya, affaire n° 01-1-2006 (Q), [2007] 6 C.L.J. 509 ; [2008] 2 M.L.J. 677.

*Bisi ak Jinggot @ Hilarion Bisi ak Jenggut c. Superintendent of Lands and Surveys Kuching Division et autres*, 2008, *M.L.J.* 415.

*Sapiah binti Mahmud (F) c. Superintendent of Lands and Surveys, Samarahan Division et 2 autres*, 2009, *M.L.J.* U 0410.

*Sagong Tasi et autres c. Kerajaan Negeri Selangor et autres*, arrêt, 27 mai 2010, affaire n° MTI-21-314-1996, Haute Cour de Malaya, Shah Alam.

*Mohamad Nohing et 5 autres c. Gouvernement d'Etat de Pahang et 3 autres*, Haute Cour, 2012.

*Mohamad Nohing et autres c. Pejabat Tanah dan Galian Negeri Pahang et autres*, Haute Cour de Malaya, arrêt, 18 mars 2013, [2013] 9 *C.L.J.* p. 533.

### ***Nouvelle-Zélande***

*Rex c. Symonds*, Cour suprême de la colonie de Nouvelle-Zélande, arrêt, 9 juin 1847, *N.Z.P.C.C.*, pp. 387-388, 390-391.

*Wi Parata c. Evêque de Wellington*, Cour suprême de Nouvelle-Zélande, 1877, 3 *N.Z. Jurist Reports (New Series) S.C.* p. 72, pp. 79-80.

*Manu Kapua c. Para Haimona*, P.C., 1<sup>er</sup> juillet 1913, [1913] *A.C.* 761 (*N.Z.P.C.C.* 413), pp. 766-767.

*Conseil māori de Nouvelle-Zélande c. Avocat-Général*, Cour d'appel, 1987, [1987] 1 *N.Z.L.R.* 641.

*Avocat-Général c. Ngati Apa*, arrêt, Cour d'appel, 19 juin 2003, 3 *N.Z.L.R.* 643.

*Takamore c. Clarke*, Cour d'appel, 23 novembre 2011, [2011] 1 *N.Z.L.R.* 573, [2011] *N.Z.C.A.*587 (Nouvelle-Zélande).

*Josephine Takamore c. Denise Clarke et autres*, Cour suprême, arrêt, 18 décembre 2012, affaire S.C. 131/2011, [2012] *N.Z.S.C.* 116.

*Gisborne District Council c. Whetu Hautapu et autre*, Māori Land Court, Tairāwhiti District, affaire Tātarahake n° 1, A20100013227, jugement réservé du vice juge C. L. Fox du 31 janvier 2013, §46.

*Conseil māori de Nouvelle-Zélande et autres c. Attorney-General de Sa Majesté et autres*, Cour suprême, compte-rendu des audiences des 31 janvier et 1<sup>er</sup> février 2013, S.C. 98/2012, [2013] *N.Z.S.C.* Trans 1, et arrêt, 27 février 2013, [2013] *N.Z.S.C.* 6.

### ***Papouasie-Nouvelle-Guinée***

*Gibbs c. Messer*, P.C., 1891, *A.C.* 248, p. 254.

*Geita Sebea c. Territoire de Papouasie*, 25 novembre 1941, 67 *C.L.R.* 544.

*Gardien de propriété expropriée c. Tedep et autres*, Haute Cour d'Australie (juridiction d'appel avant l'indépendance de la Papouasie-Nouvelle-Guinée), 30 novembre 1964, 113 C.L.R. 318 (p. 331), [1964] H.C.A. 75, 38 A.L.J.R. 344, [1965] A.L.R. 941, 1964 W.L. 59832.

*Tolain, Topalau, Tomaret, Towarunga et autres villageois du village de Latlat c. Administration du Territoire de Papouasie et Nouvelle-Guinée (In re Vulcan Land)*, [1965-1966] P.N.G.L.R. 232.

*Teori Tau c. Le Commonwealth*, 1969, 119 C.L.R. 564, 44 A.L.J.R. 25, [1971] A.L.R. 190 ; 1969 W.L. 89421 ; 44 A.L.J. 49 ; 44 A.L.J. 171.

*Rahonamo c. Enai et un autre (Re Hitau)*, 1971, arrêt non répertorié N612.

*Administration du Territoire de Papouasie et Nouvelle-Guinée c. Blasius Tirupia et autres (In Re Vunapaladig and Japalik Land)*, [1971-1972] P.N.G.L.R. 229.

*Administration de Papouasie et Nouvelle-Guinée c. Daera Guba*, 1972-1973, 130 C.L.R. 353, 47 A.L.J.R. 621 ; 1973 W.L. 149181.

*Toare Karakara c. Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, [1986] P.N.G.L.R. 186.

*Modaha Resena et autres c. Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée*, [1990] P.N.G.L.R. 22.

*Emas Estate development Pty Ltd c. John Mea et autres*, Cour suprême, 2 août 1993, [1993] P.N.G.L.R. 215, p. 227 (doctrine d' « indéfaisabilité » du titre de propriété).

### ***Autres Etats***

*Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichí c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable* s. amparo, Cour suprême de Justice de la Nation, recours en appel, 8 septembre 2003 (Argentine).

*Petrolera Piedra del Águila S.A. c. Curruhuinca Victorino et autres* (acción de amparo), affaire n° 43 907 de 2007, Tribunal civil 2 de Cutral Có, juge Mario Tommasi, arrêt du 16 février 2011 (Argentine).

*Communauté Santa Rosa Leleque (Mapuche) c. société Tierras Sur Argentino S.A.* (filiale de Benetton), Tribunal Esquel de Chubut, décision du 1<sup>er</sup> mars 2011 (Argentine).

*Cal et autres c. Avocat Général*, Cour suprême du Belize, arrêt, 18 octobre 2007, affaires jointes n° 171 et 172 de 2007.

*Alliance des chefs mayas et autres c. Avocat général et autre*, Cour suprême du Belize, arrêt, 28 juin 2010, affaire n° 366 de 2008.

*Avocat Général et autre c. Alliance des chefs mayas et autres*, Cour d'appel du Belize, arrêt, 25 juillet 2013, appel civil n° 27 de 2010.

*Kamanakao I et autres c. Avocat-Général et un autre*, Haute Cour du Botswana, 23 novembre 2001, (2002) A.H.R.L.R. 35.

*Roy Sesana Keiwa Setlhobogwa et autres c. Avocat-Général*, Haute Cour du Botswana, 13 décembre 2006, Misca. n° 52 de 2002.

*Raposa-Serra do Sol*, Tribunal suprême fédéral, décision du 19 mars 2009, pétition n° 3388 (Brésil).

Décision *Rol 309*, Tribunal constitutionnel, 4 août 2000 (Chili).

Sentencia n° 13 832, division constitutionnelle de la Cour suprême de Justice du Costa Rica, 11 septembre 2008, consulta facultativa expediente n° 08-011089-0007-CO.

*Virendra Singh et autres c. Etat de l'Uttar Pradesh*, Cour suprême de l'Inde, arrêt, 29 avril 1954, I.N.S.C. 55, 1954 A.I.R. 447, 1955 S.C.R. 415.

*The case of Tanistry* (Davis28), 1608 (Irlande).

*Joseph Letuya et 21 autres c. Attorney-General et 5 autres*, Cour foncière et environnementale de Nairobi, arrêt, 17 mars 2014, ELC civil suit n° 821 de 2012 (OS), [2014] eKLR (Kenya).

*Timothy c. Oforka*, Cour d'appel, 2008, All F.W.L.R. (Pt. 413) 1370 à 1381, (2008) 9 N.W.L.R. (Pt. 1091) 204, p. 213 (Nigéria).

Cour suprême de Norvège, arrêt du 20 septembre 2011, HR-2011-1743-A, affaire n° 2011/51.

Arrêt du 13 mars 2013, tribunal de district de Bauntovski de la République de Bouriatie (ordonnant la dissolution d'une « obschina » autochtone locale) (Russie).

Affaire n° 33-2067, Cour suprême de la République de Bouriatie, division d'appel, arrêt du 15 juillet 2013 (Russie).

*R. c. Bukunda Kilanga et autres*, High Court Sessional Case n° 168, 1976 (Tanzanie).

*Noya Gomusha et autres c. R.*, 1980, T.L.R. 19 (Tanzanie).

# INDEX DE LA LÉGISLATION ET AUTRES COMPORTEMENTS INTERNES ET INTERNATIONAUX DES ÉTATS

## Législation interne des Etats

### *Argentine*

*Constitution de la nation argentine* du 1<sup>er</sup> mai 1853, article 67 alinéa 15. Révision de 1994 : article 75.17.

Loi n° 23 302 du 30 septembre 1985 sur la protection des communautés autochtones, publiée au *Boletín Oficial* n° 25 803 du 12 novembre 1985, p. 1 (Argentine).

Loi n° 26 160 du 1<sup>er</sup> novembre 2006 (« loi d'urgence sur la possession et la propriété des terres »), publiée au *Boletín Oficial* du 29 novembre 2006, art.3 (Argentine).

Loi n° 26 206 du 14 décembre 2006 sur l'éducation nationale, publiée au *Boletín Oficial* n° 31 062 du 28 décembre 2006 (Argentine).

Décret n° 1122/07 du 23 août 2007 réglementant l'application de la Loi n° 26 160 (Argentine).

Résolution n° 587/07 du 25 octobre 2007 de l'Institut national des questions autochtones (I.N.A.I.) sur le « Programme national pour l'identification des territoires des communautés autochtones » (Argentine)

Loi n° 26 331 du 28 novembre 2007 sur la protection de l'environnement des forêts autochtones, publiée au *Boletín Oficial* n° 31 310 du 26 décembre 2007, p. 2 (Argentine).

Loi n° 26 522 du 10 octobre 2009 sur les services de communication audiovisuels, et son décret d'application n° 1225/2010 du 31 août 2010 (Argentine).

Loi n° 26 554 du 11 décembre 2009 (extension de la date limite fixée par la loi n° 26160 en matière foncière), publiée au *Boletín Oficial* n° 31 799, p. 1 (Argentine)

Décret présidentiel n° 700/2010 du 20 mai 2010 établissant la Commission d'analyse et d'application de la propriété communautaire autochtone, publié au *Boletín Oficial* n° 31 909 du 21 mai 2010 (Argentine).

### *Australie*

*Racial Discrimination Act 1975*, loi n° 52 de 1975, approuvée le 11 juin 1975, section 8.1.

*Aboriginal Land Rights Act 1976*, 9 décembre 1976, amendé en 2006 (Territoire du Nord).

*Aboriginal and Torres Strait Islanders (Queensland Reserves and Communities Self-management) Act 1978*, loi n° 11 de 1978, approuvée le 10 avril 1978.

*Native Title Act 1993 (Cth)*, loi n° 110 de 1993, approuvée le 24 décembre 1993.

*Native Title Amendment Act 1998 (Cth)*, loi n° 97 de 1998, approuvée le 27 juillet 1998.

*Native Title Amendment Bill 2012 (Cth)*, projet de loi.

### ***Brésil***

Code civil de 1916, article 6.

Code civil amendé en 2002 (cf loi n° 10 406 du 10 janvier 2002).

Constitution du 5 octobre 1988, articles 210.2, 231, 232.

Décret présidentiel n° 1775 de 1996.

Règlement (*portaria*) n° 14 du Ministère de la Justice de 1996.

Décret présidentiel n° 5051 du 19 avril 2004 ordonnant l'exécution de la C169 .

Projet de « Statut pour les peuples autochtones », projet n° PL 760/2011.

Projet de loi n° PL 3571/2008, présenté au Président de la République le 15 avril 2008 (doc. EM n° 00074 –MJ), visant à la mise en place d'un *Conselho Nacional de Política Indigenista* (CNPI).

Programme des points culturels du Ministère de la culture.

Loi n° 11 645 sur l'éducation adoptée par le Gouvernement fédéral le 10 mars 2008, publiée au *Diário Oficial da União* du 11 mars 2008, p. 1.

Décret du 22 mars 2006 établissant la *Comissão Nacional de Política Indigenista*.

Ordonnance 2498/2011 sur le processus de démarcation des terres autochtones.

Décret 1775/96 fixant les modalités de la procédure de démarcation des terres autochtones.

Ordonnance 419/2011 en matière de réglementation de l'agence gouvernementale de la F.U.N.A.I. concernant les mesures d'octroi de permis environnementaux.

Ordonnance 303/2012 introduisant une « normalisation » des activités de l'Administration fédérale publique en matière de garanties et de protection concernant les territoires autochtones.

### ***Canada***

*British North America Act 1867* (« *Constitution Act 1867* »), 1<sup>er</sup> juillet 1867, section 91.

*Loi sur les Indiens 1876*, amendée en 1985 (projet de loi C-31), L.R.C. (1985), ch. I-5.

Papier blanc, 1969.

*Loi constitutionnelle du Canada*, 17 avril 1982, articles 24, 25 et 35-3.

Projet de loi S-16, 2004.

*Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, sanctionnée le 18 juin 2008, L.C. 2008, ch. 22.

### ***Chili***

Constitution du 11 septembre 1980, amendée le 7 avril 2009, article 5.

Loi n° 19 253 « portant établissement de normes en matière de protection, de promotion et de développement des autochtones, et création de la corporation nationale du développement autochtone » (*ley indígena*), promulguée le 28 septembre 1993, publiée au *Diario oficial* du 5 octobre 1993, avec amendements ultérieurs : article 34.

*Message de S. E. la Présidente de la République initiant un projet de réforme constitutionnelle pour la reconnaissance des peuples autochtones du Chili*, bulletin n° 5522-07, message n° 1101-355, 23 novembre 2007.

Plan du Gouvernement du 1<sup>er</sup> avril 2008 intitulé « Re-Conocer : Pacto Social por la Multiculturalidad »

Instruction présidentielle n° 5 du 25 juin 2008 affirmant l'obligation de consulter incombant à l'Etat.

Projet de loi du gouvernement de 2009 en vue de garantir la participation des peuples autochtones dans la définition des politiques de l'Etat.

*Message de S.E. la Présidente de la République visant à l'initiation d'un projet de loi portant création d'un Ministère des affaires autochtones et d'une Agence du développement autochtone*, bulletin n° 6726-06, message n° 1254-357, 29 septembre 2009.

*Message de S.E. la Présidente de la République initiant un projet de loi portant création d'un Conseil des peuples autochtones*, bulletin n° 6743-06, message n° 1253-357, 29 septembre 2009.

Projet portant établissement d'un sous-secrétariat aux affaires autochtones, bulletin n° 6018-06.

Projet de politique sur les associations et la participation citoyenne dans la gestion publique, bulletin n° 3562-06.

### ***Colombie***

Constitution du 4 juillet 1991, articles 9, 330-332.

Loi n° 99 de 1993 portant création du Ministère de l'Environnement, publiée au *Diario oficial* n° 41 146 du 22 décembre 1993.



Loi n° 160 du 3 août 1994 (réforme agraire et développement rural), publiée au *Diario oficial* n° 41 479 du 5 août 1994.

Décret n° 1396 du 8 août 1996, « *Creación de la Comisión de DDHH de los pueblos indígenas y del programa especial de atención a los pueblos indígenas* ».

Note circulaire n° 151 de 2004 (obligation de consultation avec les autorités autochtones lorsque les forces armées doivent intervenir sur leur territoire).

Directive n° 016 de 2006 du Ministère de la Défense.

Loi n° 1152 du 25 juillet 2007 (« *por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones* »), publiée au *Diario oficial* n° 46 700 du 25 juillet 2007.

Projet de loi n° 32 de 2008 (« *por la cual se crea la Comisión Nacional de Desarrollo Integral para los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes y se adoptan medidas tendientes a asegurar el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio en estas poblaciones* »).

Projet de loi n° 196 de 2008 (« *por medio del cual se establece el Estatuto Integral del Derecho de los Pueblos Indígenas* »).

Projet de loi sur la protection des langues autochtones ("*Protección de Lenguas Nativas*").

### ***Etats-Unis d'Amérique***

*Indian Reorganization Act (Wheeler-Howard Act)*, 18 juin 1934, 25 U.S.C. §461.

H.R. REP. n° 1466, 79<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session (1945), réimprimé in 1946 *U.S. CODE CONG'L SERV.* pp. 1347, 1348, 1349, 1351, 1354, 1356 (rapport du Comité de la Chambre des représentants sur les affaires indiennes).

*Indian Claims Commission Act*, 13 août 1946, ch. 959, 60 Stat. 1049, 25 U.S.C. § 70.

*Indian Civil Rights Act of 1968*, 25 U.S.C. §§1301-1304.

*Alaska Native Claims Settlement Act*, 18 décembre 1971, 43 U.S.C. §1601.

*Indian Self-Determination and Education Assistance Act of 1975*, loi n° 93-638 promulguée le 4 janvier 1975, 25 U.S.C. §450.

*Indian Gaming Regulatory Act*, 25 C.F.R. §501-2 (c), 1978.

*Maine Indian Claims Settlement Act* du 10 octobre 1980 et *Maine Implementing Act*, 25 U.S.C., §1724, Pub. L. 113-86.

*Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, 1987, §§102-103.

*Executive order* n° 13 175 du 6 novembre 2000 sur la consultation et la coordination avec les gouvernements tribaux indiens : section 2(c) et le Mémorandum présidentiel du 5 novembre 2009 détaillant les aspects de la mise en œuvre du texte.

*Omnibus Appropriations Act 2008*, H.R. 2764, loi publique n° 110-161, signé par le Président le 26 décembre 2007, 110<sup>e</sup> Congrès, section 699B p. 526.

*Department of Defense Appropriations Act*, 2010, loi publique n° 11-118, signé par le Président le 19 décembre 2009, H.R. 3326 (111th), section 8113 p. 45.

*Tribal Law and Order Act of 2010*, loi publique n° 111-211, H.R. 725, 124 Stat. 2258, promulgué le 29 juillet 2010.

*Claims Resolution Act of 2010*, Pub. L. 111-291, H.R. 4783, promulgué le 8 décembre 2010.

*Executive order* n° 13 592 du 2 décembre 2011 sur l'amélioration des opportunités des Indiens d'Amérique et des Natifs d'Alaska en matière d'éducation et sur le renforcement des collèges et universités tribaux.

18 U.S.C. §1152 « Laws Governing », régissant le fonctionnement des tribunaux tribaux.

*United States Code*, titre 25 ("Indians").

*Commentaries on American Law*, tome 3, p., 379.

### ***France***

*Mémoire du Roi pour servir d'instruction à Talon*, directive royale adressée à Jean Talon, gouverneur de la colonie de Nouvelle-France, 20 mars 1665, in *Rapport de l'archiviste de la province de Québec*, 1931, pp. 5-10, doc. n° 2234.

Arrêté du 24 décembre 1867 conférant une existence légale à la tribu et lui reconnaissant des droits fonciers sur le sol qu'elle occupe (Nouvelle-Calédonie).

Arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868 précisant les modalités de délimitation des réserves (Nouvelle-Calédonie).

*Code de l'indigénat* du 28 juin 1881, appliqué à l'ensemble des colonies françaises en 1887.

*Constitution de la République Française* du 4 octobre 1958, titre XII (articles 73, 74, 75.1) et titre XIII sur la Nouvelle-Calédonie.

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F., n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197, articles 4 et 217. Cette loi a été plusieurs fois modifiée ensuite, notamment le 2 octobre 2013.

Loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F. n° 68 du 21 mars 1999, p. 4226.

Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 « portant statut d'autonomie de la Polynésie française », J.O.R.F. n° 52 du 2 mars 2004, p. 4183.

### ***Indonésie***

Constitution du 18 août 1945 amendée en 2001, articles 18b-2, 28c-2.

Loi n° 5/1960 du 24 septembre 1960 sur les principes de réglementation agraire (L.N.1960/104, T.L.N. n° 2043).

Loi n° 39/1999 du 23 septembre 1999 sur les droits de l'homme (Gazette officielle n° 165, 1999).

Loi n° 41/1999 sur les activités forestières.

Décret n° X/2001 de l'Assemblée consultative du peuple (M.P.R.) sur la réforme agraire.

Loi n° 27/2007 sur la gestion de la zone costale et des îlots (Gazette officielle n° 64 de 2007).

Loi n° 32/2009 du 3 octobre 2009 sur la protection et la gestion environnementale (Gazette officielle n° 140 de 2009).

Projet de loi portant reconnaissance et protection des droits des peuples autochtones, Commission législative de la Chambre des représentants (B.A.L.E.G.), 2011.

Règlement du Conseil de Malinau, province de Kalimantan Timur, 2012.

Loi n° 1/2014 du 6 janvier 2014 sur la gestion de la zone costale et des îlots (Gazette officielle n° 64 de 2007).

### ***Malaisie***

Ordre IX du Rajah de 1875.

Constitution fédérale du 31 août 1957, article 160.

*Sarawak Land Code 1957*

*National Land Code (Penang and Malacca Titles) Act 1963*

*National Land Code 1965*, loi n° 56 (1965), section 4.2.

*Customary Tenure Enactment (FMS)*

### ***Népal***

Loi de 2055 sur l'auto-administration locale, 1999, préambule et articles 8.c, 75.2.c, 172.2.e.

Loi instaurant la Fondation nationale pour le développement des nationalités autochtones, loi n° 20 de 2058 (2002), adoptée le 7 février 2002, entrée en vigueur le 25 octobre 2002.

Constitution intérimaire entrée en vigueur le 15 janvier 2007 : articles 5, 13, 17, 21.

*Civil Service Act* amendé en 2007.

Ordonnance sur l'inclusion dans le service public, 2009.

*National Human Rights Commission Act*, loi n° 14 de 2068 (2012), publiée le 21 janvier 2012 (2068.10.7).

## **Norvège**

Constitution de 1814 amendée en 1988, article 110a.

*Reindeer Husbandry Act 1978*, loi LOV-1978-06-09-49 du 9 juin 1978.

*Loi concernant le Sameting (Parlement sami) et d'autres questions juridiques liées aux Samis (Sámi Act)*, loi n° 56 du 12 juin 1987.

Cadre en matière de procédures de consultation entre les autorités de l'Etat et le Parlement Sami, conclu le 11 mai 2005.

Loi n° 85 du 17 juin 2005 en matière de relations juridiques et de gestion foncière et des ressources naturelles dans le comté de Finnmark.

*Loi sur l'élevage des rennes (« Lov om reindrift »)*, loi LOV-2007-06-15-40 du 15 juin 2007, modifiant la loi de 1978, publiée au Journal officiel n° 6 de 2007, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

Recommandation NOU 2008 :5 du Comité sur la pêche côtière, 18 février 2008.

*Act Relating to Planning and the Processing of Building Applications*, loi n° 71 du 27 juin 2008, sections 1.9, 3.1(c), 3.2 et 5.4.

*Norway Mineral Act*, loi n° 101 du 19 juin 2009, sections 2-b et 10.

## **Nouvelle-Zélande**

*Native (Māori) Lands Act 1862*, loi n° 42 du 15 septembre 1862.

*New Zealand Settlement Act 1863*, loi du 3 décembre 1863.

*Native Lands Act 1865*

*Māori Representation Act 1867*, loi n° 47 du 10 octobre 1867.

*Native Land Act 1909*

*Māori Affairs Act 1953*, loi publique, 1953 n° 94 (abrogée).

*Māori Welfare Act 1962* (aussi connu sous le nom de *Māori Community Development Act 1962*), loi publique, 1962 n° 133, approuvée le 14 décembre 1962.

*Treaty of Waitangi Act 1975*, loi publique, 1975 n° 114, approuvée le 10 octobre 1975.

*Constitution Act 1986*, loi publique, 1986 n° 114, approuvée le 13 décembre 1986.

*Te Ture Whenua Māori Act 1993* (Loi foncière māorie), loi 1993 n° 4, approuvée le 21 mars 1993.

*Foreshore and Seabed Act 2004*, loi 2004 n° 94, approuvée le 24 novembre 2004, abrogée le 1<sup>er</sup> avril 2011 par la section 5 de la loi de 2011 sur les espaces littoraux et marins.

*Local Government (Auckland Council) Amendment Act 2010* (n° 36).

*Marine and Coastal Area (Takutai Moana) Act 2011*, loi 2011 n° 3, approuvée le 31 mars 2011.

*Local Government (Auckland Transitional Provisions) Amendment Act 2013*, loi n° 64 du 3 septembre 2013.

### ***Fédération de Russie***

Décrets de l'impératrice Anna Ioannovna (1730-1740) et du Sénat sur l'extermination des autochtones : *Décret du Sénat sur l'extermination finale des « Chukchi rebelles »* (решение сената об окончательном истреблении « немирных Чукч »), XVIII<sup>e</sup> siècle, (republié en 1935).

Décret de l'impératrice Catherine II sur les peuples autochtones, 1789.

Charte du 22 juillet 1822 approuvée par Sa Majesté « *sur l'administration des autochtones* » (Высочайше утвержденный Устав от 22 июля 1822 г. "Об управлении инородцев"), chapitre 10, §§45, 46, 94, 147-148, 152.

*Institution pour l'administration des provinces sibériennes* (« Учреждение для управления Сибирских Губерний »), 22 juillet 1822.

Décret du présidium du Comité exécutif central de toutes les Russies, 20 juin 1924 (U.R.S.S.).

Constitution de l'U.R.S.S. du 31 janvier 1924.

Constitution de l'U.R.S.S. du 7 octobre 1977, article 72.

Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993, articles 15.4, 65 et 69.

*Loi sur les garanties des droits des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie*, loi fédérale n° 82-FZ du 30 avril 1999, *R.L.F.R.*, 1999, n° 18, p. 2208, plusieurs fois amendée depuis.

*Liste unifiée des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie*, liste approuvée par le décret n° 255 du Gouvernement fédéral du 24 mars 2000, publiée dans la *Gazette russe* n° 66 du 5 avril 2000, p. 1493. Liste mise à jour plusieurs fois, notamment par la résolution n° 1145 du Gouvernement fédéral du 26 décembre 2011.

*Loi sur les principes généraux d'organisation des « obshchinas »* (clans ou communautés de type clanique) *des peuples autochtones peu nombreux du nord, de Sibérie et des régions orientales de la Fédération de Russie*, loi fédérale n° 104-FZ du 20 juillet 2000, *R.L.F.R.*, 2000, n° 30, p. 3122 et *Gazette russe* du 25 juillet 2000.

*Loi sur les territoires d'utilisation traditionnelle naturelle par les peuples autochtones peu nombreux du Nord, de Sibérie et des régions orientales de la Fédération de Russie*, loi fédérale n° 49-FZ du 7 mai 2001, *R.L.F.R.*, 14 mai 2001, n° 20, p. 1972 et *Gazette russe* n° 88 du 11 mai 2001, plusieurs fois amendée depuis.

Décret gouvernemental n° 564 du 27 juillet 2001 « Sur le programme fédéral ciblé "Développement économique et social des peuples autochtones peu nombreux du Nord jusqu'en 2011" » tel qu'amendé le 6 juin 2002.

*Loi sur les principes généraux d'organisation d'auto-administration locale en Fédération de Russie*, loi fédérale n° 131-FZ du 6 octobre 2003, publiée in *R.L.F.R.*, 6 octobre 2003, n° 40, p. 3822 et *Gazette russe* n° 202 du 8 octobre 2003.

Loi fédérale n° 40-FZ du 5 avril 2009 amendant la loi fédérale n° 82-FZ « sur les garanties des droits des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie ».

*Liste des lieux de résidence traditionnelle et des activités économiques des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie* et *Liste des types d'activités économiques traditionnelles des peuples autochtones peu nombreux de la Fédération de Russie*, listes adoptées par le décret n° 631-p du Gouvernement fédéral du 8 mai 2009.

Décret n° 565 du Ministère du développement régional du 9 décembre 2009 mettant au point une méthodologie d'évaluation des dommages causés par les activités industrielles, dont l'extraction, aux territoires d'utilisation traditionnelle.

Décret présidentiel n° 268 du 21 avril 2014 sur la réhabilitation du peuple tatar de Crimée.

Ordonnance n° 434-p du Gouvernement de l'oblast de Sakhaline du 6 août 2014 « sur les problèmes et les perspectives de l'utilisation traditionnelle des terres des peuples autochtones peu nombreux du nord de l'oblast de Sakhaline ».

### ***Autres Etats***

*Natives Land Act*, loi n° 27, 1913 (Afrique du Sud).

Constitution du 10 décembre 1996, articles 6 et 26 et *Constitutional Bill of Rights* (Afrique du Sud).

Loi n° 22 de 1994 sur les droits à la restitution foncière (Afrique du Sud)

Constitution du Bangladesh du 4 novembre 1972, article 23A (introduit par la section 14 du *Constitution (Fifteenth Amendment) Act 2011* (Loi XIV de 2011)).

Loi n° 3760 du 7 novembre 2007, article unique (Bolivie).

Constitution de la Bolivie du 7 février 2009, alinéa 4 du préambule, articles 2, 30-32, 269-I, 289-296.

*Cheftainship Act 1933*, abrogé (Botswana).

*Customary Courts Act 1961*, amendé en 2006 (Botswana)

Constitution du Botswana du 30 septembre 1966 révisée en 2007, sections 77-79.

*Tribal Territories Act 1968* (Botswana).

*Bogosi Act*, CAP 41 : 01, Loi n° 9 de 2008, 30 avril 2008 (Botswana).

Constitution de transition du 28 octobre 2001, article 141 (Burundi).

Constitution provisoire post-transition du 22 février 2005, article 180.2 (Burundi).

Code électoral, 2010 (Burundi).

Loi n° 5-2011 du 25 février 2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones (République du Congo) : articles 11-21, 39 ; plan d'action en vue de son application.

Constitution du Costa Rica du 7 novembre 1949, amendée en 2001 : article 76.

Loi de 1997 sur le droit autochtone à la territorialité (Costa Rica).

Résolution n° 1728-6/14 du Conseil suprême de la République autonome de Crimée du 11 mars 2014 (déclaration de souveraineté).

*Greenland Home Rule Act*, loi n° 577 du 29 novembre 1978, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1979 (Groenland, Danemark).

*Act on Greenland Self-Government*, loi n° 473 du 12 juin 2009, entrée en vigueur le 21 juin 2009 (Groenland, Danemark).

Constitution amendée en 1998 (Equateur)

Constitution politique de l'Equateur du 20 octobre 2008 : article 57.

Lois de Burgos, 1512 (Espagne).

Constitution de l'Ethiopie du 8 décembre 1994, articles 39.1, 39.4 et 39.5.

*Reindeer Husbandry Act 1990* (Finlande)

*Sami Parliament Act 1995* (Finlande)

*Sámi Language Act*, loi 1086/2003 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004 (Finlande).

*Constitution finlandaise 731/1999* (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2000), art. 17, 21.

Constitution de 1985, article 66 (Guatemala)

*Commission Act*, 22 janvier 1999 (Guatemala)

Projet de loi du 24 février 2011 sur le principe de consultation (Guatemala)

Constitution du 27 août 2010, article 56 (Kenya)

Constitution de 1917 révisée en 2001, article 2 (Mexique).

Loi sur le statut spécial de la Gagaouzie (*Gagauz Yeri*), décembre 1994, article 1.4 (Moldavie).

Constitution de février 1990, article 66.1 (Namibie)

Loi sur les autorités traditionnelles, n° 25, 21 décembre 2000, section 3 (Namibie)

Décision n° 25/29.11.05/001 du cabinet du 29 novembre 2005 sur la mise en place d'un Programme du développement san (Namibie)

Décision n° 9/28.05.09/005 du cabinet du Premier ministre du 28 mai 2009 portant création de la division du développement san (Namibie).

Constitution de 1987 amendée en 1995, article 5 (Nicaragua)

Loi n° 28, “ Statut d’autonomie des régions de la côte atlantique du Nicaragua ”, publiée dans le journal officiel *La Gaceta* n° 238 le 30 octobre 1987 (Nicaragua).

*Loi sur le régime de propriété commune pour les communautés ethniques et autochtones sur la côte atlantique et les rivières Bocay, Coco et Indio Maíz*, loi n° 445 du 13 décembre 2002 (Nicaragua).

*Loi sur le cadastre national*, loi n° 509 du 11 novembre 2004, publié au journal officiel ‘*La Gaceta*’ n° 11 du 17 janvier 2005) (Nicaragua).

Projet de Loi sur les territoires des peuples autochtones et d’ascendance africaine, 2012 (Nicaragua)

Constitution du Panama de 1972, articles 88, 90, 108, 124, 126.4, 127.

Loi n° 88 de 2010 reconnaissant les langues et les alphabets des peuples autochtones du Panama et fixant les règles pour l’éducation interculturelle bilingue, adoptée par l’Assemblée nationale le 22 novembre 2010 et publiée à la Gazette officielle n° 26 669-A du 26 novembre 2010 (Panama).

Loi n° 11 de 2012 établissant un régime spécial pour la protection des ressources minérales, hydriques et environnementales dans la *comarca* ngäbe-buglé, adoptée et publiée à la Gazette officielle n° 27 001 du 26 mars 2012 (Panama).

*Land Registration Ordinance* (amendée en 1925), section 40 (Papouasie-Nouvelle-Guinée)

Constitution de l’Etat indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée du 15 août 1975, annexe 2.

*Loi sur l’environnement de 2000*, loi n° 64 de 2000, certifiée le 19 avril 2001, amendée le 27 mai 2010 (Papouasie-Nouvelle-Guinée).

Constitution du Paraguay du 20 juin 1992 : articles 62-67.

Loi n° 904/81 du 18 décembre 1981 sur le statut des communautés autochtones, modifiée par la Loi n° 919/96 du 31 juillet 1996 (Paraguay)

Résolution suprême n° 117-2009-PCM du 10 juin 2009 (Pérou)

Projets de loi n° 419/2006-CR, 427/2006-CR et 2016/2006-CR (Pérou).

Constitution de 1987, article II section 22 (Philippines)

Loi sur les droits des peuples autochtones, 29 octobre 1997 (RA8371) (Philippines)

Constitution du Salvador du 15 décembre 1983 amendée en 2012, articles 63 et 144 (Assemblée législative, *accord de réformes constitutionnelles* n° 5, 25 avril 2012, ratification finale le 12 juin 2014).

*Ordonnance municipale sur les droits des communautés autochtones asentadas dans la municipalité de Nahuizalco*, décret n° 1 du 24 octobre 2010, publié au journal officiel n° 126 du 6 juin 2011, p. 392, articles 3 et 35 (Salvador)

*Ordonnance municipale sur les droits de la communauté autochtone dans la municipalité d’Izalco*, décret n° 2 du 11 avril 2012, journal officiel n° 75 du 25 avril 2012, p. 395, articles 3 et 31 (Salvador).



*Constitution de la République de Serbie*, 8 novembre 2006, Journal officiel n° 98/2006, préambule et article 182.

Loi n° 437 de 1971 sur les pâturages des rennes (*Rennäringslag*)(Suède)

Constitution de la Suède de 1974, amendement entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (Proposition du gouvernement 2009/10 : 80, « A Reformed Constitution »).

Loi sur le Parlement Sami (n° 1433 de 1992)(Suède)

Code suédois des statuts (« *Svensk författningssamling* »), S.F.S. 2011 : 109, portant publication de la réforme du gouvernement 2010 : 1408, section 2.6.

*Mission Act*, 1915 (Venezuela)

Constitution du Venezuela du 20 décembre 1999 : article 120.

*Loi sur la démarcation et les garanties pour l'habitat et les territoires des peuples autochtones*, publiée in *Gazette officielle* n° 37 118 du 12 janvier 2001 (Venezuela)

*Loi organique sur les peuples et communautés autochtones*, publiée in *Gazette officielle* n° 38 344 du 27 décembre 2005, articles 3, 11, 19 (Venezuela).

*Loi sur les langues autochtones*, publiée in *Gazette officielle* n° 38 981 du 28 juillet 2008 (Venezuela)

*Loi sur la préservation, la sauvegarde et la diffusion de l'héritage culturel autochtone*, publiée in *Gazette officielle* n° 39 115 du 6 février 2009 (Venezuela).

Constitution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie du 21 février 1974, principe fondamental n° 1.

### **Mesures politiques, prises de position et documents diplomatiques**

Lettre du Pape Paul III *Veritas Ipsa* adressée au Cardinal de Tolède, 2 juin 1537.

Bulle pontificale *Sublimis Deus* du Pape Paul III, 9 juin 1537.

Controverse de Valladolid, 1550-1551.

Acte général de la Conférence de Berlin (novembre 1884-février 1885), 26 février 1885.

Thomas Woodrow WILSON, Discours en quatorze points devant le Congrès américain, 8 janvier 1918.

Déclaration/réserve de la République démocratique allemande lors de sa ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *R.T.N.U.*, tome 999, 1976, p. 295.

*Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère occidentale*, première Conférence internationale d'O.N.G. sur la discrimination à l'encontre des populations autochtones dans les Amériques, Genève, 20 – 23 septembre 1977.

Déclaration de la Commission sur l'idéologie et la philosophie indianiste (communiqué de presse), premier Congrès des mouvements indiens d'Amérique du Sud, Ollantaytambo (Pérou), 27 février – 3 mars 1980, §3.

Réserve de la France concernant l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques lors de son adhésion au Pacte, 4 novembre 1980, *R.T.N.U.*, tome 1202, 1980, p. 398.

Déclaration de San José du 11 décembre 1981, adoptée au cours de la Conférence internationale de l'U.N.E.S.C.O. sur l'ethnocide et l'ethno développement en Amérique Latine, San José (Costa Rica), 6 – 13 décembre 1981.

*On setting standards in connection with the right of Indigenous nations to self-determination*, remarques de Rudolph C. Ryser, président du "Center for World Indigenous Studies" devant la 5e session du Groupe de travail sur les populations autochtones, Genève, 6 août 1987.

*Statement on self-determination by the participants at the indigenous peoples preparatory meeting*, précédant la 5<sup>e</sup> session de 1987 du Groupe de travail sur les populations autochtones, document non-référencé, en possession de l'auteur.

*Rapport sur la plainte d'Orakei* (Wai 9), Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 4 novembre 1987 (316 p.), section 11.11.2.e p. 208 (Nouvelle-Zélande).

Réserve formulée par l'Inde à propos de l'autodétermination lors de sa ratification des deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, situation au 31 décembre 1990, ST/LEG/SER.E/9, p. 122.

Déclaration de Robert Tickner, Ministre fédéral des affaires aborigènes et des insulaires du détroit de Torres (Australie) à la dixième session du Groupe de travail, Genève, 28 juillet 1992.

*Exercice effectif du droit à l'autodétermination par l'autonomie*, proposition du Liechtenstein en vue d'inscrire ce point à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies, 1993, et mémoire explicatif en annexe du document A/48/147 du 16 juillet 1993, 3 p. Un *Projet de convention sur l'autodétermination par l'autonomie* a été présenté par cet Etat en avril 1994 de manière officieuse.

Déclaration de dr Rolf H. Lindholm (point 4 de l'ordre du jour : activités normatives), délégation observatrice de la Suède, devant le Groupe de travail sur les populations autochtones, 11<sup>e</sup> session, 20 juillet 1993, note de la Mission diplomatique de la Suède auprès de l'O.N.U., Ministère des affaires étrangères suédois.

prof. Maivân Clech Lâm, discours du 21 juillet 1993 en réponse aux déclarations des délégations de la Suède et des Etats-Unis d'Amérique sur la définition du terme « autodétermination » dans la Déclaration universelle, 11<sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones.

*Indian Nations & United States Debate on Self-Determination and Self-Government at the United Nations* (Genève, 18-31 juillet 1993), intervention de Rudolph C. Ryser, président du "Center for World Indigenous Studies", 20 août 1993.

Discours du Président des Etats-Unis William J. Clinton du 29 avril 1994, memorandum : "Remarks to American Indian and Alaska Native Tribal Leaders", 29 avril 1994, in *Weekly Compilation of Presidential Documents*, n° 18, 9 mai 1994, pp. 941-942.

Déclaration de la réunion préparatoire des peuples autochtones (4<sup>e</sup> projet), 12<sup>e</sup> session du Groupe de travail sur les populations autochtones, 24 juillet 1994.

Déclaration du Congrès mondial des Sindhi durant la 12<sup>e</sup> session du Groupe de travail (25-29 juillet 1994).

*The Taranaki Report : Kaupapa Tuatahi* (Wai 143), Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 30 avril 1996 (323 p.), pp. 17, 266-267 (Nouvelle-Zélande).

*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Gouvernement du Canada, 1996.

*Bringing Them Home*, rapport de la Commission d'enquête nationale sur la séparation des enfants aborigènes et insulaires du détroit de Torres de leurs familles, Gouvernement australien, 1997, 524 p.

*Déclaration de réconciliation*, Gouvernement fédéral du Canada, 7 janvier 1998.

Déclaration du représentant du Pérou du 8 décembre 1998 lors de la quatrième session du Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones (document non référencé, cité in Alexandra XANTHAKI, *op. cit.*, 2007, p. 153).

*Position on Indigenous Peoples*, U.S. National Security Council, 18 janvier 2001, et note de Robert A. Bratke attachée au Mémoire.

*Rekohu – A Report on Moriori and Ngati Mutunga Claims in the Chatham Islands*, Wai 64, Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 25 mai 2001 (352 p.), p. 326 (Nouvelle-Zélande).

« Native Title and the Treaty Dialogue », discours du dr. William Jonas, séminaire organisé par le Commissaire à la Justice sociale pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres et l'A.D.I., 10 septembre 2002.

*Rapport sur la politique de la Couronne en matière d'étranger et de fonds marins* (Wai 1071), Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 4 mars 2004 (Nouvelle-Zélande).

Déclaration de S. E. l'ambassadeur Clive W. Pearson, représentant permanent de la Nouvelle-Zélande auprès des Nations Unies, devant l'Instance permanente sur les questions autochtones, au nom de l'Australie, des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande, 17 mai 2006

*Re : Canada's Position on the Adoption of the U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Concerns and Recommendations*, lettre et rapport de Beverley Jacobs, présidente de l'Association des femmes autochtones du Canada, adressés à Jim Prentice, Ministre des affaires indiennes et du développement du nord (copies adressées notamment au Premier ministre, au Ministre des affaires étrangères, au président du Conseil des droits de l'homme de l'O.N.U. et au Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme), 21 août 2006, 42 p.

Déclaration de S. E. l'ambassadeur Rosemary Banks, représentante permanente de la Nouvelle-Zélande auprès des Nations Unies, au nom de l'Australie, des Etats-Unis et de la Nouvelle-Zélande, devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale (61<sup>e</sup> session) dans le cadre du point 64(a) de l'ordre du jour sur le projet de Déclaration, 16 octobre 2006.

Explications de vote des Etats lors de l'adoption de la Déclaration à l'Assemblée générale : v. procès-verbaux A/61/PV.107 et A/61/ PV.108, 13 septembre 2007, référencés parmi les documents de l'Assemblée générale.

*Observations des Etats-Unis concernant la Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, document joint à l'explication de vote des Etats-Unis d'Amérique par Robert Hagen, conseiller des Etats-Unis, in document *Position des Etats-Unis sur les droits des peuples autochtones*, communiqué de presse n° 204(07), Mission diplomatique des Etats-Unis d'Amérique aux Nations Unies, 13 septembre 2007, 4 p.

*Apology to Australia's Indigenous Peoples*, discours du Premier ministre australien Kevin Rudd du 13 février 2008 devant le 42<sup>e</sup> Parlement du Commonwealth.

*Déclaration d'indépendance du Kosovo*, 17 février 2008, doc. D-001, signé par le président de l'Assemblée du Kosovo, Jakup Krasniqi.

Rapport d'évaluation des risques n° 53, Bureau de l'Ombudsman, 5 juin 2008 (Colombie)

« *Closing the Gap* », campagne de sensibilisation lancée par le Conseil des gouvernements australiens en 2008.

Programme de développement « *Whanau Ora* », à partir de 2008 (Nouvelle-Zélande)

*The EU and indigenous peoples' issues*, Soumission de la Commission européenne à l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, 2009, 3 p.

*Constitución política del estado plurinacional de Bolivia*, commentaire analytique de la Constitution, publication du Ministère de la présidence, section pour la transversalisation des droits des peuples autochtones, 2009, 179 p.

*Document de réflexion ("Concept Paper") sur le développement durable des peuples autochtones peu nombreux de la Sibérie septentrionale et de l'extrême orient de la Fédération de Russie*, ordonnance n° 132-p, Gouvernement fédéral, Moscou, 4 février 2009, *R.L.F.R.*, 2009, n° 7, p. 876.

*Statement on the United Nations Declaration on the rights of Indigenous Peoples*, discours devant le Parlement australien de Jenny MacKlin, Ministre pour les familles, le logement, les services communs et les affaires autochtones, Canberra, 3 avril 2009.

*Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators 2009*, rapport annuel de la Commission gouvernementale de la productivité (Australie), Melbourne, 2 juillet 2009, 791 p.

*Vissa samepolitiska frågor* (certaines questions de politique sami), Ministère de l'Agriculture de la Suède, Ds 2009 : 40, Stockholm, 2009, 149 p.

*Report on Auckland Governance*, Royal Commission on Auckland Governance, mars 2009 (Nouvelle-Zélande).

Campagne de sensibilisation « *Back to School and Stay in School* » (Namibie)

*Government Report to Parliament on the Human Rights Policy of Finland 2009*, publication n° 14/2009 du Ministère des affaires étrangères de la Finlande, Helsinki, 2010, 198 p.

*Discours du Trône ouvrant la troisième session de la quarantième législature du Canada*, Gouverneur général du Canada au nom du Gouvernement canadien, Ottawa, 3 mars 2010, communiqué dans une lettre au Gouvernement du 26 mars 2010.

Discours du Ministre des affaires māories, l'Honorable Dr Pita Sharples, devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, 9<sup>e</sup> session, 19 avril 2010, reproduit in compte-rendu des débats parlementaires lors de la séance du 20 avril 2010 (Parliamentary Debates – HANSARD), 49<sup>e</sup> Parlement de Nouvelle-Zélande (2008-2010), première session, Wellington, 20 avril 2010, 39<sup>e</sup> semaine, tome 662, pp. 10229-10237 (discours prononcé à nouveau devant le Parlement par Hon. Simon Power, Ministre de la Justice) ; Communiqués de presse HR/5012 du 19 avril 2010 et DH/5014 du 20 avril 2010, Conseil économique et social ; E/2010/43 – E/C.19/2010/15, §16 p. 10.

Déclaration de soutien à la Déclaration du Gouvernement canadien, communiquée par l'ambassadeur John McNee, Représentant permanent du Canada aux Nations Unies, à Joseph Deiss, président de l'Assemblée générale, 12 novembre 2010.

*Announcement of U.S. Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – Initiatives to Promote the Government-to-Government Relationship & Improve the Lives of Indigenous Peoples*, discours du Président Barack H. Obama lors de la Conférence annuelle de la Maison blanche relative aux nations tribales, Washington, 16 décembre 2010, 15 p.

*America's Great Outdoors and the Call to Action*, initiative présidentielle en vue de soutenir l'intégrité culturelle et l'intégrité autochtones (Etats-Unis)

*Water Rights Negotiation/Litigation Program*, Bureau des affaires indiennes (B.I.A.)(Etats-Unis)

Réponses au *Questionnaire adressé au système des Nations Unies et aux organisations intergouvernementales concernant leurs contributions à l'Instance permanente sur les questions autochtones*, Service européen d'action extérieure, Direction des relations multilatérales et des droits de l'homme, U.E., Bruxelles, 31 janvier 2011, ER/B1//ML/ic, 9 p.

*Ko Aotearoa Tēnei – A Report into Claims Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity* (Wai 262), Tribunal de Waitangi, Ministère de la Justice, Wellington, 28 juin 2011 (298 p.), p. 233 (Nouvelle-Zélande).

Note diplomatique de la Mission permanente des Etats-Unis d'Amérique à l'O.N.U., Genève, 17 novembre 2011.

*Recorriendo los caminos del pec en el fortalecimiento del enfoque de derechos humanos, resguardo indígena de huellas caloto-cauca*, rapport, Ombudsman (dir.), 2012 (Colombie).

Intervention de S. E. l'ambassadeur Luis Alfonso de Alba, Représentant permanent du Mexique aux Nations Unies, réunion de haut niveau pour commémorer le cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration, Instance permanente, 11<sup>e</sup> session, 17 mai 2012.

Message de S. E. Dr Danilo Türk, Président de la République de Slovénie, réunion de haut niveau pour commémorer le cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration, Instance permanente, 11<sup>e</sup> session, New-York, 17 mai 2012.

Déclaration de S. E. l'ambassadeur Carsten Saur, Représentant permanent du Royaume du Danemark auprès des Nations Unies, réunion de haut niveau pour commémorer le cinquième

anniversaire de l'adoption de la Déclaration, Instance permanente, 11<sup>e</sup> session, New-York, 17 mai 2012.

Déclaration de S. E. l'ambassadeur Carlos Enrique García González, Représentant permanent de la République du Salvador auprès des Nations Unies, réunion de haut niveau pour commémorer le cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration, Instance permanente, 11<sup>e</sup> session, New-York, 17 mai 2012.

*L'accès à la justice pour les peuples autochtones en France*, contribution du Gouvernement français en vue de l'élaboration par le Mécanisme d'experts d'une étude sur l'accès à la justice des peuples autochtones, Mission permanente de la France auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, 22 février 2013, RT/cd n° 101, 3 p.

*Social Justice and Native Title Report 2013*, Aboriginal and Torres Strait Social Justice Commissioner, Commission australienne des droits de l'homme, Sydney, 2013, 218 p. (rapport annuel depuis 1994).

*Progress and Priorities Report 2014*, Close the Gap Campaign Steering Committee, Gouvernement australien, février 2014, 48 p.

*Questionnaire to Governments*, collecte d'informations en vue de la treizième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones (2014), réponse de l'Australie, 8 p.

*Déclaration de Santa Cruz de la Sierra*, Conférence parlementaire internationale sur les parlements et les droits des peuples autochtones, organisée conjointement par l'Assemblée plurinationale législative de Bolivie et l'Union interparlementaire, Santa Cruz de la Sierra, 7-9 avril 2014.

*Déclaration du Canada relative au Document final de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones*, Mission permanente du Canada auprès des Nations Unies, New-York, 22 septembre 2014.

*Te Paparahi o te Raki*, Wai 1040, affaire en cours, Tribunal de Waitangi, Wellington, Ministère de la Justice (Nouvelle-Zélande).

# INDEX DES TRAITÉS, RÉOLUTIONS ET DOCUMENTS D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

## Traités

### *Traités internationaux*

Traité de paix de Paris du 10 février 1763 conclu entre la France et la Grande-Bretagne.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation (dit 'Traité de Jay'), conclu entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne le 19 novembre 1794, entré en vigueur le 29 février 1796, article 3.

Traité polonais sur les minorités (dit « petit traité de Versailles »), signé le 28 juin 1919, entré en vigueur le 10 janvier 1920, dénoncé par la Pologne le 13 septembre 1934.

Traité de Saint-Germain-en-Laye signé le 10 septembre 1919 entre les puissances alliées et l'Autriche, entré en vigueur le 16 juillet 1920.

Traité de Neuilly-sur-Seine signé le 27 novembre 1919 entre les puissances alliées et la Bulgarie.

Traité de Paris signé en 1919 entre les puissances alliées et la Roumanie.

Traité de Trianon signé le 4 juin 1920 entre les puissances alliées et le Royaume de Hongrie, entré en vigueur le 31 juillet 1921.

Traité de Sèvres signé le 10 août 1920 entre les puissances alliées et l'Empire ottoman.

Traité de Lausanne signé le 24 juillet 1923 entre les puissances alliées et la Turquie, entré en vigueur le 6 août 1924.

Constitution de l'O.I.T., avril 1919, article 22.

*Convention n° 29 de concernant le travail forcé ou obligatoire*, adoptée le 28 juin 1930, O.I.T., Genève, 14<sup>e</sup> session, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1932.

*Convention panaméricaine de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats* du 26 décembre 1933, article 1.

*Convention n° 50 sur le recrutement de travailleurs autochtones*, adoptée le 20 juin 1936, O.I.T., Genève, 20<sup>e</sup> session, entrée en vigueur le 8 septembre 1939.

*Charte des Nations Unies*, San-Francisco, 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, articles 1.2, 2.2, 13, 55.

*Statut de la Cour internationale de Justice*, annexé à la Charte des Nations Unies, article 38-b.

*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

*Convention n° 104 concernant l'abolition des sanctions pénales pour interruption de contrats de travail par les travailleurs autochtones* (C104), O.I.T., adoptée le 21 juin 1955, entrée en vigueur le 7 juin 1958.

*Convention n° 107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants* (C107), O.I.T., Genève, 40<sup>e</sup> session, adoptée le 26 juin 1957, entrée en vigueur le 2 juin 1959, *R.T.N.U.*, tome 328, 1959, p. 247 (partie I, traité multilatéral n° 4738).

*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, New-York, 7 mars 1966, ouverte à la signature le 21 décembre 1965 (résolution 2106 (XX) de l'Assemblée générale), entrée en vigueur le 4 janvier 1969, *R.T.N.U.*, tome 660, 1969, p. 195 (traité multilatéral n° 9464).

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté par la résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976 (*R.T.N.U.*, tome 993, 1976, p. 3 (traité n° 14531)), article 1.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et *Protocole facultatif se rapportant au Pacte*, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies à New-York le 19 décembre 1966, entrés en vigueur et enregistrés d'office le 23 mars 1976 (*R.T.N.U.*, tome 999, 1976, p. 171 (traité n° 14668)), articles 1, 27.

*Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (C169), O.I.T., Genève, 76<sup>e</sup> session de la Conférence internationale du travail, 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, *R.T.N.U.*, tome 1650, 1991, partie I, p. 383 (traité multilatéral n° 28383 enregistré le 20 septembre 1991), article 1 (définition des peuples indigènes et tribaux).

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 23 janvier 1980, enregistrée d'office sous le n° 18232, *R.T.N.U.*, tome 1155, 1980, p. 354, article 26 p. 361.

*Convention interaméricaine des droits de l'homme*, San José, 22 novembre 1969, préambule, article 23.

*Charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples*, Banjul, 27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986 : article 20.

*Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1<sup>er</sup> février 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1998.

Traité de compréhension, de coopération et de bon voisinage entre la Hongrie et la Roumanie, Timisoara, 16 septembre 1996.

*Projet de Déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones*, Comm. I.D.H., 26 février 1997, OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (v. aussi rapport annuel 1996, chapitre IV).

Projet de Convention des Samis nordiques, version préliminaire, 26 octobre 2005, préambule et article 3, ainsi que le modèle de négociation adopté en novembre 2010.



*Premier accord de principes gouvernant la normalisation des relations*, conclu entre la Serbie et le Kosovo, Bruxelles, 19 avril 2013, article 1.

***Traités et autres arrangements constructifs entre Etats et peuples autochtones***

Traité de paix de Quillin, 6 janvier 1641 (Chili).

Traité de Casco entre la Colonie de la baie du Massachussetts et les Penoscots du Maine, Fort Loyal, 12 avril 1678 (Grande-Bretagne).

Traité de paix de Montréal du 4 août 1701 (« La Grande paix de Montréal ») conclu entre le gouverneur de la Nouvelle-France et une quarantaine de représentants des Premières nations (France).

Traité de Boston du 15 décembre 1725, §8 (Canada).

Traité du 1<sup>er</sup> octobre 1752 entre le peuple Mi'kmaq et le gouverneur de Nouvelle-Ecosse (Canada)

Proclamation royale de 1763 (Canada)

Traité de Watertown du 19 juillet 1776 entre les Etats-Unis et les Premières nations Saint-John et Mi'kmaq.

*Traité de Waitangi*, conclu entre William Hobson, représentant de la Couronne britannique, et 39 chefs de tribus māories (nombre de signatures porté ultérieurement à environ 500), 6 février 1840 (Nouvelle-Zélande).

Traité de Fort-Pitt entre les Etats-Unis d'Amérique et les Delaware du 17 septembre 1778, article 6.

Traité de Fort McIntosh du 21 janvier 1785, article 2 (Etats-Unis)

Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et les Creeks du 7 août 1790, article 2.

Traité de Selkirk du 18 juillet 1817 (Canada).

Claims Convention of 1853, article I (1 Malloy, Treaties, 664)

Traité de Fort Laramie du 29 avril 1868, articles 2, 7 (Etats-Unis).

Traités numérotés n°1 et 2 de 1871 (Canada).

Claims Convention of 1896, article II (1 Malloy, 766)

Agreement for Pecuniary Claims Arbitration, 1910, article VII (3 Malloy. 2619)

Accord de Matignon (26 juin 1988) sur la Nouvelle-Calédonie (France)

Accord de Nouméa sur la Nouvelle-Calédonie du 5 mai 1998, publié au J.O.R.F. n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039 (France).

Accord sur l'identité et les droits des populations autochtones, 1995 (Guatemala)

Accord d'Askham du 21 mars 1999 en matière de restitution foncière, entre le peuple Khomani San et l'Etat (Afrique du Sud).

Accord particulier du 22 janvier 2002 sur le développement culturel de la Nouvelle-Calédonie (France)

Accord sur l'établissement du Groupe national de coordination pour le développement des peuples amazoniens, 22 juin 2009 (Pérou).

*Indigenous Land Use Agreements* (Australie)

*Deeds of settlement*, Office of Treaty Settlements, Ministère de la Justice (Nouvelle-Zélande)

## **Documents et instruments d'organes et de mécanismes institutionnels des Nations Unies**

### ***Secrétaire général de l'O.N.U.***

*Recommandations relatives au respect, sur le plan international, du droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes*, Note du Secrétaire général, Commission des droits de l'homme, 10<sup>e</sup> session, point 4 de l'ordre du jour, 3 février 1954, E/CN.4/697, 3 p.

*Use of the Terms « Declaration » and « Recommendation »*, Mémorandum du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat des Nations Unies, 2 avril 1962, E/CN.4/L.610, 2 p.

*Agenda pour la paix – Diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix*, rapport, 17 juin 1992, A/47/277 – S/24111, 26 p.

*Réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination*, rapport périodique annuel à l'Assemblée générale, 12 septembre 2006, A/61/333, 6 p.

Déclaration du Secrétaire général, Ban Ki-moon, relative à l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007, doc. SG/SM/11156 – HR/4931.

*Moyens de promouvoir la participation de représentants de peuples autochtones reconnus aux travaux de l'Organisation des Nations Unies portant sur des questions les intéressant*, 2 juillet 2012, A/HRC/21/24, 18 p.

*Responsabilité de protéger : responsabilité des Etats et prévention*, cinquième rapport périodique annuel, 9 juillet 2013, A/67/929 – S/2013/399, 19 p. (v. aussi diverses résolutions pertinentes de l'Assemblée générale).

*Droit des peuples à l'autodétermination*, rapport périodique annuel du Secrétaire général, 14 août 2013, A/68/318, 8 p.

*Réalisation du but et des objectifs de la deuxième Décennie internationale des peuples autochtones*, rapport, 6 août 2014, A/69/271, 19 p. (évalue la mise en œuvre du Programme d'action)

### *Assemblée générale de l'O.N.U.*

Résolution 96 (I) « Le crime de génocide », 55<sup>e</sup> séance plénière, 11 décembre 1946.

Résolution 217 (II) A portant adoption de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 183<sup>e</sup> séance plénière, 10 décembre 1948.

Résolution 637 C (VII) « Droit des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes », 403<sup>e</sup> séance plénière, 16 décembre 1952.

Résolution 648 (VII) « Facteurs dont il convient de tenir compte pour décider si un territoire est, ou n'est pas, un territoire dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes », 402<sup>e</sup> séance plénière, 10 décembre 1952, annexe, liste de facteurs.

Résolution 653 (VII) « Participation des habitants autochtones des Territoires sous tutelle au gouvernement de ces Territoires et aux travaux du Conseil de tutelle », 410<sup>e</sup> séance plénière, 21 décembre 1952.

Résolution 742 (VIII) « Facteurs dont il convient de tenir compte pour décider si un territoire est, ou n'est pas, un territoire dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes », 459<sup>e</sup> séance plénière, 27 novembre 1953, annexe, liste de facteurs.

Compte-rendu analytique, 647<sup>e</sup> séance, 28 octobre 1955, Troisième Commission, New-York (travaux préparatoires sur les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, article 1 commun), A/C.3/SR.647, Documents officiels de l'Assemblée générale, 10<sup>e</sup> session, pp. 113-118.

Résolution 1188 (XII) « Recommandations concernant le respect, sur le plan international, des droits des peuples et des nations à disposer d'eux-mêmes », 727<sup>e</sup> séance plénière, 11 décembre 1957.

Résolution 1514 (XV) « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », 947<sup>e</sup> séance plénière, 14 décembre 1960.

Résolution 1541 (XV) « Principes qui doivent guider les Etats membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non », 948<sup>e</sup> séance plénière, 15 décembre 1960.

Résolution 1803 (XVII) « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », 1194<sup>e</sup> séance plénière, 14 décembre 1962.

Résolution 1904 (XVIII) « Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », 1261<sup>e</sup> séance plénière, 20 novembre 1963.

Résolution 1905 (XVIII) « Diffusion de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », 1261<sup>e</sup> séance plénière, 20 novembre 1963.

Résolution 1906 (XVIII) « Préparation d'un projet de convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », 1261<sup>e</sup> séance plénière, 20 novembre 1963.

Résolution 2145 (XXI) « Question du Sud-ouest africain », 1454<sup>e</sup> séance plénière, 27 octobre 1966.

*Rapport du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats*, documents officiels : 25<sup>e</sup> session, supplément n° 18 (A/8018), 1970, 142 p.

*Procès-verbal*, 1860<sup>e</sup> séance plénière, 25<sup>e</sup> session, New-York, 6 octobre 1970, A/PV.1860, 11 p.

*Procès-verbal*, 1875<sup>e</sup> séance plénière, 25<sup>e</sup> session, New-York, 20 octobre 1970, A/PV.1875, 17 p.

*Procès-verbal*, 1881<sup>e</sup> séance plénière, 25<sup>e</sup> session, New-York, 23 octobre 1970, A/PV.1881, 18 p.

*Procès-verbal*, 1883<sup>e</sup> séance plénière, 25<sup>e</sup> session, New-York, 24 octobre 1970, A/PV.1883, 9 p.

Résolution 2625 (XXV) portant adoption de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, 25<sup>e</sup> session, 1883<sup>e</sup> séance plénière, 24 octobre 1970, sur rapport de la Sixième Commission (A/8082).

Résolution 3171 (XXVIII) « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », 2203<sup>e</sup> séance plénière, 17 décembre 1973.

Résolution 3201 (S-VI) « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », sixième session extraordinaire, 2229<sup>e</sup> séance plénière, 1<sup>er</sup> mai 1974.

Résolution 3281 (XXIX) « Charte des droits et devoirs économiques des Etats », 2315<sup>e</sup> séance plénière, 12 décembre 1974.

Résolution 3314 (XXIX) « Définition de l'agression », 2319<sup>e</sup> séance plénière, 14 décembre 1974.

Résolution 41/120 « Etablissement de normes internationales dans le domaine des droits de l'homme », 41<sup>e</sup> session, 97<sup>e</sup> séance plénière, 4 décembre 1986.

Résolution 41/128 « Déclaration sur le droit au développement », 41<sup>e</sup> session, 97<sup>e</sup> séance plénière, 4 décembre 1986, déclaration en annexe, article 1.2.

Résolution 47/135 portant adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, 47<sup>e</sup> session, 92<sup>e</sup> séance plénière, 18 décembre 1992 (adoptée sur le rapport A/47/678/Add.2 de la Troisième Commission).

Résolution A/RES/49/214 « Décennie internationale des populations autochtones », 49<sup>e</sup> session, 94<sup>e</sup> séance plénière, 23 décembre 1994.

Résolution 50/6 « Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies », 50<sup>e</sup> session, 40<sup>e</sup> séance plénière, 24 octobre 1995.

*Fiche d'information n° 9 (Rev. 1) "Les droits des peuples autochtones"*, Programme d'activités de la Décennie internationale des populations autochtones du monde (1995-2004),

résolution 50/157 de l'Assemblée générale du 21 décembre 1995, annexe, publié également par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.

*Fiche d'information n° 18 (Rev.1) – Droits des minorités*, publiée par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, février 1998.

Résolution 55/2 portant adoption de la *Déclaration du Millénaire*, 8<sup>e</sup> séance plénière, 8 septembre 2000, fixe les objectifs du millénaire pour le développement.

Résolution 60/1 « Document final du Sommet mondial de 2005 », 60<sup>e</sup> session, 8<sup>e</sup> séance plénière, 16 septembre 2005, 42 p. (reproduit in A/HRC/25/CRP.1)

Résolution 60/145 « Réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination », 64<sup>e</sup> séance plénière, 16 décembre 2005 (sur la base du rapport A/60/508 et Corr.1 de la Troisième Commission). Ordre du jour périodique annuel.

Résolution 60/251 « Conseil des droits de l'homme », 72<sup>e</sup> séance plénière, 15 mars 2006.

Projet de résolution A/C.3/61/L.18/Rev.1, Troisième Commission, 20 novembre 2006, 12 p.

*Namibie : amendements au projet de résolution A/C.3/61/L.18/Rev.1*, Troisième Commission, 21 novembre 2006, A/C.3/61/L.57/Rev.1, 1 p.

*Compte-rendu analytique de la 53<sup>e</sup> séance*, Troisième Commission de l'Assemblée générale, 61<sup>e</sup> session, New-York, Nations Unies, 28 novembre 2006, A/C.3/61/SR.53, 13 p.

Résolution A/RES/61/295 portant adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (en annexe), point 68 de l'ordre du jour (projet de résolution A/61/L.67, sans renvoi à une grande commission), 61<sup>e</sup> session, 107<sup>e</sup> séance plénière, 13 septembre 2007, 12 p.

*Procès-verbal*, 107<sup>e</sup> séance plénière, 61<sup>e</sup> session, New-York, 13 septembre 2007 à 10 heures, A/61/PV.107, 30 p.

*Procès-verbal*, 108<sup>e</sup> séance plénière, 61<sup>e</sup> session, New-York, 13 septembre 2007 à 15 heures, A/61/PV.108, 12 p.

Discours de la présidente de l'Assemblée générale, S.E. Sheikha Haya Rashed Al Khalifa (Bahreïn), à l'occasion de l'adoption de la Déclaration, 13 septembre 2007.

Communiqué de presse AG/10612 du 13 septembre 2007.

*Compte-rendu analytique de la 39<sup>e</sup> séance*, Troisième Commission, 62<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale, New-York, 8 novembre 2007, A/C.3/62/SR.39, 12 p. (examen des rapports A/62/184 et A/62/301 relatifs au point 69 de l'ordre du jour : droit des peuples à l'autodétermination)

Résolution 65/198 « Questions autochtones », 65<sup>e</sup> session, 71<sup>e</sup> séance plénière, 21 décembre 2010, sur la base du rapport A/65/453 de la Troisième Commission.

*Procès-verbal*, 71<sup>e</sup> séance plénière, 65<sup>e</sup> session, New-York, 21 décembre 2010, A/65/PV.71, 33 p.

Résolution 66/142 « Droits des peuples autochtones », 66<sup>e</sup> session, 89<sup>e</sup> séance plénière, 19 décembre 2011, adoptée sur la base du rapport A/66/459 de la Troisième Commission.

Communiqué de la *Conférence de presse sur le cinquième anniversaire de la Déclaration sur les droits autochtones*, réunion de haut niveau pour commémorer le cinquième anniversaire de l'adoption de la Déclaration, département de l'information publique, New-York, 17 mai 2012.

Résolution 66/296 « Organisation de la réunion plénière de haut niveau de la soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones », 66<sup>e</sup> session, 130<sup>e</sup> séance plénière, 17 septembre 2012.

Résolution 67/157 « réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination », 67<sup>e</sup> session, 60<sup>e</sup> séance plénière, 20 décembre 2012 (sur la base du rapport A/67/456 et Corr.1 de la Troisième Commission).

*Droit des peuples à l'autodétermination*, rapport de la Troisième Commission, point 68 de l'ordre du jour, 68<sup>e</sup> session, 3 décembre 2013, A/68/455, 14 p.

Résolution 68/153 « Réalisation universelle du droit des peuples à l'autodétermination », 68<sup>e</sup> session, 70<sup>e</sup> séance plénière, 18 décembre 2013 (sur la base du rapport A/68/455 de la Troisième Commission).

Résolution 68/171 « Institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme », 70<sup>e</sup> séance plénière, 18 décembre 2013, (sur la base du rapport A/68/456/Add.2 de la Troisième Commission et du rapport A/HRC/23/27 du Secrétaire général), 6 p.

Résolution 68/237 « Proclamation de la décennie internationale des personnes d'ascendance africaine » (1<sup>er</sup> janvier 2015 – 31 décembre 2024), 68<sup>e</sup> session, 72<sup>e</sup> séance plénière, 23 décembre 2013.

Résolution 68/262 « Intégrité territoriale de l'Ukraine », 68<sup>e</sup> session, 80<sup>e</sup> séance plénière, 27 mars 2014.

Procès-verbal, 80<sup>e</sup> séance plénière, 68<sup>e</sup> session, New-York, 27 mars 2014, A/68/PV.80, 29 p.

Résolution A/RES/69/2 du 22 septembre 2014 « Document final de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale, dite Conférence mondiale sur les peuples autochtones », 4<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session (projet de résolution A/69/L.1), 7 p.

Procès-verbal, 4<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session, New-York, 22 septembre 2014, A/69/PV.4, 23 p.

Communiqué de presse AG/11553 du 22 septembre 2014, et conférence de presse à l'issue de l'adoption du Document final.

Communiqué de presse AG/11554 du 22 septembre 2014 : « Première Conférence mondiale : les Etats renouvellent leur engagement en faveur de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones »

Communiqué de presse AG/11555 du 22 septembre 2014

Procès-verbal, 5<sup>e</sup> séance plénière, 69<sup>e</sup> session, New-York, 23 septembre 2014, A/69/PV.5, 10 p.

Communiqué de presse AG/11558 du 23 septembre 2014 : « La conférence mondiale sur les peuples autochtones s'achève par un appel à transformer en réalité la Déclaration sur les droits des peuples autochtones » (titre anglais légèrement différent)

Communiqué de presse AG/11559 du 23 septembre 2014

Projet de résolution « Droits des peuples autochtones », A/C.3/69/L.27, Troisième Commission, 69<sup>e</sup> session, 21 octobre 2014.

***Conseil économique et social***

Résolution 1589 (L) du 21 mai 1971 sur *le problème des populations autochtones*, 1771<sup>e</sup> séance plénière, cinquantième session, New-York, Nations Unies, doc. E/5044, supplément n<sup>o</sup> 1, pp. 17-18.

Résolution 1982/34 'Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones', première session ordinaire de 1982, 28<sup>e</sup> séance plénière, 7 mai 1982, New-York, Nations Unies, doc. E/1982/82, supplément n<sup>o</sup> 1, p. 29.

Résolution 2000/22 du 28 juillet 2000 (création de l'Instance permanente sur les questions autochtones).

***Commission des droits de l'homme (jusqu'au 19 juin 2006) – Conseil des droits de l'homme (depuis le 19 juin 2006)***

*Rapport sur la dix-huitième session de la Commission des droits de l'homme (19 mars – 14 avril 1962)*, 34<sup>e</sup> session du Conseil économique et social, supplément n<sup>o</sup> 8, 1962, E/3616/Rev.1 – E/CN.4/832/Rev.1, 54 p.

Résolution 1986/27 du 11 mars 1986 contenue dans le *Rapport sur la quarante-deuxième session (3 février – 14 mars 1986)*, E/1986/22 – E/CN.4/1986/65, pp. 76-77.

Résolution 1987/34 du 10 mars 1987 contenue dans le *Rapport sur la quarante-troisième session (2 février – 13 mars 1987)*, E/1987/18 – E/CN.4/1987/60, pp. 99-100.

*Rapport du Séminaire des Nations Unies sur les effets du racisme et de la discrimination raciale sur les relations sociales et économiques entre populations autochtones et Etats*, tenu à Genève du 16 au 20 janvier 1989, 45<sup>e</sup> session, 8 février 1989, E/CN.4/1989/22, 85 p.

*Rapport de la réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones – Nuuk (Groenland)*, 24-28 septembre 1991, 25 novembre 1991, E/CN.4/1992/42, 21 p.

*Additif au rapport de la réunion d'experts de Nuuk (discours d'introduction et articles de fond)*, 25 novembre 1991, A/CN.4/1992/42/Add.1 (118 p.), exposé détaillé d'Augusto WILLEMSSEN DÍAZ « Ambito y ejercicio eficaz de la autonomía interna y el autogobierno », pp. 19-70.

*Inventaire de toutes les activités normatives concernant les droits de l'homme menées sur le plan international*, Rapport du Secrétaire général établi conformément à la résolution 1994/19 de la Commission des droits de l'homme, 20 décembre 1994, E/CN.4/1995/81, 7 p.

*Commentaires sur le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Note du Bureau international du travail à la Commission des droits de l'homme à sa 55<sup>e</sup> session, 6 février 1995, E/CN.4/1995/119, 6 p.

Résolution 1995/32 du 3 mars 1995 (création du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration)

*Inventaire de toutes les activités normatives menées sur le plan international en ce qui concerne les droits de l'homme*, Note du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, 18 décembre 1996, E/CN.4/1997/75, 7 p.

*Déclaration écrite soumise par le mouvement autochtone « Tupaj Amaru » et l'Association mondiale autochtone, organisations non gouvernementales à statut consultatif spécial*, 6 mars 1998 [18 février 1998], E/CN.4/1998/NGO/31, 5 p.

*Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les populations autochtones*, Rapport final du rapporteur spécial M. Miguel Alfonso MARTÍNEZ (Cuba), E/CN.4/Sub.2/1999/20, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, 22 juin 1999, 62 p.

*Déclaration écrite soumise par le Conseil international de traités indiens, organisation non-gouvernementale à statut consultatif spécial*, 23 janvier 2001 [11 janvier 2001], E/CN.4/2001/NGO/44, 4 p.

*Déclaration écrite soumise par la Commission des Autochtones et Insulaires du détroit de Torres, organisation non-gouvernementale à statut consultatif spécial*, 23 janvier 2001 [14 janvier 2001], E/CN.4/2001/NGO/54, 4 p.

Résolution 2001/57 du 24 avril 2001 (création du mandat du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, ultérieurement Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones)

*Déclaration écrite soumise par le Conseil international de traités indiens, organisation non-gouvernementale à statut consultatif spécial*, 12 mars 2003 [1<sup>er</sup> février 2003], E/CN.4/2003/NGO/107, 5 p.

*Déclaration écrite soumise par le Conseil international de traités indiens (IITC), organisation non-gouvernementale à statut consultatif spécial*, 3 mars 2004 [31 janvier 2004], E/CN.4/2004/NGO/100, 4 p.

*Déclaration écrite soumise par l' 'American Indian Law Alliance' et la Conférence circumpolaire inuit, organisations non gouvernementales à statut consultatif spécial, et par le Grand Council des Crees (Eeyou Istchee), organisation non-gouvernementale sur le roster*, 8 mars 2004 [1<sup>er</sup> février 2004], E/CN.4/2004/NGO/133, 5 p.

Résolution 2004/62 du 21 avril 2004 (renouvellement et modification du mandat du Rapporteur spécial).

*Compte-rendu analytique de la 16<sup>e</sup> séance*, 27 juin 2006 (matin), Conseil des droits de l'homme, 1<sup>re</sup> session, A/HRC/1/SR.16, 10 p.

*Compte-rendu analytique de la 17<sup>e</sup> séance*, 27 juin 2006 (après-midi), Conseil des droits de l'homme, 1<sup>re</sup> session, A/HRC/1/SR.17, 13 p.

*Compte-rendu analytique de la 21<sup>e</sup> séance*, 29 juin 2006, Conseil des droits de l'homme, 1<sup>re</sup> session, A/HRC/1/SR.21, 11 p.



Résolution 1/2 du Conseil des droits de l'homme, 29 juin 2006 (projet de résolution A/HRC/1/L.3), annexe (texte du projet de Déclaration).

Résolution 5/1 du 18 juin 2007 du Conseil des droits de l'homme (mise en place des mécanismes de l'examen périodique universel, du Comité consultatif et du Conseil des droits de l'homme)

Résolution 6/12 du 28 septembre 2007 (mandat du Rapporteur spécial)

Résolution 6/36 du 14 décembre 2007 intitulée « Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones ».

*Rapport du Groupe de travail sur l'examen périodique universel – Norvège*, Conseil des droits de l'homme, 13<sup>e</sup> session, 4 janvier 2010, A/HRC/13/5, 25 p.

*Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – Bolivie (Etat plurinational de)*, Conseil des droits de l'homme, 14<sup>e</sup> session, 15 mars 2010, A/HRC/14/7, 24 p.

Résolution 15/14 « Droits de l'homme et peuples autochtones : mandat du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones », 15<sup>e</sup> session, 31<sup>e</sup> séance, 30 septembre 2010.

Déclaration dénonçant les conditions de construction du barrage de *Belo Monte* (Brésil), Conseil des droits de l'homme, 23 février 2012.

Résolution 24/9 du 26 septembre 2013 (mandat du Rapporteur spécial).

*Décennie internationale des personnes d'ascendance africaine*, projet de résolution A/HRC/25/L.23, 2014.

*Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel – Nouvelle-Zélande*, Conseil des droits de l'homme, 26<sup>e</sup> session, 7 avril 2014, A/HRC/26/3, 26 p.

Résolution 27/13 « Droits de l'homme et peuples autochtones », 27<sup>e</sup> session, 25 septembre 2014 (projet A/HRC/27/L.22).

***Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (21 juin 1946 – 27 juillet 1999) / Sous-Commission sur la protection et la promotion des droits de l'homme (27 juillet 1999 – 18 juin 2007) / Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme (depuis le 18 juin 2007)***

Résolution 4 B (XXIII), 26 août 1970.

*Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Francesco CAPOTORTI (Italie), Rapporteur spécial, New-York, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, n<sup>o</sup> de vente E.78.XIV.1, 121 p. (version anglaise).

*Le droit à l'autodétermination – Application des instruments de l'Organisation des Nations Unies*, Etude établie par Héctor GROS-ESPIELL (Uruguay), Rapporteur spécial, New-York, 1980, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 et Corr.1, n<sup>o</sup> de vente E.79.XIV.5, 97 p. (version anglaise).

*Le droit à l'autodétermination – Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, Etude établie par Aureliu CRISTESCU (Roumanie),

Rapporteur spécial, New-York, 1981, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, n° de vente F.80.XIV.3, 127 p.

*Déclaration écrite présentée par le Conseil international de traités indiens, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II), 31 août 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/NGO/6, 4 p.*

*Déclaration écrite présentée par le Conseil international de traités indiens, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II), 29 août 1983, E/CN.4/Sub.2/1983/NGO/6, 3 p.*

*Déclaration écrite présentée par la Ligue internationale des droits de l'homme, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II) et par l'Indian Law Resource Centre (organisation non-gouvernementale inscrite sur la liste), 30 août 1983, E/CN.4/Sub.2/1983/NGO/13, 3 p.*

Résolution 1986/27

*Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, José R. Martínez COBO (Equateur), Rapporteur spécial, 5 tomes, 1<sup>er</sup> mars 1987, document des Nations Unies E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4, n° de vente F.86.XIV.3. Cette publication finale a été précédée d'une première publication chapitre par chapitre de 1981 à 1984, sous des cotes individuelles distinctes. Rapport final de synthèse (tome V : conclusions, propositions et recommandations), New-York, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 56 p. Rapport final (première partie), 17 juin 1981, E/CN.4/Sub.2/476/Add.5 ; Partie I, chapitre 2, 16 mai 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.1 ; Chapitre 5 « Définition des populations autochtones », 20 juin 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6 ; Chapitre 18 « Droits politiques », 24 mai 1984, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.6, 66 p. ; Rapport préliminaire sur l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Commission des droits de l'homme, 29 juin 1972, E/CN.4/Sub.2/L.566, 33 p.*

*Déclaration écrite présentée par le Conseil des points cardinaux, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II), 12 août 1987, E/CN.4/Sub.2/1987/NGO/3, 4 p.*

*Communication écrite présentée par le Grand Conseil des Cris (Québec), organisation non-gouvernementale inscrite sur la liste, 12 août 1987, E/CN.4/Sub.2/1987/NGO/9, 3 p.*

*Document de travail établi par Mme Erica-Irene A. Daes contenant un ensemble de propositions de paragraphes de préambule et de principes à insérer dans une déclaration universelle sur les droits autochtones, 21 juin 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/25, 5 p.*

*Déclaration écrite présentée par les organisations non gouvernementales dotées du statut consultatif dont la liste figure ci-après, 1<sup>er</sup> septembre 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/NGO/26, 4 p.*

*Premier texte révisé du projet de Déclaration universelle sur les droits des peuples autochtones préparé par la Présidente-Rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones, Mme Erica-Irene Daes, conformément à la Résolution 1988/18 de la Sous-Commission, 15 juin 1989, E/CN.4/Sub.2/1989/33.*

*Compilation analytique des observations et commentaires reçus conformément à la résolution 1988/18 de la Sous-Commission – Addendum (Japon, Norvège, République socialiste soviétique d'Ukraine), E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3, 19 juin 1989.*

*Rapport de la Conférence technique des Nations Unies sur l'expérience pratique acquise dans la réalisation par les peuples autochtones d'un développement autonome durable et respectueux de l'environnement* – Santiago (Chili), 18-22 mai 1992, Nations Unies, 23 juin 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/31, 26 p.

*Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones* – Document de travail révisé présenté par le Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene Daes, en application de la résolution 1992/33 de la Sous-Commission et de la résolution 1993/31 de la Commission des droits de l'homme, 8 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26, 11 p.

*Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, établie par Erica-Irene Daes, présidente-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones, Genève, Nations Unies, 19 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 9 p.

*Protection de la propriété intellectuelle et des biens culturels des peuples autochtones*, Erica-Irene DAES (Grèce), Rapporteur spécial, 28 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 63 p.

*Moyens possibles de faciliter la solution par des voies pacifiques et constructives de problèmes dans lesquels des minorités sont impliquées*, Asbjørn EIDE, Rapporteur spécial, 10 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/34, 77 p.

*Exposé écrit présenté par le Conseil des points cardinaux, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II)*, 12 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/NGO/20, 3 p.

*Exposé écrit présenté par l'Organisation internationale de développement des ressources indigènes, organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II)*, 13 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/NGO/21, 4 p.

*Compte-rendu analytique de la 33<sup>e</sup> séance – première partie*, tenue le 25 août 1993, 45<sup>e</sup> session, Genève, E/CN.4/Sub.2/1993/SR.33, 18 p.

Résolution 1993/46 « *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », 45<sup>e</sup> session, 35<sup>e</sup> séance, 26 août 1993, contenue dans le *Rapport de la Sous-Commission sur les travaux de sa 45<sup>e</sup> session*, 25 octobre 1993, E/CN.4/1994/2 – E/CN.4/Sub.2/1993/45, pp. 106-107 (projet de Déclaration en annexe).

*Révision technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones – Note du secrétariat*, 6 avril 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/2, 26 p.

*Projet de Déclaration adopté par le Groupe de travail à sa onzième session*, additif à la révision technique, 20 avril 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 12 p.

*Protection du patrimoine des peuples autochtones*, rapport préliminaire du Rapporteur spécial, Mme Erica-Irene Daes, 8 juillet 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/31, 12 p.

*Compte-rendu analytique de la 28<sup>e</sup> séance*, tenue le 22 août 1994, 46<sup>e</sup> session, Genève, E/CN.4/Sub.2/1994/SR.28, 18 p.

*Compte-rendu analytique de la 36<sup>e</sup> séance*, tenue le 26 août 1994, 46<sup>e</sup> session, Genève, E/CN.4/Sub.2/1994/SR.36, 17 p.

Résolution 1994/45 « *Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* », 36<sup>e</sup> séance, 46<sup>e</sup> session, 26 août 1994, contenant le texte du projet de

Déclaration en annexe et reproduite in *Rapport de la Sous-Commission sur les travaux de sa 46<sup>e</sup> session*, 28 octobre 1994, E/CN.4/1995/2 – E/CN.4/Sub.2/1994/56, pp. 108-109.

*Compte-rendu analytique de la 29<sup>e</sup> séance*, tenue le 21 août 1995, 47<sup>e</sup> session, Genève, E/CN.4/Sub.2/1995/SR.29, 21 p.

*Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, document de travail final établi par le Rapporteur spécial, Mme Erica-Irene A. DAES (Grèce), 53<sup>e</sup> session, 11 juin 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 82 p.

*Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles*, rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. DAES, 56<sup>e</sup> session, 13 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 28 p., et *Addendum*, 12 juillet 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30/Add.1, 56 p.

### ***Groupe de travail sur les populations autochtones (1982-2006)***

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa première session*, Genève, Nations Unies, 25 août 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/33, 28 p.

*Documents transmis à la Sous-Commission par le Groupe de travail sur les populations autochtones avec son premier rapport*, 26 août 1982, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1982/R.1, 4 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa deuxième session*, Genève, Nations Unies, 23 août 1983, E/CN.4/Sub.2/1983/22.

*Déclaration écrite présentée par la Ligue internationale des droits de l'homme [organisation non-gouvernementale dotée du statut consultatif (catégorie II)] et par l'Indian Law Resource Centre (organisation non-gouvernementale inscrite sur la liste)*, 30 août 1983, E/CN.4/Sub.2/1983/NGO/13, 3 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa troisième session*, Genève, Nations Unies, 8 août 1984, E/CN.4/Sub.2/1984/20, 29 p.

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1985/WP.1/Add.1, 24 avril 1985 (positions de la Chine et du Maroc).

*Draft declaration of principles proposed by the Indian Law Resource Centre, Four Directions Council, National Aboriginal and Islander Legal Service, National Indian Youth Council, Inuit Circumpolar Conference, and the International Indian Treaty Council*, 29 juillet 1985, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1985/WP.4/Add.4, 4 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa quatrième session*, Genève, Nations Unies, 27 août 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/22, 28 p., v. annexe II (projet de premiers principes pour la future déclaration), annexe IV (projet de déclaration proposée par les délégations autochtones).

*Liste des documents de travail et autres déclarations écrites soumis à la quatrième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, 26 août 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/22/Add.1, 5 p.

Résumé des travaux de l'atelier tenu à Genève les 6 et 7 septembre 1986 sous l'égide d'O.N.G. autochtones, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1987/WP.4/Add.1, annexe I.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa cinquième session*, Genève, Nations Unies, 24 août 1987, E/CN.4/Sub.2/1987/22, 32 p. (annexe V p. 30 (Déclaration de principes)).

*Informations reçues des gouvernements* (République socialiste soviétique de Biélorussie, Finlande, Japon, U.R.S.S.), 24 mai 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2, 9 p.

*Informations reçues d'organisations non-gouvernementales*, 26 mai 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/5, 13 p.

*Informations reçues des gouvernements* (Canada et République populaire du Congo), 14 juin 1988, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1988/2/Add.1, 8 p.

*Communication écrite présentée par le Grand conseil des Cris (Québec)*, 19 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/NGO/20, 7 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa sixième session*, Genève, Nations Unies, 24 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/24, 36 p.

*Rapport sur les travaux de la septième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 25 août 1989, E/CN.4/Sub.2/1989/36, 39 p. (annexe II p. 31 (premier texte révisé du projet de Déclaration)).

*Commentaire analytique sur les projets de principes contenus dans le premier texte révisé du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, élaboré par la Présidente-Rapporteur Erica-Irene A. Daes, 11 juillet 1990, E/CN.4/Sub.2/1990/39, 23 p.

Déclaration écrite présentée par trois organisations non-gouvernementales, 7 août 1990, E/CN.4/Sub.2/1990/NGO/14, 4 p.

*Rapport sur les travaux de la huitième session du Groupe de travail sur les populations autochtones*, Genève, Nations Unies, 27 août 1990, E/CN.4/Sub.2/1990/42, 72 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa neuvième session*, Genève, Nations Unies, 3 octobre 1991, E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, 56 p. (annexe II p. 30 (texte du projet de Déclaration)).

*Informations reçues des gouvernements*, 12 mai 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/4, 4 p.

*Rapport du sommet tribal sur le projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones* (Denver, 16-18 juin 1992), informations reçues d'organisations non-gouvernementales, 1<sup>er</sup> juillet 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/3/Add.1, 12 p.

*Informations reçues des gouvernements* (Finlande), 1<sup>er</sup> juillet 1992, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1992/1.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa dixième session*, Genève, Nations Unies, 20 août 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/33, 68 p. (annexe I p. 48 (texte du projet de Déclaration)) ; Additif, 20 août 1992, E/CN.4/Sub.2/1992/33/Add.1 (déclarations).

*Renseignements reçus d'organes des Nations Unies, d'institutions spécialisées et d'organisations intergouvernementales*, Activités de caractère normatif : évolution des normes concernant les droits des populations autochtones, 8 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/2, 3 p.

*Informations reçues des gouvernements*, activités de caractère normatif : évolution des normes concernant les droits des populations autochtones, 14 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/1, 5 p.

*Renseignements reçus d'organes des Nations Unies, d'institutions spécialisées et d'organisations intergouvernementales*, activités de caractère normatif : évolution des normes concernant les droits des populations autochtones, 2 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1993/2/Add.1, 4 p.

Intervention de la représentante de Hui Na'auao (coalition d'une cinquantaine d'O.N.G. hawaïennes) à la onzième session du Groupe de travail, 1993.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa onzième session*, Genève, Nations Unies, 23 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/29, 70 p. (annexe I p. 56 (texte du projet de Déclaration)).

*Observations du gouvernement canadien*, additif au rapport, 27 août 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/29/Add.1, 2 p.

*Informations reçues des gouvernements* (Equateur et Panama), 9 juin 1994, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/2.

*Informations reçues des organisations de peuples autochtones et d'organisations non-gouvernementales*, activités normatives : évolution des normes concernant les peuples autochtones, 21 juin 1994, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/4/Add.1, §14 (communication du mouvement indien *Tupaj Katari* du 30 mai 1994).

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa douzième session*, Genève, Nations Unies, 17 août 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/30 (40 p.), §§37-52 pp. 14-17, et document correctif E/CN.4/Sub.2/1994/30/Corr.1, 4 p.

*Note concernant les critères pouvant être appliqués pour l'examen de la notion de peuples autochtones*, établie par Erica-Irene Daes, présidente-rapporteur, 21 juin 1995, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3, 12 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa treizième session*, Genève, Nations Unies, 10 août 1995, E/CN.4/Sub.2/1995/24, 38 p.

*Rapport du Séminaire d'experts des Nations Unies sur les expériences concernant les droits et titres fonciers autochtones*, tenu à Whitehorse (Canada) du 24 au 28 mars 1996, 25 mai 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/6, 31 p.

*Document de travail du Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene A. Daes, sur la notion de « peuple autochtone »*, Activités normatives : évolution des normes concernant les peuples autochtones, Genève, 10 juin 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 22 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa quatorzième session*, Genève, Nations Unies, 16 août 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/21, 39 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa quinzième session*, Genève, Nations Unies, 13 août 1997, E/CN.4/Sub.2/1997/14, 40 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa seizième session*, Genève, Nations Unies, 19 août 1998, E/CN.4/Sub.2/1998/16, 41 p.

*Les peuples autochtones et leur relation à la terre* – Deuxième rapport sur l'état d'avancement du document de travail établi par Mme Erica-Irene A. Daes, Rapporteuse spéciale, 3 juin 1999, E/CN.4/Sub.2/1999/18.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa dix-septième session*, Genève, Nations Unies, 12 août 1999, E/CN.4/Sub.2/1999/19, 43 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa dix-huitième session*, Genève, Nations Unies, 17 août 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/24, 47 p.

*Les peuples autochtones et leur droit au développement, y compris le droit de participer au développement qui les concerne*, note du secrétariat, 19<sup>e</sup> session, 20 juin 2001, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2001/2, 10 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa dix-neuvième session*, Genève, Nations Unies, 9 août 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/17, 41 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingtième session*, Genève, Nations Unies, 8 août 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/24, 31 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingt-et-unième session*, Genève, Nations Unies, 11 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/22, 35 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingt-deuxième session*, Genève, Nations Unies, 3 août 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/28, 31 p.

*Standard setting – Legal Commentary on the Concept of Free, Prior and Informed Consent*, document de travail approfondi de Mme Antoanella-Iuila MOTOC, 14 juillet 2005, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, 19 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingt-troisième session*, Genève, Nations Unies, 12 août 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/26, 34 p.

*Information on achievements of the Working Group*, Note du secrétariat, 24<sup>e</sup> session, 30 juin 2006, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/CRP.1, 6 p. (anglais seulement)

*Rapport du Groupe de travail sur les populations autochtones sur les travaux de sa vingt-quatrième session*, Genève, Nations Unies, 14 août 2006, A/HRC/Sub.1/58/22, 32 p.

Principles for Guiding the Deliberations of the Working Group on Indigenous Populations

***Groupe de travail intersessions à composition non-limitée chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones (1995-2006)***

*Informations reçues des gouvernements*, Examen d'un projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 1<sup>re</sup> session, 10 août 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2, 12 p.

*Informations reçues des gouvernements – Additif*, 13 novembre 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.1, 10 p.

*Self-Determination – The Australian Position*, Informations recues du Government de l'Australie, 30 novembre 1995, E/CN.4/1995/WG.15/2/Add.2, 8 p.

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme en date du 3 mars 1995, 1<sup>re</sup> session (José Urrutia, président-rapporteur), 4 janvier 1996, E/CN.4/1996/84, 23 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 2<sup>e</sup> session, 10 décembre 1996, E/CN.4/1997/102, 73 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 3<sup>e</sup> session, 15 décembre 1997, E/CN.4/1998/106, 20 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 4<sup>e</sup> session, 20 janvier 1999, E/CN.4/1999/82, 21 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 5<sup>e</sup> session (Luis-Enrique Chávez, président-rapporteur), 6 décembre 1999, E/CN.4/2000/84, 31 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 6<sup>e</sup> session, 6 février 2001, E/CN.4/2001/85, 39 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 7<sup>e</sup> session, 6 mars 2002, E/CN.4/2002/98, 39 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 8<sup>e</sup> session, 6 janvier 2003, E/CN.4/2003/92, 27 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 9<sup>e</sup> session, 7 janvier 2004, E/CN.4/2004/81, 31 p.*

*Informations fournies par les Etats (proposition du texte amendé soumise par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède et la Suisse), 6 septembre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.1, 14 p.*

*Commentaires explicatifs du texte amendé proposé par le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suède et la Suisse, Informations fournies par les Etats, 6 septembre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.2, 9 p.*

*Résumé des propositions par le Président (M. Luis-Enrique Chávez), 14 octobre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.4, 44 p.*

*Informations fournies par le Conseil sami et la Fondation Tebtebba, approuvées par le Conseil parlementaire sami, 10<sup>e</sup> session, 28 octobre 2004, E/CN.4/2004/WG.15/CRP.5, 18 p.*

*Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 10<sup>e</sup> session, 28 février 2005, E/CN.4/2005/89, 13 p.*

*« General Provisions » of the Draft U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, soumission conjointe d'O.N.G. autochtones au Groupe de travail, 24 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.2, 34 p.*

*Le droit des peuples autochtones à la restitution, soumission conjointe d'O.N.G., 24 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.4, 15 p.*

*Informations fournies par le Gouvernement du Mexique, Séminaire international sur le projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Patzcuaro,*



Michoacán, Mexique (26-30 septembre 2005), 29 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.1, 20 p.

*Observations et amendements aux articles examinés du projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones et introduction de nouveaux paragraphes dans le dispositif, formulés par le Mouvement indien Tupaj Katari et le Conseil mondial pour la paix, 29 novembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.5, 12 p. (espagnol seulement).*

Proposition conjointe de l'Australie, des Etats-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande sur l'autodétermination présentée au Groupe de travail chargé de rédiger un projet de Déclaration, note explicative, 15 décembre 2005.

*Résumé des propositions du président (M. Luis-Enrique Chávez), 20 décembre 2005, E/CN.4/2005/WG.15/CRP.7, 8 p.*

*Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme, 11<sup>e</sup> session, 22 mars 2006, E/CN.4/2006/79, 59 p.*

***Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations (ou peuples) autochtones (jusqu'au 30 septembre 2010) / Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones (depuis le 30 septembre 2010)***

*Rapporteur du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2001/57 de la Commission, 4 février 2002, E/CN.4/2002/97, 41 p.*

*Selected summaries of communications examined by the Special Rapporteur in 2001/2002, additif au rapport principal, 6 mars 2002, E/CN.4/2002/97/Add.1, 9 p. (anglais seulement)*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission, 21 janvier 2003, E/CN.4/2003/90, 32 p.*

*Communications reçues par le Rapporteur spécial, additif au rapport principal, 21 janvier 2003, E/CN.4/2003/90/Add.1, 13 p.*

*Visite aux Philippines, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission des droits de l'homme, 5 mars 2003, E/CN.4/2003/90/Add.3, 30 p.*

*Mission au Chili, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2003/56 de la Commission des droits de l'homme, 17 novembre 2003, E/CN.4/2004/80/Add.3, 23 p.*

*Mission au Mexique, additif au rapport principal, M. Rodolfo Stavenhagen, 23 décembre 2003, E/CN.4/2004/80/Add.2, 24 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, 26 janvier 2004, E/CN.4/2004/80, 26 p.*

*Analysis of country situations and other activities of the Special rapporteur, additif au rapport principal, 6 février 2004, E/CN.4/2004/80/Add.1, 31 p. (anglais seulement)*

*Mission au Canada, additif au Rapport principal, M. Rodolfo Stavenhagen, 2 décembre 2004, E/CN.4/2005/88/Add.3, 28 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, 6 janvier 2005, E/CN.4/2005/88, 23 p.*

*Analysis of country situations and other activities of the Special rapporteur, additif au rapport principal, 16 février 2005, E/CN.4/2005/88/Add.1, 31 p.*

*Mission en Afrique du Sud, additif au rapport principal du Rapporteur spécial, Rodolfo Stavenhagen, 15 décembre 2005, E/CN.4/2006/78/Add.2, 23 p.*

*Mission en Nouvelle-Zélande, additif au rapport principal du Rapporteur spécial, Rodolfo Stavenhagen, 13 mars 2006, E/CN.4/2006/78/Add.3, 22 p.*

*Rapporteur du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen – Additif, résumé des conclusions et recommandations des séminaires internationaux sur les réformes constitutionnelles, la législation et la mise en œuvre de textes législatifs concernant les droits des autochtones, 17 janvier 2006, E/CN.4/2006/78/Add.5, 22 p.*

*Rapporteur du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, 16 février 2006, E/CN.4/2006/78, 25 p.*

*Note préliminaire sur la mission en Bolivie, Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, Rodolfo Stavenhagen, 11 décembre 2007, A/HRC/6/15/Add.2, 3 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. S. James Anaya, au Conseil des droits de l'homme, 11 août 2008, A/HRC/9/9, 25 p.*

*Observations du Rapporteur spécial concernant le processus de réforme constitutionnelle en Equateur, juin 2008, in Résumé des cas transmis aux Gouvernements et des réponses reçues, additif au Rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 9<sup>e</sup> session, 15 août 2008, A/HRC/9/9/Add.1 (114 p.), annexe 1, pp. 92-101.*

*Séminaire international d'experts sur le rôle des mécanismes des Nations Unies investis d'un mandat portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones, Madrid, 4-6 février 2009, 20 p. (non-référencé).*

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 15 juillet 2009, A/HRC/12/34, 23 p.*

*Rapport sur la situation des peuples autochtones au Népal*, Rapport du Rapporteur spécial, James Anaya, 20 juillet 2009, A/HRC/12/34/Add.3, 25 p.

*Observations sur la situation des peuples autochtones de l'Amazonie et sur les événements du 5 juin et les jours suivants dans les provinces de Bagua et Utcubamba, Pérou*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 18 août 2009, A/HRC/12/34/Add.8, 17 p.

*Rapport sur la situation des droits de l'homme des populations autochtones au Brésil*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, 26 août 2009, A/HRC/12/34/Add.2, 24 p.

*Conclusions et recommandations du séminaire international d'experts sur le rôle des mécanismes des Nations Unies investis d'un mandat portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones*, additif au rapport principal, 1<sup>er</sup> septembre 2009, A/HRC/12/34/Add.7, 6 p.

*Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones*, James Anaya, Assemblée générale, 64<sup>e</sup> session, 4 septembre 2009, A/64/338, 23 p.

*Résumé des communications transmises et des réponses reçues*, 18 septembre 2009, A/HRC/12/34/Add.1, 101 p.

*La situation des peuples autochtones au Chili : suivi des recommandations formulées par le Rapporteur spécial précédent*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 5 octobre 2009, A/HRC/12/34/Add.6, 46 p., et appendice A pp. 21-35 (réforme constitutionnelle).

*La situation des peuples autochtones en Colombie : suivi des recommandations formulées par le Rapporteur spécial précédent*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 25 mai 2010, A/HRC/15/37/Add.3, 22 p.

*Situation des peuples autochtones en Australie*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> juin 2010, A/HRC/15/37/Add.4, 41 p.

*La situation des peuples autochtones au Botswana*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, 2 juin 2010, A/HRC/15/37/Add.2, 22 p.

*Situation des peuples autochtones en Fédération de Russie*, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, James Anaya, 23 juin 2010, A/HRC/15/37/Add.5, 22 p.

*Observations concernant les progrès réalisés et les obstacles rencontrés dans la mise en œuvre des garanties de la Constitution politique de l'Équateur relatives aux droits des peuples autochtones*, 17 septembre 2010, A/HRC/15/37/Add.7, 19 p.

*Cas examinés par le Rapporteur spécial (juin 2009-juillet 2010)*, Conseil des droits de l'homme, 15<sup>e</sup> session, 15 septembre 2010, A/HRC/15/37/Add.1, 187 p.

*La situation du peuple māori en Nouvelle-Zélande*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 31 mai 2011, A/HRC/18/35/Add.4, 22 p.

*La situation du peuple sami dans la région Sápmi de la Norvège, de la Suède et de la Finlande*, additif au Rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 6 juin 2011, A/HRC/18/35/Add.2, 22 p.

*Observations sur la situation des droits des peuples autochtones du Guatemala en rapport avec des projets d'exploitation minière et d'autres types de projets sur leurs territoires traditionnels*, additif au rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, point 3 de l'ordre du jour, 7 juin 2011, A/HRC/18/35/Add.3, 41 p.

*Sociétés minières opérant en territoire autochtone ou à proximité*, rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 11 juillet 2011, A/HRC/18/35, 21 p.

*La situation des peuples autochtones dans la République du Congo*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 11 juillet 2011, A/HRC/18/35/Add.5, 23 p.

*Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, James Anaya, Assemblée générale, 66<sup>e</sup> session, 10 août 2011, A/66/288, 26 p.

*Mesures nécessaires pour assurer les droits fonciers et y relatifs des peuples autochtones et tribaux au Suriname*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 18 août 2011, A/HRC/18/35/Add.7, 15 p.

*Communications envoyées, réponses reçues et suivi*, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 18<sup>e</sup> session, 22 août 2011, A/HRC/18/35/Add.1, 52 p.

*Rapport sur les communications des procédures spéciales*, 9 septembre 2011, A/HRC/18/51, 151 p.

*La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, Rapport du Rapporteur spécial, James Anaya, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6, 23 p.

*Rapport des communications des procédures spéciales*, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> juin et le 30 novembre 2011 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> août 2011 et le 31 janvier 2012, 23 février 2012, A/HRC/19/44, 162 p.

*Rapport des communications des procédures spéciales*, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> décembre 2011 et le 15 mars 2012 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> février et le 15 mai 2012, 15 juin 2012, A/HRC/20/30, 82 p.

*Situation des peuples autochtones en Argentine*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, 4 juillet 2012, A/HRC/21/47/Add.2, 35 p.

*Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 21<sup>e</sup> session, 6 juillet 2012, A/HRC/21/47, 22 p.*

*La situation des peuples autochtones aux Etats-Unis d'Amérique, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, 21<sup>e</sup> session, 30 août 2012, A/HRC/21/47/Add.1, 50 p.*

*Communications envoyées, réponses reçues et suivi, additif au rapport principal, A/HRC/21/47/Add.3, 7 septembre 2012, 23 p.*

*Rapport des communications des procédures spéciales, communications envoyées entre le 16 mars et le 31 mai 2012 ; réponses reçues entre le 16 mai et le 31 juillet 2012, 7 septembre 2012, A/HRC/21/49, 72 p.*

*Rapport des communications des procédures spéciales, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> juin et le 30 novembre 2012 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> août 2012 et le 31 janvier 2013, 22 février 2013, A/HRC/22/67, 198 p.*

*Rapport des communications des procédures spéciales, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> décembre 2012 et le 28 février 2013 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> février et le 30 avril 2013, 22 mai 2013, A/HRC/23/51, 108 p.*

*La situation des peuples autochtones en Namibie, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, 25 juin 2013, A/HRC/24/41/Add.1, 21 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, S. James Anaya, 13 août 2012, A/67/301, 24 p.*

Discours du Rapporteur spécial, James Anaya, lors de la conférence originale du Réseau des autochtones du monde (W.I.N.), Darwin, 31 mai 2013.

*La situation des peuples autochtones en El Salvador, additif au Rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 25 juin 2013, A/HRC/24/41/Add.2, 22 p.*

*Les industries extractives et les peuples autochtones, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 1<sup>er</sup> juillet 2013, A/HRC/24/41, 27 p.*

*Consultation sur la situation des peuples autochtones en Asie, additif au Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 31 juillet 2013, A/HRC/24/41/Add.3, 15 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, S. James Anaya, 14 août 2013, A/68/317, 24 p.*

*Rapport sur les communications des procédures spéciales, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> mars et le 31 mai 2013 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> mai et le 31 juillet 2013, 22 août 2013, A/HRC/24/21, 82 p.*

*Communications envoyées, réponses reçues et observations, 2012-2013, additif au rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, 2 septembre 2013, A/HRC/24/41/Add.4, 45 p.*

*Index des rapports du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, par thème et par région, Conseil des droits de l'homme, 24<sup>e</sup> session, 6 septembre 2013, A/HRC/24/41/Add.5, 17 p.*

*Rapport sur les communications des procédures spéciales, communications envoyées entre le 1<sup>er</sup> juin et le 30 novembre 2013 ; réponses reçues entre le 1<sup>er</sup> août 2013 et le 31 janvier 2014, Conseil des droits de l'homme, 25<sup>e</sup> session, 24 février 2014, A/HRC/25/74, 171 p. (en particulier Affaire IND 9/2013 – procédure AL, communication du 8 juillet 2013 et réponse du 9 juillet 2013 relatives à l'Inde, résumés p. 36).*

*Observations sur le développement de l'exploration et de l'extraction de gaz naturel dans le lot 88 du projet Camisea, observations du Rapporteur spécial, James Anaya, 24 mars 2014, in Situation des droits des peuples autochtones au Pérou en lien avec les industries extractives, 7 mai 2014, A/HRC/27/52/Add.3, annexe, pp. 25-36.*

*Situation des peuples autochtones au Panama, additif au Rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, 7 mai 2014, A/HRC/27/52/Add.1, 21 p.*

Déclaration du Rapporteur spécial, Victoria Tauli-Corpuz : « UN Expert congratulates El Salvador on reforms to Constitution recognizing indigenous peoples », 17 juin 2014.

*Situation des peuples autochtones au Canada, additif au Rapport principal du Rapporteur spécial, James Anaya, 4 juillet 2014, A/HRC/27/52/Add.2, 22 p.*

*Droits des peuples autochtones, notamment leurs droits économiques, sociaux et culturels, dans le cadre de développement pour l'après-2015, rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, à l'Assemblée générale, 6 août 2014, A/69/267, 25 p.*

*Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli Corpuz, Conseil des droits de l'homme, 27<sup>e</sup> session, point 3 de l'ordre du jour, 11 août 2014, A/HRC/27/52, 18 p.*

### ***Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones***

*Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, première session, Genève, 1-3 octobre 2008, Président-Rapporteur : John B. Henriksen (Norvège), Conseil des droits de l'homme, 10<sup>e</sup> session, 8 janvier 2009, A/HRC/10/56, 19 p.*

*Rapport du Mécanisme d'experts sur sa deuxième session, Genève, 10-14 août 2009, Présidente-Rapporteur : Jannie Lasimbang (Malaisie), Conseil des droits de l'homme, 12<sup>e</sup> session, 8 septembre 2009, A/HRC/12/32, 26 p. (notamment sur les voies de recours et les mécanismes de règlement des différends et d'application de la Déclaration)*

*Etude sur les enseignements tirés et les défis à relever pour faire du droit des peuples autochtones à l'éducation une réalité, 31 août 2009, A/HRC/12/33, 31 p.*

*Avis n° 1 (2009) : Le droit des peuples autochtones à l'éducation, A/HRC/12/33, annexe pp. 28-31.*

*Contribution à l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, rapport du secrétariat, 7 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/3, 11 p.*

*Rapport d'étape sur l'Etude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, 3<sup>e</sup> session (12-16 juillet 2010), 17 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2, 24 p.

*Rapport final sur l'Etude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, 4<sup>e</sup> session (11-15 juillet 2011), 26 mai 2011, A/HRC/EMRIP/2011/2, 24 p.

*Avis n° 2 (2011) : Les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, contenu en annexe du document A/HRC/EMRIP/2011/2, p. 19.

*Etude sur le rôle des langues et de la culture dans la promotion et la protection des droits et de l'identité des peuples autochtones*, 5<sup>e</sup> session (9-13 juillet 2012), 30 avril 2012, A/HRC/EMRIP/2012/3, 26 p.

*Avis n° 3 (2012) relatif aux langues et cultures des peuples autochtones*, A/HRC/EMRIP/2012/3, annexe pp. 22-26.

*Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives*, 30 avril 2012, A/HRC/EMRIP/2012/2, 24 p.

*Avis n° 4 (2012) : Les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les activités extractives*, A/HRC/EMRIP/2012/2, annexe pp. 15-24.

*Synthèse des réponses aux questionnaires destinés à recueillir l'avis des Etats et des peuples autochtones sur les meilleures pratiques concernant des mesures et des stratégies d'application appropriées pouvant être mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 25 avril 2013, A/HRC/EMRIP/2013/3, 26 p.

*L'accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones*, 6<sup>e</sup> session (8-12 juillet 2013), 29 avril 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, 27 p.

*Compilation des recommandations, conclusions et avis des études conduites par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 4 juillet 2013, A/HRC/EMRIP/2013/CRP.1, 32 p. (anglais seulement).

*L'accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones, étude du mécanisme d'experts*, 30 juillet 2013, A/HRC/24/50, 29 p.

*Avis n° 5 (2013) : Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones*, A/HRC/24/50, annexe pp. 26-29.

*Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones : justice réparatrice, systèmes judiciaires autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, 25 avril 2014, A/HRC/EMRIP/2014/3, 25 p.

*Avis n° 6 : Justice réparatrice, systèmes juridiques autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, A/HRC/EMRIP/2014/3, annexe pp. 23-25.

*Synthèse des réponses aux questionnaires destinés à recueillir l'avis des Etats et des peuples autochtones sur les meilleures pratiques concernant des mesures et des stratégies d'application appropriées pouvant être mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Mécanisme d'experts

sur les droits des peuples autochtones, 7<sup>e</sup> session (7-11 juillet 2014), point 7 de l'ordre du jour provisoire, 28 avril 2014, A/HRC/EMRIP/2014/4, 25 p.

*Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones : justice réparatrice, systèmes judiciaires autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, 7 août 2014, A/HRC/27/65, 26 p.

*Promotion et protection des droits des peuples autochtones dans le cadre des initiatives de réduction et de prévention des risques de catastrophe naturelle et de planification préalable*, Conseil des droits de l'homme, 27<sup>e</sup> session, 7 août 2014, A/HRC/27/66, 26 p.

### ***Instance permanente sur les questions autochtones***

*Rapport sur les travaux de la première session (13-24 mai 2002)*, Conseil économique et social, documents officiels 2002, Supplément n° 23, New-York, Nations Unies, E/2002/43/Rev.1 – E/CN.19/2002/3/Rev.1, 44 p.

*Rapport sur les travaux de la deuxième session (12-23 mai 2003)*, Conseil économique et social, documents officiels 2003, Supplément n° 23, E/2003/43 – E/C.19/2003/22, 51 p.

*Concept de peuple autochtone*, Séminaire sur la collecte et le tri d'informations pour les peuples autochtones, New-York, 19-21 janvier 2004, PFII/2004/WS.1/3, 4 p.

*Rapport sur les travaux de la troisième session (16-21 mai 2004)*, Conseil économique et social, documents officiels 2004, Supplément n° 23, E/2004/43 – E/C.19/2004/23, 61 p.

*Rapport sur les travaux de la quatrième session (16-27 mai 2005)*, Conseil économique et social, documents officiels 2005, Supplément n° 23, E/2005/43 – E/C.19/2005/9, 50 p.

*Rapport sur les travaux de sa cinquième session (15-26 mai 2006)*, Conseil économique et social, documents officiels 2006, Supplément n° 23, E/2006/43 – E/C.19/2006/11, 47 p.

*Rapport sur les travaux de sa sixième session (14-25 mai 2007)*, Conseil économique et social, documents officiels 2007, supplément n° 23, E/2007/43 – E/C.19/2007/12, 40 p.

Déclaration du Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, septembre 2007.

*Rapport sur les travaux de sa septième session (21 avril – 2 mai 2008)*, Conseil économique et social, documents officiels 2008, supplément n° 23, E/2008/43 – E/C.19/2008/13, 37 p.

*Rapport sur les travaux de la huitième session (18-29 mai 2009)*, Conseil économique et social, documents officiels 2009, supplément n° 23, E/2009/43 – E/C.19/2009/14, 31 p.

Observation générale n° 1 « article 42 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », E/C.19/2009/L.3, 22 mai 2009, annexe pp. 4-8 ou E/2009/43 – E/C.19/2009/14, annexe pp. 21-25.

*La situation des peuples autochtones dans le monde*, Département des affaires économiques et sociales, Division pour la politique sociale et de développement, Secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones, New-York, Nations Unies, 2009, ST/ESA/328, n° de vente 09.VI.13, 250 p. (en anglais).



*Recommandations et résumé du rapport de la mission au Paraguay de l'Instance permanente sur les questions autochtones* (effectuée en avril 2009), 21 janvier 2010, E/C.19/2010/5, 17 p. (et rapport complet du 31 août 2009).

*Etude préliminaire des conséquences pour les peuples autochtones de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte*, Tonya Gonnella Frichner, Rapporteuse spéciale, 4 février 2010, E/C.19/2010/13, 23 p.

*Renseignements communiqués par les gouvernements – Paraguay* (réponses à questionnaire), 9<sup>e</sup> session, 5 février 2010, E/C.19/2010/12/Add.2, 21 p.

*The Human Development Framework and Indigenous Peoples' Self-Determined Development or Development with Culture and Identity*, présenté par la présidente de l'Instance permanente Victoria Tauli-Corpuz lors de la 9<sup>e</sup> session, New-York, 25 mars 2010, E/C.19/2010/CRP.4, p. 18.

*Rapport sur les travaux de la neuvième session (19-30 avril 2010)*, Conseil économique et social, documents officiels 2010, Supplément n° 23, E/2010/43 – E/C.19/2010/15, 54 p.

*Rapport sur les travaux de la dixième session (16-27 mai 2011)*, Conseil économique et social, documents officiels 2011, Supplément n° 23, E/2011/43 – E/C.19/2011/14, 35 p.

*Rapport sur les travaux de la onzième session (7-18 mai 2012)*, Conseil économique et social, documents officiels 2012, Supplément n° 23, E/2012/43 – E/C.19/2012/13, 32 p.

*Rapport sur les travaux de la douzième session (20-31 mai 2013)*, Conseil économique et social, documents officiels 2013, Supplément n° 23, E/2013/43 – E/C.19/2013/25, 35 p.

*Document politique de position et plan d'action pour les femmes autochtones du monde adopté lors de la Conférence mondiale des femmes autochtones – Progrès et défis pour le futur que nous voulons*, Lima, Pérou, 28-30 octobre 2013, E/C.19/2014/CRP.1, 25 p.

*Etude sur la situation des peuples autochtones et leur participation aux démocraties et mécanismes électoraux d'Amérique latine, en vertu de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Alvaro Pop, 26 février 2014, E/C.19/2014/6, 18 p.

*Etude sur un protocole facultatif se rapportant à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et axée sur un mécanisme volontaire*, étude d'un groupe international d'experts (M. Dalee Sambo Dorough et Mme Megan Davis), Instance permanente sur les questions autochtones, 4 mars 2014, E/C.19/2014/7, 18 p.

*Rapport sur les travaux de sa treizième session (12-23 mai 2014)*, Conseil économique et social, documents officiels 2014, Supplément n° 23, E/2014/43 – E/C.19/2014/11, 23 p. (ordre du jour : « principes de bonne gouvernance en conformité avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : articles 3 à 6 et 46 »)

### ***Commission du droit international***

*Statut de la Commission du droit international*, annexé à la Résolution 174 (III) de l'Assemblée générale du 21 novembre 1947, articles 1, 15-24.

*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950*, Assemblée générale, documents officiels : cinquième session, supplément n° 12 (A/1316), Genève, 1950, « Deuxième partie : Moyens de rendre plus accessible la documentation relative au droit international coutumier », pp. 4-11.

« Article 24 du statut de la Commission du droit international », Manley O. HUDSON, Rapporteur spécial, A/CN.4/16 et Add.1, 1950, document de travail contenu dans l'*Annuaire de la Commission du droit international 1950*, 2<sup>e</sup> session, tome II, A/CN.4/SER.A/1950/Add.1, Nations Unies, New-York, 1957, pp. 24-35.

*Annuaire de la Commission du droit international*, année 1966, tome II, 18<sup>e</sup> session, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, New-York, Nations Unies, 1967, p. 270, §3 du commentaire.

*Deuxième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales* (2<sup>e</sup> partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, Rapporteur spécial, Statut, privilèges et immunités des organisations internationales, de leurs fonctionnaires, experts, etc., C.D.I., 37<sup>e</sup> session, 1985, A/CN.4/391 et Add.1 et Corr.1, extrait de l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, tome II(1), A/CN.4/SER.A/1985/Add.1, §68 p. 111.

Projet d'articles sur la *Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session de 2001, consigné dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, tome II (deuxième partie), dans la résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001, annexe et dans le document correctif A/56/49(Vol. I)/Corr.4, articles 1 et 2.

*Rapport de la Commission du droit international*, 63<sup>e</sup> session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, A/66/10, 407 p.

*Note de Michael Wood, Rapporteur spécial*, formation et identification du droit international coutumier, 30 mai 2012, A/CN.4/653, 8 p.

*Rapport de la Commission du droit international*, 64<sup>e</sup> session, 7 mai-1<sup>er</sup> juin et 2 juillet-3 août 2012, A/67/10, 157 p.

*Mémoire du Secrétaire général* portant sur les éléments des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, 65<sup>e</sup> session, 14 mars 2013, A/CN.4/659, 39 p.

*Premier rapport sur la formation et l'identification du droit international coutumier*, Sir Michael WOOD, Rapporteur spécial, 65<sup>e</sup> session, 17 mai 2013, A/CN.4/663, 64 p.

*Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law*, Paulo Borba CASELLA, conférence en mémoire de Gilberto Amado, Genève, 17 juillet 2013, 19 p.

*Compte-rendu analytique provisoire de la 3181<sup>e</sup> séance* tenue le 17 juillet 2013, 65<sup>e</sup> session, 7 août 2013, A/CN.4/SR.3181, 8 p.

*Compte-rendu analytique provisoire de la 3186<sup>e</sup> séance*, tenue le 25 juillet 2013, 65<sup>e</sup> session, 12 septembre 2013, A/CN.4/SR.3186, 13 p.

Comptes-rendus analytiques des 3181<sup>e</sup> à 3186<sup>e</sup> séances (17-25 juillet 2013), 65<sup>e</sup> session, A/CN.4/SR.3181 à A/CN.4/SR.3186.

*Rapport de la Commission du droit international*, 65<sup>e</sup> session, 6 mai-7 juin et 8 juillet-9 août 2013, A/68/10, 163 p.

*Deuxième rapport sur la détermination du droit international coutumier*, Sir Michael WOOD, Rapporteur spécial, 66<sup>e</sup> session, 22 mai 2014, A/CN.4/672, 76 p.

Comptes-rendus analytiques des 3222<sup>e</sup> à 3227<sup>e</sup> séances (11-18 juillet 2014), 66<sup>e</sup> session, A/CN.4/SR.3222 à A/CN.4/SR.3227, et A/CN.4/SR.3243 (8 août 2014).

*Identification of customary international law*, discours du président du Comité de rédaction, M. Gilberto Saboia, Rapport d'étape du président du Comité de rédaction, 66<sup>e</sup> session, 7 août 2014, 23 p.

*Rapport de la Commission du droit international*, 66<sup>e</sup> session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014, A/69/10, 312 p. (et projet de chapitre X – détermination du droit international coutumier, A/CN.4/L.843).

### ***Comité des droits de l'homme***

*Sandra Lovelace c. Canada*, Comité des droits de l'homme, communication n° 24/1977 (R.6/24), 30 juillet 1981, ICCPR, U.N. Doc. Supplément n° 40, A/36/40, p. 166.

*Observation générale n° 12 (21)* (Article 1 des Pactes: Droit des peuples à l'autodétermination), 21<sup>e</sup> session, 13 mars 1984, contenue in *Rapport du Comité des droits de l'homme*, documents officiels de l'Assemblée générale, 39<sup>e</sup> session, supplément n° 40, A/39/40 (1984), pp. 152-153.

Commentaire du Comité des droits de l'homme sur l'article 1 du Pacte, 5 octobre 1984, CCPR/C/21/Add.3.

*Ivan Kitok c. Suède*, Communication n° 197/1985, 27 juillet 1988, CCPR/C/33/D/197/1985.

*Bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication n° 167/1984, 26 mars 1990, in *Rapport du Comité des droits de l'homme*, tome II, supplément n° 40 (A/45/40), annexe IX, pp. 1-35.

*Observation générale n° 23 (50)* (art. 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques), 6 avril 1994, Comité des droits de l'homme, 50<sup>e</sup> session, 1314<sup>e</sup> séance, Nations Unies, 26 avril 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 4 p.

*Rapport du Comité des droits de l'homme*, tome I, Documents officiels de l'Assemblée générale, 50<sup>e</sup> session, supplément n° 40 (A/50/40), 1995, 168 p.

*Communication n° 612/1995 : Colombie*, 19 août 1997, Comité des droits de l'homme, Nations Unies, CCPR/C/60/D/612/1995.

*Observations finales du Comité des droits de l'homme – Canada*, concernant le quatrième rapport périodique soumis par le Canada en vertu de l'article 40 du Pacte, 7 avril 1999, CCPR/C/79/Add.105, 4 p.

*Observations du Comité des droits de l'homme – Mexique*, 27 juillet 1999, 66<sup>e</sup> session, CCPR/C/79/Add.109, 5 p. (en lien avec le quatrième rapport périodique du Mexique).

*Observations finales du Comité des droits de l'homme – Norvège*, 1<sup>er</sup> novembre 1999, 67<sup>e</sup> session, CCPR/C/79/Add.112, 4 p. (en lien avec le quatrième rapport périodique de la Norvège).

*Rapport du Comité des droits de l'homme*, tome I, Documents officiels de l'Assemblée générale, 54<sup>e</sup> session, supplément n° 40 (A/54/40), 1999, 143 p.

*Observations finales du Comité des droits de l'homme – Australie*, 28 juillet 2000, 69<sup>e</sup> session, CCPR/CO/69/AUS.

*J.G.A. Diergaardt (feu le capitaine de la communauté Rehoboth Baster) et consorts c. Namibie*, Communication n° 760/1997, Comité des droits de l'homme, 6 septembre 2000, CCPR/C/69/D/760/1997.

*Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*, Communication n° 547/1993, 27 octobre 2000, CCPR/C/70/D/547/1993.

*Observations finales du Comité des droits de l'homme – Suède*, 24 avril 2002, 74<sup>e</sup> session, CCPR/CO/74/SWE, 5 p. (sur le cinquième rapport périodique de la Suède).

### ***Comité pour l'élimination de la discrimination raciale***

*Recommandation générale XXI (48)* du 8 mars 1996 (1147<sup>e</sup> séance), reproduite in *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Assemblée générale, documents officiels, 51<sup>e</sup> session, supplément n° 18 (A/51/18), 30 septembre 1996, annexe VIII B, pp. 133-134.

*Recommandation générale sur les droits des populations autochtones* (n° XXIII), adoptée par le Comité à la 1235<sup>e</sup> séance le 18 août 1997, in *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Assemblée générale, documents officiels, 52<sup>e</sup> session, supplément n° 18 (A/52/18), 26 septembre 1997, annexe V, pp. 130-131.

*Compte-rendu analytique de la 1850<sup>e</sup> séance*, 72<sup>e</sup> session, Genève, 20 février 2008, CERD/C/SR.1850, 8 p. (examen des 16<sup>e</sup> et 17<sup>e</sup> rapports périodiques de Fidji, §24 p. 5).

*Directives pour l'établissement du document se rapportant spécifiquement à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale présenté par les Etats parties conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention*, C.E.R.D., 13 juin 2008, CERD/C/2007/1, 17 p.

*Renseignements fournis par le Gouvernement néo-zélandais sur la suite donnée aux observations finales du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, 21 janvier 2009 [23 septembre 2008], CERD/C/NZL/CO/17/Add.1, 7 p.

*Observations finales du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale – Japon*, examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, C.E.R.D., examen des 3<sup>e</sup> à 6<sup>e</sup> rapports périodiques du Japon, 76<sup>e</sup> session, 6 avril 2010, CERD/C/JPN/CO/3-6, 10 p.

## ***Organisation internationale du Travail***

Conventions multilatérales de l'O.I.T. : v. index des traités, section sur les traités internationaux.

'The Proceedings of the 39th Session of the Conference relating to Indigenous Populations in Independent Countries', Rapport VI(1), p. 9, et 'Replies from Governments, Rapport VI(2), p. 7, Bureau international du travail. Protection des Indigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, Conférence internationale du travail, 40<sup>e</sup> session, 1957.

*Recommandation n° 104 concernant la protection et l'intégration des populations indigènes, tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, 26 juin 1957.

*Résolution concernant l'action de l'O.I.T. en faveur des peuples indigènes et tribaux*, 26 juin 1989.

*Rapport du Comité en charge d'examiner l'allégation de violation par le Mexique de la Convention sur les peuples indigènes et tribaux, 1989 (n° 169), présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'O.I.T. par le Front authentique du travail (FAT)*, GB.283/17/1 ; GB.289/17/3 (2001).

*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*, Genève, 2007.

*Guide for the application of the Instrument*, observation reprise in *Application of Convention No 169 by Domestic and International Courts in Latin America – A Casebook*, O.I.T., 2009.

*Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique – Un guide sur la Convention n° 169 de l'O.I.T.*, Département des normes internationales du travail, 10 mai 2009, 200 p.

*Application of Convention No 169 by Domestic and International Courts in Latin America – A Casebook*, Genève, O.I.T., 2009, 192 p.

*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*, O.I.T., C.A.D.H.P., Centre pour les droits de l'homme de l'Université de Pretoria, 2009, rapport principal, 193 p., et rapports nationaux pour 24 pays africains.

Rapport pays pour l'Égypte, 2009, 64 p.

Rapport pays pour le Nigéria, 2009, 43 p.

## ***Consultations informelles en préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones***

*Document final d'Alta*, Conférence préparatoire mondiale autochtone en vue de la réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale intitulée « Conférence mondiale sur les peuples autochtones », Alta (Norvège), 10-12 juin 2013, contenu dans l'annexe à la lettre datée du 10 septembre 2013 adressée au Secrétaire général par les Représentants permanents

de neuf Etats, A/67/994, 13 septembre 2013, pp. 3-11 et dans le document A/HRC/EMRIP/2013/CRP.2 du 4 juillet 2013, 10 p.

Lettre du 15 janvier 2014 de représentants des peuples autochtones et Lettre du 16 janvier 2014 du Rapporteur spécial ainsi que des représentants de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts, adressées au Président de l'Assemblée générale, requérant l'utilisation de binômes en matière de représentation à l'occasion de la Conférence mondiale et de ses préparatifs.

Lettre du 5 mars 2014 du président de l'Assemblée générale aux Représentants permanents des Etats membres sur la désignation de deux facilitateurs en vue de mener les consultations informelles.

Lettre du 19 mai 2014 du président de l'Assemblée générale aux Représentants permanents des Etats membres sur l'organisation des séries de consultations informelles.

*Résumé* de la première série de consultations informelles sur la proposition de document final organisée par le Président de l'Assemblée générale avec les Etats membres et les peuples autochtones, 3 juin 2014, 2 p.

*Rapport résumé* de l'audience interactive informelle en préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Siège de l'O.N.U., New-York, 17-18 juin 2014, 2 p.

Note de réflexion, audience interactive informelle en préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Siège de l'O.N.U., New-York, 17-18 juin 2014, 5 p.

*Lands, Territories and Resources* (rev. 1), document thématique en vue de la préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones, juin 2014, 14 p.

*The Participation of Indigenous Peoples in the United Nations* (rev. 1), document thématique en vue de la préparation de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, Groupe de soutien inter-agences sur les questions des peuples autochtones, juin 2014, 13 p.

« Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale : Conférence mondiale sur les peuples autochtones », avant-projet de résolution (« *Zero Draft* ») à adopter devant l'Assemblée générale le 22 septembre 2014, distribué par le Président de l'Assemblée générale le 8 juillet 2014.

Lettre du président de l'Assemblée générale, S. E. John W. Ashe, aux représentants des peuples autochtones en date du 8 juillet 2014, accompagnant la soumission de l'Avant-projet (« *Zero Draft* »).

*Intervention d'ouverture*, John Henriksen pour le Groupe de coordination global autochtone (GCG), Deuxième série de consultations organisée par le Président de l'Assemblée générale, 16 juillet 2014, 4 p.

*Projet de document final à adopter par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014* (« première version révisée »), distribué par le Président de l'Assemblée générale le 8 août 2014.

*Notes explicatives : projet de document final – Conférence mondiale sur les peuples autochtones*, document accompagnant la première version révisée, 2 p.

*Intervention d'ouverture*, John Henriksen pour le Groupe de coordination global autochtone (GCG), Troisième série de consultations organisée par le Président de l'Assemblée générale, 18 août 2014, 4 p.

Lettre du 18 août 2014 du président de l'Assemblée générale aux représentants des peuples autochtones sur les modalités d'organisation de la Conférence mondiale.

*Projet de document final, qui sera adopté par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014* (« deuxième version révisée »), distribué par le Président de l'Assemblée générale, 26 août 2014, document résultant de la troisième série de consultations informelles entre Etats et peuples autochtones et proposé lors du processus intergouvernemental, 6 p.

Lettre du 29 août 2014 du président de l'Assemblée générale aux représentants des peuples autochtones accompagnant le projet révisé du 26 août 2014, 1 p.

*Projet de document final* (« troisième version révisée ») du 5 septembre 2014 consistant en la reprise du deuxième projet révisé accompagné en annexe de commentaires et propositions soumis par les Etats à l'occasion du processus intergouvernemental début septembre 2014, et lettre du 5 septembre 2014 adressée par le président de l'Assemblée générale aux Représentants et Observateurs permanents aux Nations Unies, 27 p.

*Document final à adopter par l'Assemblée générale le 22 septembre 2014* (« quatrième version révisée »), résultant du processus intergouvernemental de négociations, 12 septembre 2014, accompagné d'une lettre introductrice des facilitateurs en date du 12 septembre 2014 et d'une lettre de transmission du président de l'Assemblée générale en date du 15 septembre 2014, 10 p.

## **Union européenne**

Document de travail de la Commission européenne du 11 mai 1998 relatif à *l'aide fournie aux peuples indigènes dans le cadre de la politique de coopération au développement de la Communauté et des Etats membres*, SEC(1998) 773 final.

*Les peuples autochtones dans le cadre de la coopération au développement dans la Communauté et les Etats membres*, résolution (13461/98) du Conseil de l'Union européenne, 30 novembre 1998.

Rapport de la Commission au Conseil, du 11 juin 2002, sur *l'examen des progrès de la coopération avec les populations autochtones*, COM(2002) 291 final, non publié au J.O.U.E., 20 p.

« Exposé sans détours de l'avis des populations autochtones sur le développement et la mise en œuvre de la politique de l'UE concernant ces populations », conférence, Bruxelles, 18-20 juin 2002, communiqué de presse IP/02/856 du 13 juin 2002.

*Le consensus européen pour le développement*, Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'Union européenne intitulée « Le consensus européen », 2006/C 46/01, publiée au J.O.U.E. du 24 février 2006, pp. C 46/1 à C 46/19.

## **Commission africaine des droits de l'homme et des peuples**

*Rapport du Groupe de travail d'experts de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones*, soumis en application de la « Résolution sur les droits des populations/communautés autochtones en Afrique » adoptée par la C.A.D.H.P. lors de sa 28<sup>e</sup> session ordinaire en octobre 2000. Rapport adopté par la C.A.D.H.P en novembre 2003 et publié en 2005 par la C.A.D.H.P et le Groupe de travail international pour les affaires autochtones (I.W.G.I.A.), 119 p.

*Avis consultatif de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Commission lors de sa 41<sup>e</sup> session ordinaire, Accra (Ghana), mai 2007, 13 p. (anglais)

Résolution n° 121 (XXXII) 07, Brazzaville, 42<sup>e</sup> session ordinaire, 28 novembre 2007 (portant adoption du communiqué sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones).

*Troisième rapport périodique du Nigéria : 2005-2008 sur la mise en application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au Nigéria*, Ministère fédéral de la Justice, Abuja, 1<sup>er</sup> septembre 2008, 44<sup>e</sup> session ordinaire, p. 43.

*Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) c. Kenya*, affaire n° 276/03, décision du 25 novembre 2009, définitivement approuvée le 4 février 2010.

*Rapport d'activité pendant la période d'intersession du Président du Groupe de travail sur les populations/communautés autochtones en Afrique*, Musa Ngary Bitaye, novembre 2009, 10 p.

*Samuel T. Muzerengwa et 110 autres c. Zimbabwe*, affaire n° 306/05, décision du 3 mars 2011.

Communication en l'affaire *Ogiek c. Kenya* référée à la Commission en 2012.

## **Autres**

*Décision du Conseil de la Société des Nations concernant les Îles Åland* adoptée lors de la quatorzième réunion du Conseil le 24 juin 1921, procès-verbal de la séance et protestation de la Suède, *Journal Officiel de la Société des Nations*, septembre 1921, p. 697, et protestation de la Suède.

Résolution de l'Assemblée de la Société des Nations du 25 septembre 1931, *Journal officiel*, supplément spécial, n° 92, 1931, p. 9.

'The Proceedings of the 39th Session of the Conference relating to Indigenous Populations in Independent Countries', Rapport VI(1), p. 9, et 'Replies from Governments, Rapport VI(2), p. 7, Bureau international du travail. Protection des Indigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants, Conférence internationale du travail, 40<sup>e</sup> session, O.I.T., 1957.

Résolution 216 (1965) du Conseil de sécurité, 1258<sup>e</sup> séance, 12 novembre 1965 (question de la Rhodésie-du-Sud).



Résolution 217 (1965) du Conseil de sécurité, 1265<sup>e</sup> séance, 20 novembre 1965 (question de la Rhodésie-du-Sud).

*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, 1<sup>er</sup> août 1975, 14 I.L.M. 1292 (Déclaration d'Helsinki).

*Déclaration universelle sur les droits des peuples*, Alger, 4 juillet 1976.

Résolution 1983/2 intitulée *Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus*, I.D.I., Session de Cambridge, 1983, Septième Commission (Rapporteur : Michel VIRALLY).

Résolution 541 (1983) du Conseil de sécurité, 2500<sup>e</sup> séance, 18 novembre 1983 (question de Chypre).

Résolution 550 (1984) du Conseil de sécurité, 2539<sup>e</sup> séance, 11 mai 1984 (question de Chypre).

*Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, C.I.D.H., OEA/Ser.L/V/II.62, doc.26. (1984).

*Déclaration de Darwin*, adoptée à l'occasion de la Consultation globale sur « l'intégrité de la création : notre terre est notre vie », organisée par le Conseil mondial des Eglises à Darwin, Australie, 7-13 mai 1989, reproduite in E/CN.4/Sub.2/1989/36, annexe III pp. 36-39.

*Rapport 101-216 (Rapport final et recommandations législatives)*, rapport du Comité spécial sur les investigations du 'Select Committee on Indian Affairs', Sénat des Etats-Unis, 101<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 20 novembre 1989.

Déclaration de Copenhague de la C.S.C.E. du 29 juin 1990.

*Directive opérationnelle 4.20*, Banque mondiale, septembre 1991.

Résolution 787 (1992) du Conseil de sécurité, 3137<sup>e</sup> séance, 16 novembre 1992 (intégrité territoriale de la Bosnie-Herzégovine).

*Self-Determination in Relation to Individual Human Rights, Democracy and the Protection of the Environment*, rapport de la Conférence internationale de La Haye, 22-23 janvier 1993, Organisation des peuples et nations non-représentés, [UNPO]GA/1993/CR/1, 58 p.

*Recommandation 1201 (1993)* de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 1<sup>er</sup> février 1993.

*Déclaration et programme d'action de Vienne*, Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 14-25 juin 1993, A/CONF.157/23, 30 p. et le rapport l'accompagnant, 13 octobre 1993, A/CONF.157/24 (Part I), 45 p.

*Déclaration de Mataatua sur les droits culturels et de propriété intellectuelle des peuples autochtones*, juin 1993.

*The United Nations and Human Rights – 1945-1995*, The United Nations Blue Book Series, tome VII, département de l'information publique, New-York, Nations Unies, 1995, n° de vente E.95.I.21, 536 p.

*Rapport du Groupe de travail*, Groupe de travail chargé d'élaborer un protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 23 décembre 1996, E/CN.4/1997/33, 23 p.

*Règles humanitaires minimales*, rapport du Secrétaire général, 24 décembre 1996, E/CN.4/1997/77, 22 p.

*Rapport du Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés sur les travaux de sa deuxième session*, 13 mars 1997, E/CN.4/1997/96, 28 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa douzième session*, Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus, 25 mars 1997, E/CN.4/1997/92, 37 p.

*Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa troisième session*, Question d'un projet de protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, ainsi que les mesures de base nécessaires pour prévenir et éliminer ces pratiques, 2 avril 1997, E/CN.4/1997/97, 28 p.

*Rapport d'information n° 180* : « Projet de loi et projet de loi organique relatifs à la Nouvelle-Calédonie », par M. Jean-Jacques Hyst, Sénat français, tome I, Commission des lois, session ordinaire de 1998-1999, annexe au procès-verbal de la séance du 28 janvier 1999, titre premier « Statut civil coutumier et propriété coutumière ».

*Déclaration de Baguio* adoptée par des représentants de peuples autochtones d'Asie lors de la Conférence sur l'autodétermination des peuples autochtones et l'Etat nation en Asie, tenue à Baguio (Philippines) du 18 au 21 avril 1999.

*Déclaration universelle sur les droits des peuples* adoptée par l'Organisation des nations et peuples non représentés, Tallinn, 17 février 2001.

*Déclaration universelle sur les droits collectifs des peuples*, Conférence des nations européennes sans Etat – CONSEU.

*Premier avis sur la Fédération de Russie*, Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 13 septembre 2002, ACFC/INF/OP/I(2003)005.

*Mary et Carrie Dann c. Etats-Unis*, affaire n° 11 140, rapport n° 75/02, Comm. I.D.H., 27 décembre 2002, Doc. 5 rev. 1, pp. 860 et suiv. (2002), §96 et note 57). Dans ce rapport, la Commission adopte les conclusions de son rapport préliminaire sur le fond du 29 juillet 2002.

Rapports d'évaluation de la mise en œuvre de la directive opérationnelle 4.20 sur les peuples autochtones réalisés par le département d'évaluation des opérations de la Banque mondiale: *Background Paper I – A Review of Selected Issues Related to IP*, Rapport n° 25332 du 10 janvier 2003 – *An Independent Desk Review*, Rapport n° 25754 du 10 avril 2003 – *An Evaluation of Results*.

*Déclaration internationale de Cancún des peuples autochtones*, 5<sup>e</sup> Conférence ministérielle de l'O.M.C., Cancún, Quintana Roo, Mexique, 12 septembre 2003.

*Commentaire du groupe de travail sur les minorités sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, note du Secrétaire général, Groupe de travail sur les minorités, 11<sup>e</sup> session, New-York, Nations Unies, 31 mars 2005, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 22 p. (ainsi que les rapports annuels du Groupe de travail sur les minorités)

*Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les questions autochtones*, Conseil des droits de l'homme, 4<sup>e</sup> session, 6 mars 2007, A/HRC/4/77, 16 p. (actualisation du document E/CN.4/2006/77).

Rapport du Facilitateur S.E. l'ambassadeur Hilario G. Davide, Jr, Représentant permanent de la République des Philippines auprès de l'O.N.U. nommé par la présidente de l'Assemblée générale en vue de tenir des consultations supplémentaires, du 13 juillet 2007, 17 p., et son supplément du 20 juillet 2007 (requête de l'Australie, du Canada, de la Colombie, du Guyana, de la Nouvelle-Zélande, de la Fédération de Russie et du Suriname), 13 p., documents non référencés.

*United Nations Juridical Yearbook – 2007*, Bureau des affaires juridiques, New-York, Nations Unies, ST/LEG/SER.C/45 (2007), n° de vente E.10.V.1, 611 p.

*Principal Guidelines for a Comprehensive Reparations Policy*, Comm. I.D.H., Organisation des Etats américains, 19 février 2008, OEA/Ser/L/II.131 – Doc. 1, 6 p.

*Document final de la Conférence d'examen de Durban*, suivi des progrès réalisés dans la mise en œuvre des objectifs fixés par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, tenue à Durban en 2001, Genève, 24 avril 2009, 20 p.

*Rapport sur le droit des peuples autochtones à la consultation : Opinion de l'Ombudsman sur la politique définie par les projets de loi n° 413/2006-CR, 427/2006-CR et 2016/2007-CR*, rapport n° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI, mai 2009 (Pérou).

Communiqué de presse n° 112/CII/DP/2009 du 16 juin 2009, Ombudsman (Pérou).

*Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources – Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System*, Comm. I.D.H., Organisation des Etats américains, 30 décembre 2009, OEA/Ser.L/V/II – Doc. 56/09, 140 p.

*Implementation of the Policy of Sustainable Development of the Indigenous Small Peoples of the North, Siberia and the Far East of the Russian Federation*, rapport gouvernemental, traduction non officielle (Russie).

*Troisième avis sur la Finlande*, Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 14 octobre 2010, ACFC/OP/III(2010)007.

*Summary Report of NHRC Recommendations upon Complaints in a Decade (2000-2010)*, Commission nationale des droits de l'homme du Népal, Harihar Bhawan, Lalitpur, novembre 2010.

Rapport du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie sur la situation actuelle du peuple kanak de la Kanaky – Nouvelle-Calédonie, 8 février 2011.

*Observations finales – Argentine*, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 59<sup>e</sup> séance (2 décembre 2011), 14 décembre 2011, E/C.12/ARG/CO/3, 8 p.

*Rapport sur le respect des droits constitutionnels et des libertés des peuples autochtones peu nombreux sur le territoire de la région de Krasnoïarsk*, Protecteur des droits des peuples autochtones peu nombreux de la région de Krasnoïarsk (Ombudsman), Krasnoïarsk, 2011, ББК 67.400.7 (2РОС-4Кпа), УДК 342.716 (571.51), 84 p. (en langue russe).

*Rapport de soumission au Conseil des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones en Indonésie*, soumis par l'Alliance des peuples autochtones de l'archipel (A.M.A.N.), examen périodique universel, O.N.U., 13<sup>e</sup> session, 21 mai – 1<sup>er</sup> juin 2012.

Plainte de l'Organisation nationale des peuples autochtones du Brésil (A.P.I.B.) contre certaines mesures gouvernementales, soumise au bureau du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, 13 novembre 2012. Sont notamment en cause : proposition d'amendement constitutionnel – PEC 215/2000 – validé par un comité parlementaire le 21 mars 2012 et visant à transférer l'autorité d'approuver la démarcation des territoires autochtones au Congrès national ; projet de loi sur les activités minières – PL 1610/1996.

*Déclaration internationale des peuples autochtones sur le développement durable et l'autodétermination*, adoptée par la Conférence internationale des peuples autochtones sur le développement durable et l'autodétermination, tenue à Rio de Janeiro (Brésil) en 2012.

*Report of the National Inquiry into the Land Rights of Indigenous Peoples*, Commission des droits de l'homme de la Malaisie (SUHAKAM), Kuala Lumpur, 2013, 192 p.

*Le PNUD en action 2012/2013 : Œuvrer pour un progrès global*, Rapport annuel 2012-2013 du P.N.U.D., New-York, Nations Unies, juin 2013, 44 p.

*The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : A Manual for National Human Rights Institutions*, publication conjointe du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et de l'Asia Pacific Forum, Genève et Sydney, août 2013, HR/PUB/13/2, 152 p.

Procès-verbal de la 7138<sup>e</sup> séance, Conseil de sécurité, 69<sup>e</sup> année, New-York, 15 mars 2014, S/PV.7138, 13 p.

*Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme sur les droits des peuples autochtones*, 30 juin 2014, A/HRC/27/30, 19 p.

*Rapport du Groupe de travail d'experts sur les personnes d'ascendance africaine sur sa quatorzième session*, Conseil des droits de l'homme, 14 juillet 2014, A/HRC/27/68, 20 p. ainsi que les nombreux rapports pays élaborés par ce Groupe de travail.

*Pérenniser le progrès humain : réduire les vulnérabilités et renforcer la résilience*, rapport sur le développement humain 2014 (annuel), New-York, P.N.U.D., juillet 2014, 259 p.

*Mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones – Guide pour les parlementaires n° 23*, Genève, Union interparlementaire et Nations Unies, 2014, 84 p.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

Olugbenga Ifedayo ADEMEDI, *The Rights and Status of Indigenous Peoples in Nigeria*, Bauu Institute, 2012, 296 p.

Pekka AIKIO et Martin SCHEININ (dir.), *Operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination*, Turku/Åbo, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2000, 262 p.

Gudumur S. ALFREDSSON, Maria STAVROPOULOU (dir.), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes – Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, 421 p.

Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE, Jorge E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international / Unity and Diversity of International Law – Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 1036 p.

Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 619 p.

S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, New-York, Oxford University Press, 2004, 396 p. (1<sup>e</sup> édition, 1996)

S. James ANAYA, *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Aspen Publishers – Kluwer Wolters, 2009, 400 p.

S. James ANAYA, « The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era », Claire CHARTERS, Rodolfo STAVENHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work – The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, doc. n° 127, Copenhague, I.W.G.I.A., 2009 (390 p.), pp. 184-199.

Dionosio ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale – vol. I. Introduzione e teorie generali*, 3<sup>e</sup> édition, Rome, Athenaeum, 1928, p. 85.

Smilja AVRAMOV, *Међународно јавно право (“Droit international public”)*, 6<sup>e</sup> édition, Belgrade, Savremena administracija, 1980, 460 p.

Clive BALDWIN, Cynthia MOREL, “Using the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Litigation”, Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 121-143.

Richard H. BARTLETT, *Native Title in Australia*, 2<sup>e</sup> édition, Chatswood NSW, LexisNexis Butterworths Australia, 2004, 773 p.

Dario BATTISTELLA, *Théories des relations internationales*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009, 694 p.

David J. BEDERMAN, *Custom as a Source of Law*, New-York, Cambridge University Press, 2010, 282 p.

Mohammed BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international – Nouveaux défis au droit international*, Paris, U.N.E.S.C.O., 1979, 295 p.

Rudolf BERNHARDT, “Custom and Treaty in the Law of the Sea”, *R.C.A.D.I.*, 1987-V, tome 205, pp. 247-330 ; chapitre 3: “Principles and Characteristics of Customary International Law” (pp. 265-270).

William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765, tome I.

Maxime BOILY, *Les terres amérindiennes dans le régime seigneurial : les modèles fonciers des missions sédentaires de la Nouvelle-France*, mémoire de master, Faculté des sciences sociales de l’université de Laval, Québec, 2006, 240 p.

Marc J. BOSSUYT, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 857 p.

Frederic M. (Jock) BROOKFIELD, *Waitangi & Indigenous Rights – Revolution, Law & Legitimation*, édition mise à jour, Auckland, Auckland University Press, 2006, 299 p.

Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 3<sup>e</sup> édition, Oxford, Clarendon Press, 1979, 779 p. ; 5<sup>e</sup> édition, 1998, 743 p.

Ian BROWNLIE, “The Rights of Peoples in Modern International Law”, James CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (236 p.), pp. 1-16.

Thomas BUERGENTHAL, *Human Rights, International Law, and the Helsinki Accord*, Allanheld, Osmun, 1977, 211 p.

Patricia BUIRETTE-MAURAU, *La participation du Tiers-Monde à l’élaboration du droit international*, Paris, L.G.D.J., 1983, 242 p.

Julian BURGER, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: From Advocacy to Implementation », Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 41-59.

Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales – L’incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, Paris, Pedone, 2001, 782 p.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *International Law for Mankind – Towards a New Jus Gentium*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Leiden, Brill/Martinus, 2013, 750 p.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, 1700 p. (v. aussi *R.C.A.D.I.* 2005, tomes 316-317, La Haye, 2006)

Antonio CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 396 p.

Antonio CASSESE, “The International Court of Justice and the right of peoples to self-determination”, Alan Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996 (684 p.), pp. 351-363.

Jorge CASTAÑEDA, *The Legal Effects of United Nations Resolutions*, New-York, Columbia University Press, 1969, 255 p.

Joshua CASTELLINO, Steve ALLEN, Jérémie GILBERT, *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2003, 265 p.

Joshua CASTELLINO, “International Law and Self-Determination: Peoples, Indigenous Peoples, and Minorities”, Christian WALTER, Antje VON UNGERN-STERNBERG, Kavus ABUSHOV (dir.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford University Press, 2014 (336 p.), pp. 27-44.

Hilary CHARLESWORTH et Christine CHINKIN, *The Boundaries of International Law ; A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, 400 p.

Théodore CHRISTAKIS, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, C.E.R.I.C., Paris, La documentation française, 1999, 680p.

Felix S. COHEN, *Handbook of Federal Indian Law*, publication initiale en 1941, republié en 1982, Lexis Nexis Law, 912 p.

Andrew K. COLEMAN, *Resolving Claims to Self-Determination – Is there a role for the International Court of Justice?*, New-York, Routledge, 2013, 376 p.

Jean-Pierre COT, Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Economica, 1991, 1571 p.

James CRAWFORD, « The Right of Self-Determination in International Law: Its Development and Future », Philip ALSTON (dir.), *Peoples' Rights*, R.C.A.D.E., tome IX, n<sup>o</sup> 2, Oxford University Press, 2002, p. 7.

James CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, 2<sup>e</sup> édition, New-York, Oxford University Press, 2006, 944 p.

James CRAWFORD, Alain PELLET, Simon OLLESON (dir.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, 1296 p.

Anthony D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, New-York, Cornell University Press, 1971, 286 p.

Saint Thomas D'AQUIN, *Summa theologiæ* (« Somme théologique »), 1266-1273, traduction française par Aimon-Marie Roguet, Paris, Cerf, 1984-1986, 4 tomes.

Jean D'ASPREMONT, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, 2011, 288 p.

Erica-Irene DAES, “The United Nations and Indigenous Peoples from 1969 to 1994”, Terje BRANTENBERG, Janne HANSEN, Henry MINDE (dir.), *Becoming Visible – Indigenous Politics and Self-government*, Centre pour les études Sámi, Université de Tromsø, 1995.

Erica-Irene DAES, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Background and Appraisal », Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 11-40.

Julie DAHLITZ (dir.), *Secession and International Law: Conflict Avoidance – Regional Appraisals*, New-York, Nations Unies, 2003, n° de vente GV.E.01.0.22, 283 p.

Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, L.G.D.J., 2009, 1709 p.

Jennifer E. DALTON, « International Law and the Rights of Indigenous Self-Determination: Should International Norms be Replicated in the Canadian Context ? », Working Paper, Institut de relations intergouvernementales (I.I.G.R.), Université de Queen, 2005 (1), 22 p.

Harold E. DAMEROW, *A Critical Analysis of the Traditional Foundations of International Law*, thèse de doctorat, New Brunswick, université de Rutgers, 1978, 984 p.

Gennady M. DANILENKO, *Обычай в современном международном праве* (“*La coutume dans le droit international contemporain*”), Moscou, Nauka, 1988, 189 p.

Guy DE LACHARRIÈRE, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, 236 p.

Emerich DE VATTEL, *Le droit des gens*, 1758.

Charles DE VISSCHER, *Problèmes d’interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.

Francisco DE VITORIA, « The First Reliction on the Indians Lately Discovered », in *De Indis et de ivre belli relectiones* (in *Relectiones theologicæ XII*), 1539, réédité dans la collection « Classics of International Law Series », Institut Carnegie, Wahington, 1917, 475 p.

Emmanuel DECAUX, Václav MIKULKA, Alain PELLET (dir.), *Succession d’Etats, nationalité et minorités en Europe de l’Est*, Paris, Montchrestien, 1996, pp. 289-299.

Yoram DINSTEIN, « Self-Determination Revisited » in *International Law in an Evolving World, In Tribute to Professor Eduardo Jimenez de Arechaga*, Montevideo, Fondation de Cultura Universitaria, 1994, p. 245.

Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 8<sup>e</sup> édition, précis, Paris, Dalloz, 2006, 849 p.

René-Jean DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Charles Rousseau : la communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 75.

René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law » », *L’élaboration du droit international public*, Paris, Pedone, 1975, pp. 132 et suivantes.

Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londres, Dukworth / Harvard University Press, 1977, 308 p.

Walter R. ECHO-HAWK, *In the Light of Justice: The Rise of Human Rights in Native America and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Golden, Fulcrum Publishing, 2013, 352 p.



Asbjørn EIDE, « The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », Claire CHARTERS, Rodolfo STAVERNHAGEN (dir.), *Making the Declaration Work – The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, doc. n° 127, Copenhagen, I.W.G.I.A., 2009 (390 p.), pp. 32-46.

Richard A. FALK, *The Status of International Law in International Society*, Princeton University Press, 1970, 692 p.

Richard A. FALK, “To what extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral ?”, Antonio CASSESE, Joseph H. WEILER (dir.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1989, p. 137.

Luc FERRY et Alain RENAUT, *Philosophie politique*, collection « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2007, 609 p.

Johann G. FICHTE, *Discours à la nation allemande*, Berlin, 1807.

Debra FLETCHER, “Australian Native Title”, Janine HAYWARD, Nicola R. WHEEN (dir.), *The Waitangi Tribunal – Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi*, Wellington, Bridget Williams Books Limited, 2004 (272 p.), pp. 154-167.

Francesco FRANCONI, « International ‘soft law’: a contemporary assessment », Alan Vaughan LOWE, Malgosia FITZMAURICE (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, 1996 (684 p.), pp. 167-178.

Thomas M. FRANCK, Rosalyn HIGGINS, Alain PELLET, Malcolm N. SHAW, Christian TOMUSCHAT, « L’intégrité territoriale du Québec dans l’hypothèse de l’accession à la souveraineté », *Les attributs d’un Québec souverain*, tome 1, Assemblée nationale du Québec, Commission d’étude des questions afférentes à l’accession du Québec à la souveraineté, 1992, pp. 377-461, en anglais in Anne BAYEFESKY (dir.), *Self-Determination in International Law : Quebec and Lessons Learned*, La Haye, Kluwer Law, 2000, pp. 241-303.

Jérémy GILBERT, *Indigenous Peoples’ Land rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006, 349 p.

Emile GIRAUD, « Le droit positif – Ses rapports avec la philosophie et la politique, in *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant (Mélanges Basdevant)*, Paris, Pedone, 1960 (561 p.), pp. 210-236.

Hugo GROTIUS, *De jure praedae commentarius*, 1604.

Paul GUGGENHEIM, « Les deux éléments de la coutume en droit international », Charles ROUSSEAU (dir.), *La Technique et les principes du droit public : études en l’honneur de Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J., 1950 (2 tomes, 913 p.), pp. 275 et 280.

Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination – The Accommodation of Conflicting Rights*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Philadelphie, Presses de l’Université de Pennsylvanie, 1996, 552 p.

Raija HANSKI, Martin SCHEININ, *Leading Cases of the Human Rights Committee*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku, 2007, 506 p.

Rosalyn HIGGINS, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Oxford University Press, 1963, 423 p.

Rosalyn HIGGINS, « Comments », Catherine BRÖLMANN, René LEFEBER et Marjoleine ZIECK (dir.), *Peoples and Minorities in International Law*, Kluwer Law, 1993 (360 p.), p. 30.

Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 274 p.

Kamrul HOSSAIN, *The Human Rights Committee on Traditional Cultural Rights: the Case of the Arctic Indigenous Peoples*, Northern Institute for Environmental and Minority Law, Arctic Centre, University of Lapland, 2008, 14 p.

Michael R. HUDSON, *The Rights of Indigenous Populations in National and International Law: a Canadian Perspective*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université McGill, Institut de droit comparé, 1985, 295 p.

John P. HUMPHREY, “Political and Related Rights” in Theodor MERON (dir.), *Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984 (566 p.), p. 195.

Robert Yewdall JENNINGS, “Presentation by Sir Robert Jennings” in Connie PECK, Roy S. LEE (dir.), *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Court*, La Haye, Kluwer Law International incorporating Martinus-Nijhoff Publishers, 1997 (576 p.), p. 78.

Douglas M. JOHNSTON, « The Heritage of Political Thought in International Law », Ronald St. J. MACDONALD, Douglas M. JOHNSTON (dir.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Nijhoff, 1983 (1230 p.), pp. 179-226.

Benjamin KEEN, “The Legacy of Bartolomé de Las Casas”, *Essays in the Intellectual History of Colonial Latin America*, Colorado, Westview Press, 1998 (256 p.), pp. 57-69.

Hans KELSEN, *Principles of International Law*, 2<sup>e</sup> édition revue par Robert W. TUCKER, New-York, Holt, Rinehart et Winston, 1966, 602 p.

Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005 (paru initialement en 1989), 704 p.

Will KYMLICKA, “Beyond the Indigenous/Minority dichotomy?”, Stephen ALLEN, Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 183-208.

Fiodor I. KOJEVNIKOV, *Учебное пособие по международному публичному праву – Очерки* (“Tutoriel de droit international public – Essais”), Moscou, Юрид. Изд-во, МЮ СССР, 1947, 271 p.

Péter KOVÁCS, *International Law and Minority Protection – Rights of Minorities or Law of Minorities?*, Budapest, Akademiai Kiado, 2000, 174 p.

Milenko KREĆA, *Међународно јавно право («Droit international public»)*, 7<sup>e</sup> édition, Faculté de Droit de l’université de Belgrade, 2014, 824 p.

Maivân Clech LÂM, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, collection “Innovation in International Law”, Brill, Transnational Publishers, 2000, 258 p.

Lina LAURINAVIČIŪTĖ, « «Peoples»: The Perspective of International Public Law », *Jurisprudencija/Jurisprudence*, Université Mykolas Romeris, Vilnius, tome 20, n° 1, 2013, pp. 91-118.

Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Praeger, 1958, 408 p.

John Paul LEDERACH, *Building Peace: Sustainable Reconciliation in Divided Societies*, Washington, United States Institute of Peace, 1997, 208 p.

Brian D. LEPARD, *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, New-York, Cambridge University Press, 2010, 439 p.

M. F. LINDLEY, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law: Being a Treatise on the Law and Practice Relating to Colonial Expansion*, Londres, Longmans, Green & Co., 1926, pp. 10-47.

Igor I. LOUKACHOUK, *Международное право («Droit international»)*, 3<sup>e</sup> édition, Moscou, Wolters Kluwer Russia, 2005, 2 tomes, 432 p.

Iain C. MACGIBBON, “Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity”, in Bin CHENG (dir.), *International Law: Teaching and Practice*, London, Stevens & Sons, 1982 (287 p.), p. 17.

George MANUEL, Michael POSLUNS, *The Fourth World: An Indian Reality*, Ontario, Collier-Macmillan Canada, 1974, 294 p.

Myres S. McDOUGAL, Harold D. LASSWELL, Lung-chu CHEN, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980, 1040 p.

Edward W. McWHINNEY, *Judge Manfred Lachs and Judicial Law-Making – Opinions on the International Court of Justice, 1967-1993*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, 1995, 421 p.

Edward W. McWHINNEY, *Self-Determination of Peoples and Plural-Ethnic States in Contemporary International Law – Failed States, Nation-building and the Alternative, Federal Option*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 148 p. (article initial paru in *R.C.A.D.I.*, tome 294, 2002, pp. 167-264)

Jean-Baptiste MERLIN, *Le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones à travers le processus de redressement en Nouvelle-Zélande depuis 1975*, Mémoire pour l'obtention du diplôme, Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, 2009, 155 p.

Theodor MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 263 p.

Lidiya A. MODJORIAN, *Субъекты международного права («Sujets du droit international»)*, Moscou, Gosurizdat, 1958, 155 p.

Paul MOON, *Te Ara Ki Te Tiriti : The Path to the Treaty of Waitangi*, Auckland, David Ling Publishing, 2002, 228 p.

Talia NA'AMAT, Nina OSIN, Dina PORAT (dir.), *Legislating for Equality: A Multinational Collection of Non-Discrimination Norms*, tome II: Americas, Brill, 2013, 400 p.

Arthur NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations*, New-York, MacMillan, 1954, 372 p.

Vemund OLSEN, *Protecting Indigenous Peoples' Lands and Resources – The Role of the Constitutional Court of Colombia*, thèse de master, Oslo, Faculté de droit, mai 2006, 54 p.

Lassa F. L. OPPENHEIM (dir.), *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, Cambridge University Press, 1914, 736 p.

Melik ÖZDEN, Christophe GOLAY, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, Centre Europe-Tiers monde, 64 p.

Clive PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, 122 p.

Alain PELLET, « Nationalités et minorités dans l'ancienne Yougoslavie – Quelques aspects juridiques », *La Méditerranée, Espace de coopération*, ouvrage collectif en l'honneur du professeur Maurice Flory, Paris, Pedone, 1994, pp. 149-150.

Alain PELLET, « Individual Rights, Minority Rights, and Group Rights » in Ernest R. MAY, Ageliki E. LAIOU (dir.), *The Dumbarton Oaks Conversations and the United Nations, 1944-1994*, Washington D.C., Dumbarton Oaks Research Library, 1998, pp. 105-109.

Alain PELLET, "Article 38", Andreas ZIMMERMANN, Christian TOMUSCHAT, Karin OELLERS-FRAHM (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006 (1577 p.), pp. 677-792 (et 2<sup>e</sup> édition, 2012).

Alain PELLET, « What Normativity for the Responsibility to Protect ? », Anne-Laure CHAUMETTE, Jean-Marc THOUVENIN (dir.), *La responsabilité de protéger, dix ans après – The Responsibility to Protect, ten years on*, Actes du Colloque du 14 novembre 2011, Paris, Pedone, 2013 (204 p.), pp. 185-191.

Alain PELLET, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, collection 'Doctrine(s)', Paris, Pedone, 2014, 364 p.

Michla POMERANCE, *Self-Determination in Law and Practice – The New Doctrine in the United Nations*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, 154 p.

Gerald J. POSTEMA, « Custom in International Law: A Normative Practice Account », in Amanda PERREAU-SAUSSINE et James Bernard MURPHY (dir.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, 2007 (348 p.), pp. 279-306.

Elvira PULITANO (dir.), *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, New-York, Cambridge University Press, 2012, 370 p.

John B. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), Harvard, Harvard University Press, édition révisée, 1999, 560 p.

John B. RAWLS, *The Law of Peoples*, Harvard, Harvard University Press, 1999, 208 p.

Ernest RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? » (discours à la Sorbonne, 1882), *Discours et conférences*, Paris, 1887.

Paul REUTER, « Quelques réflexions sur la notion de « pratique internationale », spécialement en matière d'organisations internationales », *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milan, Giuffrè, 1984, pp. 187-207.

Paul REUTER, Jean COMBACAU, *Institutions et relations internationales*, 3<sup>e</sup> édition, collection « Thémis », Paris, Presses universitaires de France, 1985, 585 p.

Luis RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law – The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford University Press, 2005, 432 p.

Douglas A. ROSS, Edward W. McWHINNEY, Grigory I. TUNKIN, *From Coexistence to Cooperation : International Law and Organization in the Post Cold-War Era*, Martinus Nijhoff Publishers (Kluwer Law International), 1992, 312 p.

Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, 432 p.

Michael P. SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge University Press, 2013, 240 p.

Martin SCHEININ, « What are Indigenous Peoples ? », Nazila GHANEA et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Minorities, Peoples and Self-Determination : Essays in Honour of Patrick Thornberry*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, pp. 3-13.

Henry G. SCHERMERS, *International Institutional Law*, 2<sup>e</sup> édition, La Haye, Nijhoff, 1980, 1054 p.

Brian SLATTERY, *The Land Rights of Indigenous Canadian Peoples, as affected by the Crown's Acquisition of their Territories*, thèse de doctorat, université d'Oxford, Wadham College, 1979, 481 p.

Rodolfo STAVENHAGEN, “Self-Determination: Right of Demon?”, Donald CLARK, Robert G. WILLIAMSON (dir.), *Self-Determination: International Perspectives*, New-York, St Martin's Press, 1996 (443 p.), pp. 1-11.

Henry J. STEINER, Philip ALSTON, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 1245 p.

Lisa STRELEIN, *Compromised Jurisprudence: Native Title Cases since Mabo*, 2<sup>e</sup> édition, 2009, Canberra, Aboriginal Studies Press, 232 p.

James SUMMERS, *Peoples and International Law*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Leiden, Brill, 2014, 629 p.

Blaise TCHIKAYA, *Mémento de la jurisprudence du droit international public*, 4<sup>e</sup> édition, série « Les fondamentaux », n° 131, Paris, Hachette, 2007, 160 p.

Hugh W. A. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leiden, Stijhoff, 1972, 158 p.

Patrick THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Patrick THORNBERRY, “Minority Rights”, *R.C.A.D.E.*, tome VI, n° 2, 1995, pp. 307-390.

Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002, 484 p.

Patrick THORNBERRY, “Integrating the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into CERD practice”, Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 61-91.

Peter TOMKA, « The Judge and International Custom », C.A.H.D.I., Conseil de l’Europe, 19-20 septembre 2012, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, p. 12, et “Custom and the International Court of Justice” dans le même recueil.

Christian TOMUSCHAT, « Self-Determination in a Post-colonial World », Christian TOMUSCHAT (dir.), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993 (360 p.), pp. 1-20.

David M. TRABOULAY, *Columbus and Las Casas: The Conquest and Christianization of America, 1492-1566*, Maryland, University press of America, 1994, 226 p.

Gillian TRIGGS, « The Rights of Peoples and Individual Rights: Conflict or Harmony ? », in James CRAWFORD (dir.), *The Rights of Peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (236 p.), pp. 141-157.

Mukhamedzhan Tynyshpaevich TYNYSHPAEV, *Материалы к истории киргиз-казахского народа* (« Documents historiques du peuple kirghizo-kazakh »), Tachkent, 1925.

Ieva VEZBERGAIË, *Remedial Secession as an Exercise of the Rights to Self-Determination of Peoples*, thèse de master sous la direction de Hurst Hannum, Budapest, Central European University, 2011, 104 p.

Mark Eugen VILLIGER, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2<sup>e</sup> édition, 1997, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, 346 p.

Michel VIRALLY, « A propos de la *lex ferenda* », *Le Droit international, unité et diversité – Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, pp. 519-533.

Michel VIRALLY, « Résolution et accord international », Jerzy MAKARCZYK (dir.), *Etudes de droit international en l’honneur du Juge Manfred Lachs*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984 (763 p.), pp. 299-306.

Samuel VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1672.

Emmanuel VOYIAKIS, “Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law?”, Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 209-223.

Christian WALTER, « Postscript: Self-Determination, Secession and the Crimean Crisis 2014 », Christian WALTER, Antje VON UNGERN-STERNBERG, Kavus ABUSHOV (dir.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford University Press, 2014 (336 p.), pp. 293-311.

Marc WELLER, *Escaping the Self-Determination Trap*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 224 p.

Nigel D. WHITE, *The Law of International Organizations*, 2<sup>e</sup> édition, Manchester University Press, 2005, 242 p.

David E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, Presses de l'Université du Texas, 1997, 405 p.

Karol WOLFKE, *Custom in Present International Law*, 2<sup>e</sup> édition révisée, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 213 p.

Alexandra XANTHAKI, *Indigenous rights and United Nations Standards – Self-Determination, Culture and Land*, New-York, Cambridge University Press, 2007, 360 p.

Simon YOUNG, *The Trouble with Tradition – Native Title and Cultural Change*, Sydney, The Federation Press, 2008, 483 p.

### Articles, rapports

Mattias ÅHRÉN, Martin SCHEININ, John B. HENRIKSEN, “The Nordic Convention: International Human Rights, Self-Determination and other Central Provisions”, *Journal of Indigenous Peoples' Rights “Gáldu Čála”*, n° 3/2007, 109 p.

Michael Barton AKEHURST, « Custom as a Source of International Law », *B.Y.I.L.*, tome 47-1, 1975, pp. 1-53.

James ANAYA, “A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, tome 3, n° 1, printemps 1993, p. 131.

James ANAYA, Siegfried WIESSNER, “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment”, *Jurist – Legal News & Research*, 3 octobre 2007.

Dionisio ANZILOTTI, « Competenza di Tribunali italiani in confronti di Stati esteri » (« Compétence des tribunaux italiens vis-à-vis des Etats étrangers »), *Guirispudenza Italiana*, n° 46, 12 mars 1894, reproduit in *Studi di diritto processuale internazionale e di filosofia del diritto*, Société italienne pour l'Organisation internationale, Padoue, CEDAM, 1963, pp. 9-30.

Gaetano ARANGIO-RUIZ, “The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations”, *R.C.A.D.I.*, n° 137, 1972-III, Leyden, Stijhoff, 1974, pp. 419-742.

Julio A. BARBERIS, « Réflexions sur la coutume internationale », *A.F.D.I.*, tome 36, 1990, pp. 9-46.

Alice et Dennis BARTELS, « Soviet Policy Toward Native People: Something Different », manuscript de la *collection Shingwauk* (Shingwauk SP 126), Sault Ste Marie, Ontario, Algoma University College, 1986.

Richard R. BAXTER, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law », *B.Y.I.L.*, n° 41, 1965-1966, pp. 275-300.

Richard R. BAXTER, « Treaties and Custom », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, tome 129, p. 25.

Richard R. BAXTER, « International Law in Her Infinite Variety », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 29, 1980, pp. 549-566.

Jason A. BECKETT, « Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law », *J.E.D.I.*, tome 12, n° 4, 2001, pp. 627-650.

David J. BEDERMAN, « Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, tome 21, n° 31, 2010, pp. 31-45.

Florence BENOÎT-ROHMER, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Rev. trim. dr. h.* n° 51, juillet 2002, pp. 563-586.

Herbert W. BRIGGS, « The Colombian-Peruvian Case and Proof of Customary International Law », *A.J.I.L.*, n° 45, 1951, p. 708.

Lisl BRUNNER, Karla QUINTANA, « The Duty to Consult in the Inter-American System: Legal Standards after Sarayaku », *A.S.I.L. Insights*, tome 16, n° 35, 28 novembre 2012.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, « The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, tome 1, n° 3, 2012, pp. 8-59.

Jonathan I. CHARNEY, « The persistent objector rule and the development of customary international law », *B.Y.I.L.*, tome LVI, 1985, pp. 1-24 .

Jean CHARPENTIER, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et le droit international positif », *R.Q.D.I.*, tome 2, 1985, pp. 195-213.

Charles CHAUMONT, « Méthode d'analyse du droit international », *R.B.D.I.*, 1975-I, pp. 33-37.

Charles CHAUMONT, « Le droit des peuples à témoigner d'eux-mêmes », *Annuaire du Tiers-Monde*, n° II, 1975-1976, pp. 15-31.

Arkadi CHERKASOV, « The Native Population of the Soviet North: Language, Education and Employment », *Musk-Ox*, n° 30, 1982, p. 67.

Jeff CORNTASSEL, « Toward Sustainable Self-Determination: Rethinking the Contemporary Indigenous-Rights Discourse », *Alternatives*, tome 33, 2008, pp. 105-132.

Anna COWAN, « UNDRIP and the Intervention: Indigenous Self-Determination, Participation, and Racial Discrimination in the Northern Territory of Australia », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, tome 22, n° 2, mars 2013, pp. 247-310.

Peter CROOK, « After Adong: The Emerging Doctrine of Native Title in Malaysia », *Journal of Malaysian and Comparative Law*, tome 32, n° 1, 2005, p. 71.



Anthony D'AMATO, « Customary International Law: A Reformulation », *International Legal Theory*, n° 4, 1998, pp. 1-6.

Anthony A. D'AMATO, « A Few Steps Toward an Explanatory Theory of International Law », *Faculty Working Papers*, n° 90, Chicago, Northwestern University School of Law, 2010, pp. 5-6 ; *Santa Clara Journal of International Law*, n° 7, 2010, pp. 1-23.

André DA ROCHA FERREIRA, Crístieli CARVALHO, Fernanda GRAEFF MACHRY, Pedro BARRETO VIANNA RIGON, “Formation and Evidence of Customary International Law”, C.D.I., *UFRGS Model United Nations Journal*, tome 1, 2013, pp. 182-201.

Erica-Irene A. DAES, “Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, tome 3, n° 1, printemps 1993, p. 1.

Erica-Irene A. DAES, « An overview of the history of indigenous peoples: self-determination and the United Nations », *Cambridge Review of International Affairs*, tome 21, n° 1, mars 2008, pp. 7-26.

Sandra C. DANFORTH, « Repaying Historical Debts: The Indian Claims Commission », *North Dakota Law Review*, n° 49 (hiver 1973), 1975, p. 390.

Hans DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *R.B.D.I.*, tome 2, 1997, Bruxelles, Bruylant, pp. 607-634.

Yves DAUDET, « La codification de la coutume », *Juris-classeur international*, 1974, révision en 1991.

Megan DAVIS, “Indigenous Struggles in Standard-setting: the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*”, *Melb. J.I.L.*, tome 9, n° 2, octobre 2008, pp. 439-471.

Megan DAVIS, “To Bind or not to Bind: The *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* Five Years On”, *Australian International Law Journal*, tome 19, n° 3, 2012, pp. 17-48.

Charles DE VISSCHER, « La codification du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1925-I, tome 6, pp. 325-455.

Jacques DEHAUSSY, « Sources du droit international – Introduction générale », *J.Cl.D.I.*, fasc. 10, n° 7.

Galina DIATCHKOVA, « Indigenous Peoples of Russia and Political History », *The Canadian Journal of Native Studies*, tome XXI, n° 2, 2001, pp. 217-233.

Yoram DINSTEIN, “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, *R.C.A.D.I.*, tome 322, 2006, pp. 243-428.

Ariel E. DULITZKY, « When Afro-Descendants became « Tribal Peoples »: the Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities », *U.C.L.A. Journal of International Law and Foreign Affairs*, tome 15, n° 1, printemps 2010, p. 29.

Patrick DUMBERRY, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, tome 59, juillet 2010, pp. 779-802.

Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *R.Q.D.I.* (Hors-série), 2007, pp. 245-268.

Olufemi ELIAS, “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, *The Denning Law Journal*, tome 6, n° 1, 1991, pp. 37-51.

André EMOND, « Le sable dans l’engrenage du droit inhérent des autochtones à l’autonomie gouvernementale » in *Revue Juridique Thémis*, Montréal, tome 30, n° 1, 1996, pp. 89-112.

Ulrich FASTENRATH, « Relative Normativity in International Law », *J.E.D.I.*, n° 4, 1993, pp. 305-340.

Luigi FERRARI BRAVO, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, *R.C.A.D.I.*, tome 192, 1985, pp. 233-330.

Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law », *B.Y.I.L.*, tome 30, 1953, pp. 1-70.

Malgosia FITZMAURICE, “The Sámi People: Current Issues Facing an Indigenous People in the Nordic Region”, Martti KOSKENNIEMI (dir.), *Finnish Yearbook of International Law*, tome 8, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 200-243.

Giorgio GAJA, « Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti », *J.E.D.I.*, n° 3, 1992, pp. 123-138.

Kinga GÁL, « Bilateral Agreements in Central and Eastern Europe : A New Inter-State Framework for Minority Protection? », Working Paper n° 4, Flensburg, European Centre for Minority Issues, mai 1999.

François GARDE, “Sur l’article 75: les autochtones et la République”, *Revue française de droit administratif*, n° 1, janvier-février 1999, pp. 1-13.

Mary Ann GLENDON, “The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, tome 2, n° 1, printemps 2004, pp. 1-19.

Jack L. GOLDSMITH, Eric A. POSNER, “A Theory of Customary International Law”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 63*, Faculté de Droit, Université de Chicago, 82 p.

Lorie M. GRAHAM, Siegfried WIESSNER, « Indigenous Sovereignty, Culture and International Human Rights Law », *South Atlantic Quarterly*, tome 110, n° 2, printemps 2009, pp. 403-427.

Andrew T. GUZMAN, « Saving Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, n° 27, 2005, p. 115.

Peter HAGGENMACHER, « La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale », *R.G.D.I.P.*, tome 90, 1986, pp. 5-125.

Hurst HANNUM, “Rethinking self-determination”, *Va. J. Int. L.*, tome 34, n° 1, 1993, p. 3.

Hurst HANNUM, “The Right of Self-Determination in the Twenty-First Century”, *Washington and Lee Law Review*, tome 55, n° 3, 1998, pp. 773-780.

Karl S. HELE, "Native People and the Socialist State: The Native Populations of Siberia and their Experience as part of the Union of Soviet Socialist Republics", *Université de Brandon, Canadian Journal of Native Studies*, tome 14, n° 2, 1994, pp. 251-272.

Bonar Ludwig HERNANDEZ, "The Las Casas-Sepúlveda Controversy: 1550-1551", *Ex Post Facto*, journal des étudiants en Histoire de l'université d'Etat de San Francisco, tome X, 2001, pp. 95-104.

Rosalyn HIGGINS, « The United Nations and law-making: the political organs », *A.J.I.L.*, n° 64, 1970, pp. 37-48.

Richard F. IGLAR, « The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede », *Boston College International and Comparative Law Review*, tome 15, 1992, pp. 213-239.

Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, tome 159, pp. 1-343.

Stéphane N. JOBIN, « Les traités et conventions des nations autochtones du Québec en droit international et constitutionnel », *R.Q.D.I.*, tome 6, n° 1, 1989-1990, p. 62.

Hans KELSEN, "Théorie du droit international coutumier", *Revue internationale de la théorie du droit*, n° 1, 1939, p. 253.

Yann KERBRAT, « Aspects de droit international général dans la pratique des comités établis au sein des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme (2006-2007) », *A.F.D.I.*, tome 53, Paris, C.N.R.S. Editions, 2007, pp. 584-607.

Frederic L. KIRGIS, « Custom on a Sliding Scale », *A.J.I.L.*, n° 81, 1987, pp. 146-151.

Frederic L. KIRGIS, « Fuzzy Logic and the Sliding Scale Theorem », *Alabama Law Review*, tome 53, n° 2, 2002, pp. 421-461.

Lazare KOPELMANAS, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *B.Y.I.L.*, n° 18, 1937, pp. 127-151.

Hersch LAUTERPACHT, "Codification and Development of International Law", *A.J.I.L.*, tome 49, n° 1, janvier 1955, pp. 16-43.

Dylan LINO, « The Politics of Inclusion: The Right of Self-Determination, Statutory Bills of Rights and Indigenous Peoples », *Melbourne University Law Review*, tome 34, 2010, pp. 839-869.

Iain C. MacGIBBON, "The Scope of Acquiescence in International Law", *B.Y.I.L.*, tome 31, 1954, pp. 143-186.

Iain C. MacGIBBON, "Customary International Law and Acquiescence", *B.Y.I.L.*, tome 33, 1957, pp. 115-145.

Iain C. MacGIBBON, "Estoppel in International Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, tome 7, n° 3, juillet 1958, pp. 468-513.

Greg MARKS, « Sovereign States vs Peoples: Indigenous Rights and the Origins of International Law », *Australian International Law Reporter*, tome 5, n° 2, 2000, p. 3.

Antoine MEKINDA BENG, “Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes dans la conjoncture institutionnelle actuelle des Etats du Tiers-Monde en mutation”, *Rev. trim. dr. h.*, n° 58, avril 2004, pp. 503-526.

Maurice H. MENDELSON, « The Formation of Customary International Law », *R.C.A.D.I.*, 1998-II, tome 272, pp. 155-410.

María Augusta León MORETA, “The right to Self-Determination”, in *IUCN Rights-Based Approach to Conservation*, Gland, Union internationale pour la conservation de la nature (I.U.C.N.).

Andrea MUEHLEBACH « « Making Place » at the United Nations : Indigenous Cultural Politics at the U.N. Working Group on Indigenous Populations », *Cultural Anthropology*, tome 16, n° 3, août 2001, pp. 415-448.

John T. MUGAMBWA, “Judicial assault on the citadel of undefeasibility of title under the Papua New Guinean Torrens system of conveyance”, *Journal of South Pacific Law*, tome 5, 2001.

Stanislaw NAHLIK, « Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : unicité ou dualité ? », *A.F.D.I.*, tome 24, 1978, n° 20, pp. 9-27.

Alexander ORAKHELASHVILI, « Natural Law and Customary Law », *Z.a.ö.R.V.*, tome 68, 2008, pp. 69-110.

Caroline L. ORLANDO, « Aboriginal Title Claims in the Indian Claims Commission: *United States v. Dann* and Its Due Process Implications », *Boston College Environmental Affairs Law Review*, tome 13, 1986, pp. 242, 246.

Jo PASQUALUCCI, « International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Wisconsin International Law Journal*, tome 27, 2009, pp. 51-98.

Alain PELLET, « Le « bon droit » et l’ivraie – plaidoyer pour l’ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », *Mélanges offerts à Charles Chaumont – Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes : méthodes d’analyse du droit international*, Paris, Pedone, 1984, pp. 465-493.

Alain PELLET, « Qui a peur du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes ? », *Critique socialiste*, 1984, pp. 89-104.

Alain PELLET, « Notes sur la Commission d’arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *A.F.D.I.*, tome 37, 1991, pp. 331-348.

Alain PELLET, « Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l’économie et du développement », *Thesaurus Acroasium*, tome XIX (Sources of International Law), 1992 (Cours à l’Institut de droit international public et des relations internationales de Thessalonique, septembre 1988), pp. 291-355.

Alain PELLET, « The Normative Dilemma – Will and Consent in International Law », rapport au colloque de Canberra, 1990, *Australian Yearbook of International Law*, tome 12, 1992, pp. 22-53.

Alain PELLET, « The Opinions of the Badinter Arbitration Committee – A Second Breath for the Self-Determination of Peoples », *J.E.D.I.*, tome 3, n° 1, 1992, pp. 178-185.

Alain PELLET, « L'activité de la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie », *A.F.D.I.*, tome 38, 1992, pp. 220-238.

Alain PELLET, « Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ? » in *Le droit international dans un monde en mutation*, Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1995, pp. 255-276.

Alain PELLET, « La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies », *J.E.D.I.*, tome 6, n° 3, 1995, pp. 401-425.

Alain PELLET, « Le droit international à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle (la société internationale contemporaine – Permanences et tendances nouvelles), cours fondamental, *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international* (Castellón), tome I, 1997, Pampelune, Aranzadi, 1998, pp. 19-112.

Anne PETERS, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty”, *J.E.D.I.*, tome 20, n° 3, 2009, pp. 513-544.

Niels PETERSEN, « Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation », *American University International Law Review*, tome 23, n° 2, 2007, pp. 275-310.

Niels PETERSEN, [critique d'ouvrage], *J.E.D.I.*, tome 21, 2010, pp. 795-797.

Gerald J. POSTEMA, « Custom, Normative Practice, and the Law », *Duke Law Journal*, tome 62, 2012, pp. 707-738.

Sébastien RAMU, « Le statut de minorités au regard du pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Rev. trim. dr. h.*, n° 51, 2002, p. 590.

Joseph RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *Yale Law Journal*, n° 81, 1972, pp. 823-854.

Kristina ROEPSTORFF, “Self-Determination of Indigenous Peoples within the Human Rights Context: A Right to Autonomy?”, *Law and Development Papers*, 46 p.

Milan ŠAHOVIĆ, « Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats », *R.C.A.D.I.*, 1972-III, tome 137, La Haye, Leyde, 1974, pp. 242-310.

Milan ŠAHOVIĆ, « Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1986-IV, tome 199, pp. 171-232.

Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, commentaire de jurisprudence approfondi (arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 2010), *J.D.I.*, Clunet, Paris, n° 3, juillet 2011.

Oscar SCHACHTER, « International Law in Theory and Practice – General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982-V, tome 178, pp. 9-395.

Oscar SCHACHTER, *Annuaire de l'I.D.I.*, 61-I, 1985, p. 284.

Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, “Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties”, *Revue d'études constitutionnelles*, tome IV, n° 2, 1998, pp. 239-289.

Stephen M. SCHWEBEL, “The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law”, *ASIL Proceedings*, n° 73, 1979, p. 301.

Lee Joseph Marshall SEYMOUR, “Self-Determination as Hierarchy: Unbundling Authority in Secessionist Conflicts”, Université de Leiden, 2007, 42 p.

Malcolm N. SHAW, « Peoples, Territorialism and Boundaries », *J.E.D.I.*, tome 8, n° 3, 1997, pp. 478-507.

Bruno SIMMA, « International Human Rights and General International Law : A Comparative Analysis », *R.C.A.D.E.*, tome 4, n° 153, 1993, p. 216.

Krzysztof SKUBISZEWSKI, « L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non-conventionnels à fonction ou à vocation normative », *Annuaire de l'I.D.I.*, tome 61-I, 1985, pp. 29-358.

Emmanuel SPIRY, « From « Self-Determination » to a Right to « Self-Development » for Indigenous Groups », *German Yearbook of International Law*, n° 38, 1995, pp. 128-152.

Serge SUR, « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *DROITS, Revue française de théorie juridique*, Centre Thucydide, 6 mars 2006.

John TATE, « The Three Precedents of Wi Parata », *The Canterbury Law Review*, tome 10, n° 2, Christchurch, 2004, pp. 273-308.

Victoria Lucia TAULI-CORPUZ, « Thirty Years of Lobbying and Advocacy by Indigenous Peoples in the International Arena », *Indigenous Affairs*, I.W.G.I.A. n°1, 1999, Copenhague, pp. 1-4.

Hugh W. A. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-1989 », Partie II, *B.Y.I.L.*, n° 61, 1990, 43 n. 161.

Alexandra TOMASELLI, “Autonomía Indígena Originaria Campesina in Bolivia: Realizing the Indigenous Autonomy?”, *European Diversity and Autonomy Papers* No 01/2012, Académie européenne de Bozen (E.U.R.A.C.), 2012, p. 21.

Joel P. TRACHTMAN, “Persistent Objectors, Cooperation, and the Utility of Customary International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, tome 21, 2010, pp. 221-233.

Grigory I. TUNKIN, « Is General International Law Customary Law Only ? », *J.E.D.I.*, tome 4, n° 1, 1993, p. 534-541.

Michael C. VAN WALT VAN PRAAG, Onno SEROO (dir.), *The Implementation of the Right to Self-Determination as a contribution to Conflict Resolution*, Rapport de la Conférence internationale d'experts tenue à Barcelone du 21 au 27 novembre 1998, Barcelone, U.N.E.S.C.O., 1999, 288 p.

Jure VIDMAR, “Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice”, *St Anthony's International Review* 6, n° 1, 2010, Université d'Oxford, 20 p.

Michel VIRALLY, “La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique”, *Annuaire de l’I.D.I.*, tome 60-I, 1983, pp. 166-374 ; tome 60-II, pp. 117-154.

Sir Humphrey M. WALDOCK, « The « Common Law » of the International Community – International Custom », cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 1962-II, tome 106, pp. 1-252.

Mark D. WALTERS, « Mohegan Indians v. Connecticut (1705-1773) and the Legal Status of Aboriginal Customary Laws and Government in British North America », *Osgoode Hall Law Journal*, tome 34, n° 4, 1995, pp. 785-829.

Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, n° 86, 1982, pp. 5-47 et « Towards Relative Normativity in International Law ? », *A.J.I.L.*, tome 77, 1983, pp. 413-442.

Marc WELLER, “The Rambouillet Conference on Kosovo”, *International Affairs*, tome 75, avril 1999, p. 2.

Marc WELLER, « Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments », *J.E.D.I.*, tome 20, n° 1, 2009, pp. 111-165.

Siegfried WIESSNER, « Indigenous Sovereignty: A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, tome 41, 2008, pp. 1141-1176.

Siegfried WIESSNER, “La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones”, bibliothèque audiovisuelle de droit international des Nations Unies, 2009, 8 p.

Stefan WOLFF, « Conflict Management in Divided Societies: The Many Uses of Territorial Self-Governance », *International Journal on Minority and Group Rights*, tome 20, n° 1, 2013, pp. 27-50.

Rüdiger WOLFRUM, « The Protection of Indigenous Peoples in International Law », *Z.a.ö.R.V.*, tome 59, 1999, p. 369.

Athanasios YUPSANIS, “The International Labour Organization and Its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, *Annuaire canadien de droit international*, tome 49, n° 1, 2011, pp. 117-176.

Maxim ZADORIN, *Theme 5. Russian Legislation on Indigenous Peoples*, Arkhangelsk, R.A.I.P.O.N. et Northern Arctic Federal University, 2012, 26 p.

*United Nations Documents on the Development and Codification of International Law*, supplément à l’*A.J.I.L.*, tome 41, n° 4, octobre 1947, 150 p.

*Rapport final*, Comité sur la formation du droit international coutumier (général), A.D.I., Conférence de Londres, 69<sup>e</sup> session, 25-29 juillet 2000, sous la présidence de Maurice H. MENDELSON (Royaume-Uni), 66 p. ; et la résolution n° 16/2000 du 29 juillet 2000 sur la formation du droit international coutumier général accompagnant le rapport (*Déclaration de principes applicables à la formation du droit international coutumier général*).

*Indigenous Affairs n° 3/01 – Self-determination*, I.W.G.I.A., 4<sup>e</sup> trimestre 2001, 68 p.

*The Responsibility to Protect*, rapport de la Commission internationale sur l'intervention et la souveraineté de l'Etat (I.C.I.S.S.), décembre 2001, 108 p.

*Rapport intérimaire*, Comité sur les droits des peuples autochtones, A.D.I., Conférence de La Haye, 74<sup>e</sup> session, 2010, 52 p., sous la présidence de Siegfried WIESSNER (Etats-Unis d'Amérique), et résolution accompagnant le rapport.

*Rapport final*, Comité sur les droits des peuples autochtones, A.D.I., Conférence de Sofia, 75<sup>e</sup> session, 26-30 août 2012, 32 p., et la résolution n° 5/2012 sur les droits des peuples autochtones accompagnant le rapport.

James CRAWFORD, « The Identification and Development of Customary International Law », discours principal de la Conférence de printemps de la section anglaise de l'A.D.I., (« Foundations and Futures of International Law »), 23 mai 2014, 15 p.

*The Origins of the Māori Seats*, Parliamentary Library Research Paper, Bibliothèque parlementaire, novembre 2003 (mis à jour en mai 2009), 32 p.

*United States Indian Claims Commission: Final Report – August 13, 1946 – September 30, 1978*, Bureau d'impression du Gouvernement américain, 1979, 141 p.

*State of the World's Minorities and Indigenous Peoples – 2014*, Minority Rights' Group International

*The Indigenous World 2011*, Copenhague, I.W.G.I.A. 2011, 548 p.

*The Indigenous World 2012*, Copenhague, I.W.G.I.A., 2012, 591 p.

*The Indigenous World 2013*, Copenhague, I.W.G.I.A., 2013, 531 p.

*Fiche d'information : les traités conclus avec les Autochtones au Canada*, Ministère des Affaires Autochtones et Développement du Nord Canada, février 2010.

*Tribal Courts: A Question of Jurisdiction*, rapport de l'Iowa Civic Analysis Network (I-CAN), Université de l'Iowa, octobre 2006, 5 p.

## **Sites internet**

Date de dernière consultation : 20 novembre 2014

Cour européenne des droits de l'homme : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Cour interaméricaine des droits de l'homme : [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

Cour internationale de Justice : [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

Commission du droit international : [www.un.org/law/ilc](http://www.un.org/law/ilc)

Conférence mondiale sur les peuples autochtones : [wcip2014.org](http://wcip2014.org)



Haut-Commissariat aux droits de l'homme : [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) (accès à la page du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones)

Organisation des Nations Unies : [www.un.org](http://www.un.org) (accès aux pages des organes principaux et subsidiaires de l'O.N.U., dont notamment l'Instance permanente sur les questions autochtones ; accès à la page de l'Assemblée générale consacrée à la Conférence mondiale sur les peuples autochtones ; accès au moteur de recherche de documents des Nations Unies)

Organisation internationale du Travail : [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones : [unsr.jamesanaya.org](http://unsr.jamesanaya.org) et [unsr.vtaulicorpuz.org](http://unsr.vtaulicorpuz.org)

## TABLE DES MATIÈRES

Note liminaire .....	3
Résumé plurilingue .....	4
Sommaire .....	8
Remerciements.....	9
Abréviations et sigles .....	10
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	14
PARTIE I.. LA PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LE PROCESSUS DE SON ÉLABORATION.....	34
Introduction .....	35
Titre 1 – Identification de la pratique : la pratique étatique avant le processus d’élaboration de la <i>D.N.U.D.P.A.</i> .....	36
Introduction.....	36
Chapitre 1 – Précédents étatiques et d’organisations internationales .....	37
Section 1 – Comportements internes des Etats .....	38
§1 – Comportements juridiquement obligatoires.....	40
A – Jurisprudences internes.....	40
B – Législations internes .....	63
§2 – Comportements politiques .....	73
A – Politiques publiques en matière autochtone .....	74
B – Mécanismes non-juridiques en matière autochtone .....	75
Section 2 – Comportements internationaux .....	77
§1 – Traités concernant ou conclus avec les peuples autochtones.....	77
A – Traités internationaux d’arbitrage concernant les peuples autochtones.....	78
B – Statut des traités conclus avec les peuples autochtones .....	79
C – Les dispositions des traités conclus avec les peuples autochtones.....	82
§2 – Comportements conventionnels et institutionnels internationaux .....	87
A – La Convention n° 107 de l’O.I.T. ....	88
B – Evolution de la notion d’autodétermination : développements internationaux.....	95
Chapitre 2 – La portée de la pratique .....	108
Section 1 – Les inconséquences initiales de la pratique en l’espèce .....	108
§1 – Un manque de cohérence de la pratique .....	109
A – Nuances de comportements contraires .....	109
B – Appréciation de la constance .....	123
§2 – La pratique comme construction rétrospective .....	131

A – Identification de la pratique et administration de la preuve.....	131
B – Le caractère ordonnateur de l' <i>opinio juris</i> .....	133
Section 2 – Structuration partielle de la pratique .....	135
§1 – L'effet entraînant de précédents isolés .....	135
A – Le système de <i>Common Law</i> comme stimulant la répétition des précédents .....	136
B – L'incidence des attentes comportementales.....	137
§2 – Convergence progressive des pratiques et premières traces d' <i>opinio juris</i> .....	139
A – Une institutionnalisation du processus coutumier à plusieurs niveaux.....	139
B – Dépassement de l'unanimité et rôle des principes éthiques .....	142
Conclusion.....	148
Titre 2 – De la pratique à la systématisation conceptuelle : le processus d'élaboration de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones .....	150
Introduction .....	150
Chapitre 1 – Le processus de négociation : affermissement de l' <i>opinio juris</i> .....	155
Section 1 – L'émergence de principes articulés comme expression d'une <i>opinio juris</i> .....	157
§1 – Evolution de la notion d'autodétermination au cours des négociations : la recherche d'un compromis novateur .....	157
A – Tentatives de définition de la notion de « peuple autochtone ».....	158
B – Evolution du droit à l'autodétermination des peuples autochtones au cours des sessions du Groupe de travail jusqu'à l'adoption du projet de Déclaration de 1993.....	166
§2 – Déclarations et prises de position des Etats autour de l'évolution de l'autodétermination autochtone.....	214
A – Un manque d'unité et de cohérence .....	215
B – La réduction progressive de l'hostilité étatique .....	219
Section 2 – Le rôle accru de l' <i>opinio juris</i> dans le processus coutumier en l'espèce.....	233
§1 – Assise du processus d'élaboration de la Déclaration sur une pratique existante limitée .....	234
A – Le Groupe de travail sur les populations autochtones : le cadre de l' <i>opinio juris</i> .....	235
B – Le Groupe de travail chargé d'élaborer un projet de Déclaration sur les droits des peuples autochtones : maturation de l' <i>opinio juris</i> et isolement de l'opposition.....	237
§2 – Autres développements internationaux contribuant à renforcer l' <i>opinio juris</i> : création d'attentes pour l'avenir .....	239
A – Consolidation du cadre institutionnel au sein de l'O.N.U. ....	240
B – La Convention n° 169 de l'O.I.T. et le processus coutumier.....	243
C – Autres développements de nature à affecter le processus coutumier.....	245
Chapitre 2 – L'influence de l'institutionnalisation des activités normatives concernant les peuples autochtones sur le processus coutumier.....	247
Section 1 – Affermissement de l' <i>opinio juris</i> au plan institutionnel et systématisation de la pratique des Etats .....	247
§1 – Jurisprudence et supervision internationales .....	248
A – Jurisprudence internationale.....	248

B – Activités de supervision internationale .....	253
§2 – Une cohérence accrue de la pratique des Etats .....	255
A – Des comportements étatiques internes déterminés par la consolidation de l' <i>opinio juris</i> au sein du processus d'élaboration de la Déclaration .....	256
B – Une manifestation éclatée de la pratique .....	264
Section 2 – Dynamiques institutionnelles et incitation envers les Etats à clarifier et à juridiciser leur position : affermissement de l' <i>opinio juris</i> .....	272
§1 – Publicisation des comportements et <i>opinio juris</i> .....	273
A – Rôle de la publicisation des comportements étatiques : responsabilisation des Etats .....	273
B – Le résultat de la responsabilisation : l'émergence et l'affermissement d'une <i>opinio juris</i> .....	276
§2 – Processus institutionnel, société civile et remise en cause de la primauté des Etats .....	277
A – Remise en cause de la primauté des Etats par le jeu institutionnel .....	277
B – Remise en cause de la primauté des Etats par les acteurs de la société civile.....	283
Conclusion.....	286
PARTIE II..... L'ADOPTION DE LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES ET LES DÉVELOPPEMENTS ULTÉRIEURS : PASSAGE DANS LA <i>LEX LATA</i> .....	288
Introduction .....	289
Titre 1 – Cristallisation des standards <i>de lege ferenda</i> : l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.....	291
Introduction .....	291
Chapitre 1 – Le droit à la lumière des dispositions de la Déclaration : l'articulation d'un droit des peuples autochtones à l'autodétermination interne.....	291
Section 1 – Le droit à l'autodétermination interne des peuples autochtones comme droit-cadre .....	292
§1 – Structure et contenu de ce droit général.....	292
A – Les peuples autochtones : des peuples au sens du droit international .....	293
B – Déploiement, contenu et portée du droit des peuples autochtones à l'autodétermination .....	299
§2 – Insertion du droit des peuples autochtones à l'autodétermination dans le cadre général des droits de l'homme .....	312
A – Limites du droit-cadre .....	312
B – Droit de l'homme relatif : accommodation.....	315
Section 2 – Droit à l'autodétermination et peuples autochtones .....	318
§1 – Application spécifique du droit général à l'autodétermination.....	318
A – Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination n'est pas un droit spécial : c'est le même que pour les autres peuples .....	318
B – La question de l'exercice externe : le régime autochtone aligné sur le régime général <i>via</i> l'engagement de la responsabilité de l'Etat .....	320
§2 – Les peuples autochtones : les seuls sous-groupes nationaux ayant le droit à l'autodétermination .....	334
A – Les minorités nationales : pas de droit à l'autodétermination .....	334
B – Les peuples autochtones : régime « <i>idem plus</i> » .....	344

Chapitre 2 – L’adoption de la Déclaration : étape de cristallisation dans le processus coutumier .....	348
Section 1 – Le statut juridique de la Déclaration .....	348
§1 – Une frontière floue entre <i>lex ferenda</i> et <i>lex lata</i> dans le droit international contemporain .....	349
A – Le caractère non obligatoire de la Déclaration .....	349
B – La <i>soft law</i> comme précisément le lieu d’articulation de normes appelées à pénétrer dans la <i>lex lata</i> avec le temps .....	352
§2 – Caractérisation de la place de la Résolution dans le processus coutumier .....	361
A – Dédoublé fonctionnel .....	361
B – La Résolution 61/295 comme étape clé du processus coutumier .....	366
Section 2 – Le vote et les explications de vote à l’Assemblée générale et le processus coutumier .....	369
§1 – L’expression claire d’une <i>opinio juris</i> pleinement maturée .....	369
A – Le caractère « écrasant » de la majorité .....	370
B – Le traitement des positions minoritaires .....	383
§2 – Contours de l’ <i>opinio juris</i> exprimée .....	402
A – Parachèvement de l’ <i>opinio juris</i> : dépassement du caractère non-obligatoire de la Résolution .....	402
B – Le vote comme pratique ? .....	405
Conclusion .....	411
Titre 2 – Accession à la normativité : développements ultérieurs .....	414
Introduction .....	414
Chapitre 1 – Influence des principes de la Déclaration sur les comportements des sujets du droit international .....	416
Section 1 – Comportements étatiques postérieurs à l’adoption de la Déclaration .....	416
§1 – Adoption des principes de la Déclaration dans les droits internes des Etats .....	418
A – Mesures législatives et constitutionnelles .....	421
B – Mécanismes institutionnels et initiatives politiques .....	449
§2 – Une référence et un ralliement accrus à la Déclaration : la disparition de l’opposition ouverte .....	481
A – La jurisprudence interne et les principes de la Déclaration .....	481
B – Ralliements ultérieurs et disparition de l’opposition expresse .....	492
Section 2 – Incorporation des dispositions de la Déclaration dans la pratique des organisations internationales .....	506
§1 – Jurisprudence internationale postérieure .....	507
A – Cours régionales des droits de l’homme .....	507
B – L’effet structurant et orientant de la jurisprudence internationale sur les comportements des Etats .....	510
§2 – Systèmes de contrôle et de transparence mis en place par les organes de l’O.N.U. et les organisations internationales régionales .....	511
A – Examen des mécanismes institutionnels et de leurs mandats .....	512
B – Influence des recommandations et supervisions sur les comportements des Etats .....	537
Chapitre 2 – Un processus de concrétisation des normes .....	539

Section 1 – La pratique ultérieure : précision de la portée des normes à l’occasion de leur application	540
§1 – Un processus continu de précision de la norme	540
A – Précision du contenu et de la portée de la norme à la faveur de son application contextuelle	542
B – Un cadre néanmoins fixé	548
§2 – Un processus de solidification : moment privilégié du passage dans la <i>lex lata</i>	549
A – Effet cumulatif des comportements des sujets du droit international sur l’accession de la norme à la normativité	549
B – Développements relatifs à la question de l’invocation de la responsabilité de l’Etat	551
Section 2 – L’opérabilité de la norme comme condition de son accession à la normativité	553
§1 – Conditions de normativité de la norme nouvelle	554
A – Le cadre de la validation des deux éléments : généralisation dans l’espace et dans le temps	554
B – Condition de la normativité : la constance suffisante de la pratique	557
§2 – L’achèvement du processus coutumier : déploiement et trajectoire de la norme nouvelle	559
A – Constatation d’une trajectoire dynamique continue de la norme positive	560
B – Possibles suites au processus coutumier	561
Conclusion	563
CONCLUSION GÉNÉRALE	566
ANNEXES	577
Annexe 1 – Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	578
Annexe 2 – Evolution des dispositions relatives au droit des peuples autochtones à l’autodétermination dans les instruments de l’O.N.U.	590
Annexe 3 – Tableau de l’évolution des positions des Etats vis-à-vis de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	617
Annexe 4 – Schéma des institutions et mécanismes des Nations Unies relatifs aux droits des peuples autochtones	624
Index de jurisprudence	625
Index de la législation et autres comportements internes et internationaux des Etats	638
Index des traités, résolutions et documents d’organisations internationales	655
Bibliographie	693
Table des matières	714