



**Le régime des accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation
des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones
Première synthèse des documents pertinents des Nations
Unies**
Philippe Karpe

► **To cite this version:**

Philippe Karpe. Le régime des accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones Première synthèse des documents pertinents des Nations Unies. 2022. <hal-03793881>

HAL Id: hal-03793881

<https://hal.science/hal-03793881v1>

Preprint submitted on 2 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Le régime des accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones

Première synthèse des documents pertinents des Nations Unies

Karpe Philippe, Dr-Hdr en Droit, Directeur de Recherches, CIRAD

Sommaire:

Introduction.....	2
Réserves préalables.....	5
Pertinence/justifications du recours au contrat ou l'accord.....	6
Cadre/fondement de leur statut	8
Nature et portée des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones.....	9
Conditions d'efficacité et d'effectivité durables des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones.....	11
Conditions internes aux contrats et accords.....	12
Conditions matérielles.....	12
Conditions formelles	14
Conditions externes aux contrats et accords	14
Une condition générale essentielle.....	14
Des conditions particulières	15
Caractères du processus de négociation.....	15
Caractères du mécanisme de contrôle et de sanction	19
Renforcement des capacités et appui à la compréhension	20
Validation constitutionnelle des accords et des contrats	20
Procédure de négociation, de mise en œuvre, de révision, de contrôle et de sanction	21
La procédure de négociation.....	23
La procédure de mise en œuvre.....	26
Les règles d'interprétation	27
La procédure de révision.....	27
La procédure de contrôle et de sanction	28
Conclusion	33
Annexe.....	33

Introduction

Il y a une menace continue sur les ressources qui environnent ou qui sont utilisées depuis longtemps par les peuples autochtones. Cette menace est de nos jours encore aggravée par des appétits nouveaux ou renouvelés, que sont l'achat de carbone forestier ou l'acquisition des terres à grande échelle ("*land grabbing*").

Encadré 1: La menace REDD+ pour les autochtones

La réduction des émissions liées à la déforestation et à la dégradation de la forêt (REDD+) fait partie des outils de lutte contre le changement climatique. Elle repose sur l'idée que les pays désireux de réduire les émissions liées à la déforestation et aptes à le faire devraient être dédommagés financièrement pour les actions qu'ils mènent dans ce sens. Le principe de la REDD est donc d'octroyer une compensation financière pour la réduction des émissions des gaz à effet de serre issues de la déforestation et de la dégradation de la forêt tropicale. Le concept s'est élargi avec le "+" de REDD+ qui fait intervenir les aspects liés à la conservation, à la gestion durable des forêts et au renforcement des stocks de carbone forestiers.

Les populations autochtones sont directement concernées par la REDD+, essentiellement en tant que premières victimes de cette nouvelle politique, qui menace fortement leurs droits, leurs modes de vie et les bases de leur développement. A cet égard, les autochtones se retrouvent plus gravement atteints que les autres populations locales:

"There is no doubt that REDD will affect indigenous peoples in one way or another. Given that REDD will operate against a national reference scenario, REDD projects may or may not be undertaken by governments in indigenous peoples' territories. If REDD projects are undertaken in their territories, they may have to pay a heavy price in terms of land rights, culture and livelihood adjustments. On the other hand, where REDD projects are not undertaken in indigenous peoples' territories, governments may regulate land use and land use change activities in indigenous territories anyway so as not to cause "leakage" in the national REDD reference scenarios. This will also have serious implications for indigenous peoples' land, cultural and livelihood options. In a nutshell, REDD puts indigenous peoples between a rock and a hard place unless it is done right"¹.

"That REDD activities may have severe impacts on indigenous peoples has been acknowledged by the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), the Permanent Forum on Indigenous Issues (PFII) and by the UN REDD Programme (UNREDD). The PFII decided in 2008 that, if they are to avoid harm to indigenous peoples, REDD plans and projects must respect rights to land, territories and resources, and the rights of self-determination and the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned.¹⁴⁶ The OHCHR observes that indigenous communities fear expropriation of their lands and displacement¹⁴⁷ in connection with REDD initiatives, and concludes that indigenous peoples require special attention to ensure that their rights are respected. The UNREDD concurs and has formally incorporated the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples into its operational policy instruments. It explains that the right to free, prior and informed consent is a fundamental policy and operational underpinning of the UN-REDD Programme. Indonesia's approach and practice with respect to REDD stands in stark contrast to the positions adopted by these UN bodies"².

Cette situation a deux causes fondamentales. "First, indigenous peoples' territories are and will continue to be a priority for REDD+ projects, because the majority of remaining intact forests is inhabited by indigenous peoples, and because indigenous peoples-managed forests have been shown to be especially successful at preventing

¹ Kanyinke Sena REDD and Indigenous Peoples' Rights in Africa. Indigenous Affairs 1/09, p. 10-19

² Forest Peoples Programme, Sawit Watch, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara, 06 February 2012. Request for Further Consideration of the Situation of the Indigenous Peoples of Merauke, Papua Province, Indonesia, and Indigenous Peoples in Indonesia in General, under the Committee on the Elimination of Racial Discrimination's Urgent Action and Early Warning Procedures.

deforestation.¹² Indigenous peoples, however, are particularly vulnerable to harmful impacts of REDD+ due to their unique relationship with their environments, and because many indigenous peoples do not have secure titles to their land, and are marginalized or politically disenfranchised"³. La REDD+ constitue une menace d'autant plus grande pour les droits locaux que, par sa nature même, elle peut fondamentalement parachever la destruction de l'Etat en supprimant définitivement le Droit, sa pertinence, sa fonction, ses caractères, son esprit et, ce faisant, l'Etat, la citoyenneté et les droits (Karpe, 2011⁴). L'impact possible de la REDD+ sur leurs droits conduit les populations autochtones à marquer un refus net à la REDD+, à tout le moins tant qu'aucun statut ou aménagement favorable ne leur est proposé à cette nouvelle politique⁵.

Dans ce contexte, les accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant les autochtones seraient un premier pas essentiel pour protéger les autochtones. Il repose en effet sur la reconnaissance fondamentale de leurs droits, y compris de possession ou d'usage de leurs ressources et de consentir à leur exploitation, et sur l'aménagement équilibré de leur respect par les autres parties. Encore faut-il que le régime de ces accords soit bien établi et contribue bien à cela. A défaut, ces accords seront une voie supplémentaire de dépossession des droits des autochtones et de leur appauvrissement, à l'exemple des "carbon cowboys". "Carbon cowboys" is a term used to refer to unscrupulous people or companies who go to rural communities and ask them to sign contracts for carbon rights in situations where the communities do not understand the contracts or carbon rights, may not have legally-defined representatives who can legally sign contracts under national law, and/or are offered questionable terms in the contract. The Colombian Ministry of Environment and Sustainable Development presented its concerns about carbon cowboys in its presentation to the UN-REDD's seventh Policy Board meeting (PB7), in 2011. A key Colombian scandal occurred under the aegis of a company called C.I. Progress that "specializes in the generation of carbon offsets for the voluntary market generating social benefits, environmental and financial sustainability for all parties involved, especially for indigenous communities in the Amazon region of South America" (<http://www.ciprogress.com/eng/about.php>). Registration and screening of private contracts has been discussed as an option to control fraudulent contracts"⁶.

Encadré 2: Exemples d'accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"B. Mécanismes de négociation

94. Peut-être les mécanismes de négociation offrent-ils un plus vaste champ d'exploration de la manière dont les droits fonciers des peuples autochtones peuvent être pris en considération eu égard aux problèmes, aux concepts et aux points de vue en jeu. Ils peuvent aussi offrir aux deux parties des occasions plus propices de se comprendre et d'établir entre elles des relations de confiance. Si la négociation se déroule dans le plein respect et la pleine reconnaissance des droits fondamentaux des peuples autochtones, elle peut aussi contribuer à l'établissement de relations politiques et juridiques durables. Cette solution peut s'avérer plus constructive du point de vue des gouvernements et des peuples autochtones, ainsi que des tiers.

95. On citera l'exemple récent de la mise en place d'un mécanisme international de négociation, à savoir le Conseil arctique, qui comprend huit États riverains de l'Arctique et des représentants de l'Association des petites nations du nord de la Russie, du Samiraddi (Conseil sami) nordique et de la Conférence circumpolaire inuit. Le document fondamental de ce nouvel organe prévoit aussi la participation directe d'autres organisations de peuples autochtones appartenant à cette région géographique. Les peuples autochtones ne sont pas entièrement satisfaits d'un certain nombre de réserves qui ont été incorporées à ce document, mais ils sont néanmoins

³ Crippa, L. A., & Gordon, G. (2012). International Law Principles for REDD. Indian law Resource Center, Washington DC. §4, p. 7.

⁴ Karpe P., 2011. PSE et Droit (dans le contexte des pays en développement). Plaidoyer contre une nouvelle tartuferie. Postface de l'ouvrage : Randrianarison M., Les paiements pour services environnementaux pour la protection de la biodiversité à Madagascar. Evaluation des contrats de conservation et des autres incitations directes à la conservation. L'harmattan, Paris

⁵ Voir, par exemple: [Chris Lang. 5 June 2012](#). Indigenous Peoples in El Salvador reject the World Bank's FCPF. Disponible sur le site Internet: <http://www.redd-monitor.org/2012/06/05/indigenous-peoples-in-el-salvador-reject-the-world-banks-fcpf/> Page consultée le 26 mai 2015.

⁶ Alcorn, Janis B. (2014). Lessons Learned from Community Forestry in Latin America and Their Relevance for REDD+. USAID-supported Forest Carbon, Markets and Communities (FCMC) Program. Washington, DC, USA. p. 27, footnote 15.

présents à la table de négociation et ont le droit et la possibilité de faire connaître leurs préoccupations au sujet de l'environnement et du développement.

96. Parmi les autres mécanismes internationaux, on signalera la procédure qui a débouché sur les accords de paix négociés au Guatemala. Dans le cadre de ce processus, l'Organisation des Nations Unies a contribué à la conclusion de l'Accord relatif à l'identité et aux droits des populations autochtones. Cet accord comporte des dispositions de grande portée au sujet des terres autochtones, de la restitution et de l'acquisition de celles-ci, ainsi que d'autres mesures.

97. Le Gouvernement néo-zélandais souligne qu'il a réalisé d'importants progrès, au cours des dix dernières années, sur la voie d'un règlement négocié des revendications fondées auxquelles ont donné naissance les violations du Traité de Waitangi. De tels règlements impliquent en général la présentation d'excuses officielles par le Gouvernement pour avoir violé le Traité, le versement de sommes en espèces et la cession d'actifs, et la reconnaissance des droits du groupe requérant sur certaines réserves naturelles et certaines espèces qui revêtent une importance spéciale pour lui. Le Gouvernement indique en outre que par suite des négociations directes, des litiges anciens ont été réglés dans un secteur couvrant plus de la moitié de la Nouvelle-Zélande, toutes les revendications de longue date portant sur les pêcheries commerciales ont été réglées et, à ce jour, plus de 500 millions de dollars ont été versés à titre de réparation dans le cadre des règlements négociés relatifs au Traité.

102. Les efforts déployés par le Gouvernement canadien dans le cadre des négociations relatives aux traités et des procédures engagées en application de la politique de règlement des revendications sont un élément positif qui devrait aider à résoudre le problème des revendications foncières des autochtones de ce pays. Toutefois, ces deux processus soulèvent un certain nombre de questions qui nécessitent, semble-t-il, un examen plus attentif. Le sujet de préoccupation le plus souvent évoqué, tant par les groupes autochtones que par les organes de surveillance des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, concerne la poursuite par le Canada de sa politique d'extinction des titres aborigènes. Un autre sujet de préoccupation dont il est fait état tient à ce que les négociations relatives aux traités telles qu'elles se déroulent actuellement ne prévoient aucune protection pour les terres et les ressources aborigènes en jeu pendant toute la durée de la procédure. Un groupe autochtone a fourni des éléments qui, selon lui, montrent que toute tentative pour obtenir une telle protection auprès des tribunaux entraînerait l'arrêt des négociations de la part du gouvernement provincial et il a fait valoir qu'en tout état de cause il était extrêmement improbable que les tribunaux de Colombie britannique accordent cette protection. En outre, à sa connaissance, s'il était mis fin aux négociations du fait de recours engagés devant les tribunaux par la Première nation, celle-ci serait alors tenue de rembourser les subventions que lui avait accordées l'État pour participer au processus de négociation. Apparemment, il était prévu que ces subventions, dont le montant total s'élevait à ce jour à environ 75 millions de dollars des États-Unis pour les Premières nations de Colombie britannique, seraient remboursées par prélèvement sur les indemnités éventuellement versées dans le cadre du règlement négocié. Ce même groupe autochtone a soutenu que la Commission des traités de la Colombie britannique n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences d'indépendance et de neutralité, car elle est financée entièrement par le Gouvernement et n'a pas compétence pour obliger l'État à reconnaître et protéger les terres et les droits aborigènes. Un autre groupe a indiqué qu'un nombre important de nations et de peuples autochtones ne participent pas aux négociations et que les voies qui s'offrent à eux pour faire reconnaître et protéger leurs droits fonciers, notamment la politique de règlement global des revendications, demeurent inacceptables.

103. La procédure de règlement amiable appliquée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme fournit un cadre pour la négociation relative aux droits fonciers autochtones. Lorsqu'elle est saisie d'une pétition faisant état d'une violation des droits de l'homme, la Commission est habilitée, selon la Convention américaine des droits de l'homme, à se mettre «à la disposition des États intéressés en vue d'aboutir à un règlement amiable fondé sur le respect des droits de l'homme reconnus dans la [présente] Convention». En mars 1998, la Commission a annoncé que le Gouvernement paraguayen et les communautés autochtones de Lamexay et Riachito étaient parvenus à un accord pour le règlement d'une revendication foncière en vertu duquel une grande superficie de terres sera transférée aux demandeurs indiens. Ce règlement représente le premier accord conclu dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme qui rétablit les droits fonciers d'une communauté autochtone. Dans un autre cas, en février 1999, la Commission a présidé à l'ouverture de négociations officielles entre le Gouvernement bélizien et le peuple indien maya du Belize méridional. Ces négociations interviennent à la suite d'une campagne de longue haleine menée par les dirigeants mayas pour obtenir la reconnaissance des droits des Mayas sur leurs terres. Jusqu'ici, ces peuples autochtones ont été dans la situation de n'avoir aucun droit légal formel sur les terres où ils vivent traditionnellement. Le Gouvernement considère cette terre comme étant simplement une terre «publique». Depuis 1993, le Gouvernement avait accordé secrètement 17 concessions d'exploitation du bois sur plus de 500 000 hectares de terres mayas, ainsi que des

concessions pétrolières et gazières sur pratiquement toute l'étendue de la zone, le tout sans avoir consulté les Mayas. Après avoir engagé en vain une procédure devant les tribunaux béliziens, ceux-ci ont déposé en 1998 une pétition auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme en faisant valoir que l'octroi des concessions au mépris des droits fonciers des Mayas constituait une violation de leurs droits fondamentaux. Initialement, le Gouvernement était disposé à négocier avec les Mayas sous les auspices de la Commission interaméricaine mais, après des mois d'efforts pour faire avancer les discussions, efforts qui n'ont abouti à rien, il a été mis fin à la procédure de règlement amiable. Toutefois, en grande partie grâce à l'intervention de la Commission, qui a supervisé la procédure et entrepris par la suite de mener une enquête sur l'affaire (enquête en cours), le Gouvernement et les communautés mayas sont convenus d'un cadre et d'un calendrier de discussions en vue du règlement des problèmes relatifs aux terres et aux ressources exposés dans la pétition".

Au travers de plusieurs publications des Nations Unies, le régime général de ces accords s'établit progressivement au bénéfice égal de toutes les parties concernées, y compris les autochtones.

Réserves préalables

Il y a une grande variété de contrats ou d'accords possibles selon les pays et les autochtones concernés. Il ne convient pas d'imposer un modèle unique. Malgré tout, certaines règles générales communes peuvent être énoncées.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"Agreements between indigenous peoples and a State to co-manage natural resources, such as lakes have been cited by the EMRIP to illustrate that indigenous peoples can participate directly in decision-making in partnership arrangements with State agencies.⁴¹ The Special Rapporteur has recommended that efforts should be made to reach agreements in accordance with the organizational patterns and leadership structures of diverse indigenous communities regarding the terms of a national emergency response program and any similar programmes affecting such communities and that this approach could lead to arrangements that vary from one community to another for measures such as income management, alcohol regulation, and delivery of services".

Un esprit d'innovation doit animer les différents protagonistes.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"He has further recommended to a State that, in consultation with indigenous peoples, it should explore and develop means of addressing indigenous peoples concerns regarding a treaty settlement negotiation process, especially the perceived imbalance of power between indigenous peoples and Government negotiators including consideration of forming an independent and impartial commission or tribunal that would be available to review Treaty settlements".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"4. M. Alfonso Martínez a fait valoir que si le séminaire devait tenir compte des traités historiques, il devait aussi être tourné vers l'avenir. Il a en outre rappelé aux participants que l'objectif ultime de l'étude était de proposer des moyens d'assurer toute la promotion et toute la protection possibles des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en droit interne et international, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques négociées

par toutes les parties intéressées dans le cadre d'un processus visant à instaurer un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi".

Pertinence/justifications du recours au contrat ou l'accord

La pertinence du recours au contrat ou à l'accord est incontestable eu égard à la nature des droits en jeu, spécialement le premier d'entre eux: le droit à l'autodétermination. Ces instruments sont par ailleurs utiles pour aboutir à une reconnaissance claire et sincère de tous les intérêts légitimes en présence et à l'établissement d'une "coopération", d'un "partenariat", "des relations plus positives et moins antagonistes", des relations équilibrées et pérennes entre tous. Ils facilitent enfin l'adaptation continue dans le temps et dans l'espace de ces relations, y compris aux réalités culturelles différentes.

E/CN.4/Sub.2/1997/17:

"B. Mécanismes de négociation

76. Peut être les mécanismes de négociation offrent ils de plus grandes possibilités, compte tenu de la diversité des problèmes, des concepts et des perspectives, pour explorer la manière dont les droits fonciers des peuples autochtones pourront être pris en considération. Ces mécanismes offrent également aux deux parties des occasions plus propices de se comprendre et d'établir entre elles des relations de confiance. Si la négociation s'accomplit dans le respect entier et la reconnaissance des droits fondamentaux des peuples autochtones, elle peut aussi contribuer à l'établissement de relations politiques et juridiques durables. Cette solution pourra s'avérer plus constructive à la fois du point de vue des gouvernements et des peuples autochtones, ainsi que des tiers.

81. Enfin, le dialogue concret, constructif et formalisé, engagé sur le triple plan international, national et local au sujet des règles internationales concernant les droits de l'homme et applicables aux autochtones pourra se révéler comme plus fructueux pour faire comprendre les valeurs et les perspectives des peuples autochtones. Cette éducation sera indispensable pour que des mesures effectives soient prises en vue du règlement de conflits parfois très anciens et de la compréhension des divers éléments qui sont impliqués dans l'effort dont le but est de concilier les droits et les intérêts rivaux des peuples autochtones d'une part et des Etats d'autre part".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"135. Un certain nombre de mesures concrètes positives, contribuant au règlement des questions foncières autochtones, ont été relevées. Les plus efficaces et les plus prometteuses semblent être celles qui reposent sur des négociations équitables et volontaires entre l'État et le peuple autochtone concerné, se déroulant soit au niveau national, soit sous les auspices d'un organisme international.

137. Aucune procédure de règlement des revendications foncières des autochtones ne saurait être efficace si elle n'est pas intrinsèquement juste et équitable.

138. L'expérience a montré que la conclusion et l'application, dans l'équité et la justice, de traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sur la question des terres peuvent contribuer à un développement durable et écologiquement rationnel au bénéfice de tous".

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) contains express references to treaties, agreements and other constructive arrangements in both the preambular paragraphs and the main body of the declaration.

Preambular paragraph 8

Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States, [...]

Preambular Paragraphs 14 and 15

Considering that the rights affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples are, in some situations, matters of international concern, interest, responsibility and character,

Considering also that treaties, agreements and other constructive arrangements, and the relationship they represent, are the basis for a strengthened partnership between indigenous peoples and States, [...]

Article 37

1. Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements.

2. Nothing in this Declaration may be interpreted as diminishing or eliminating the rights of indigenous peoples contained in treaties, agreements and other constructive arrangements.

The UNDRIP obliges the United Nations, its bodies and specialized agencies to promote respect for and full application of the UNDRIP.

Article 42

The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration".

E/CN.4/2004/111:

"3. Les experts estiment que les traités, accords et autres arrangements constructifs sont un moyen de promouvoir des relations harmonieuses, justes et plus positives entre les États et les peuples autochtones parce qu'ils sont établis sur une base consensuelle et qu'ils offrent des avantages tant pour les peuples autochtones que pour les peuples non autochtones.

4. Les experts se félicitent des efforts déployés par les États pour trouver, par la négociation, des moyens de réparer les injustices passées et présentes liées à des traités, accords et autres arrangements constructifs et soulignent l'importance du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Les experts sont convenus que les processus de négociation devraient avoir une légitimité tant pour les parties autochtones que pour les parties non autochtones aux traités, accords et autres arrangements constructifs".

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"292. Il est à retenir en outre que le Rapporteur spécial a estimé que le but ultime de son mandat était de présenter des éléments, des conclusions et des recommandations permettant d'assurer sur le plan pratique toute la promotion et toute la protection possibles, en droit interne et international, des droits des populations autochtones et en particulier des droits de l'homme et des libertés fondamentales de ces populations, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques, négociées et approuvées par toutes les parties intéressées, en vue de l'instauration d'un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi, la compréhension mutuelle des intérêts vitaux de l'autre partie et le ferme engagement de chacune des parties de respecter les résultats éventuels des négociations.

297. Cette approche est dans la ligne de ce que le Rapporteur spécial a considéré dès le départ comme devant être au coeur de ses conclusions et recommandations, à savoir contribuer à favoriser l'établissement d'un nouveau mode de relations fondé sur la reconnaissance mutuelle, l'harmonie et la coopération, au lieu d'une attitude consistant à s'ignorer mutuellement dans un état de confrontation et de rejet.

298. Pour ce qui est des recommandations visant à déterminer et à canaliser toutes les possibilités reconnues que recèlent les traités/accords et autres arrangements constructifs, et la conclusion de traités (là encore au sens le plus large) comme moyen de favoriser à l'avenir l'établissement des relations plus positives et moins antagonistes entre les peuples autochtones et les États, il conviendrait de prendre en compte deux éléments que le Rapporteur spécial a déjà examinés au cours de ses travaux : i) l'histoire des relations conventionnelles entre les peuples autochtones et les États, et en particulier les leçons à tirer de l'étude du processus d'internalisation dans les anciennes colonies fondées par les Européens (voir chap. III); et ii) les principes sur lesquels sont fondées les

négociations en cours et certains processus politiques amorcés dans divers pays entre l'État et les peuples autochtones".

A/HRC/EMRIP/2012/4:

"66. Lorsqu'il existe déjà des traités, accords et autres arrangements, ces instruments peuvent servir de fondement au partenariat, au respect mutuel, à la coopération et à des relations de bonne foi entre les États et les peuples autochtones. L'Accord de Nouméa, conclu entre la France et les Kanaks de Nouvelle-Calédonie, a reconnu les effets délétères de la colonisation, restitué aux peuples autochtones les terres qui leur avaient été confisquées, assuré la pleine participation du peuple kanak à la prise de décisions et mis en place une procédure de consultation".

Compte tenu de ceci, il n'y a pas de domaine où il serait impossible ou exclu de conclure des accords et des contrats. C'est un mode d'établissement de bonnes relations utiles en toutes matières.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"He has also noted that agreements between oil companies and indigenous people, in areas where territories of traditional use are established, if coupled with adequate governmental oversight, could constitute good practice".

Il n'y a aucune obligation à conclure un accord ou un contrat. Il faut vérifier sa pertinence au "cas par cas, avec la participation des autochtones eux-mêmes". Il s'agit bien d'un droit.

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"166. La question de savoir si chacun de ces peuples autochtones devrait chercher à négocier un accord, ou une quelconque autre formule librement consentie, avec les États sur le territoire desquels ils résident actuellement et comment il devrait le faire doit être examinée cas par cas, avec la participation des autochtones eux-mêmes.

167. Il conviendrait de porter une attention particulière aux conséquences pratiques (parfois graves) dans la vie de tous les jours que l'absence d'accord en l'occurrence a sur le statut juridique et politique des peuples concernés au sein des sociétés mixtes dans lesquelles ils vivent aujourd'hui et sur la préservation, la promotion et la réalisation effective de leurs droits historiques en tant que peuples, y compris leurs droits et libertés inhérents aux êtres humains".

Cadre/fondement de leur statut

Les contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones mettent en jeu deux droits fondamentaux de ces populations: le droit à la terre et la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, y compris le consentement préalable, libre et éclairé. Cette implication conduit à rédiger un statut spécifique pour ces contrats et accords.

E/2007/43 - E/C.19/2007/12:

"Recommandations de l'Instance permanente. Thème spécial : « Territoires, terres et ressources naturelles »

10. L'Instance permanente souscrit aux conclusions et recommandations figurant dans le rapport du séminaire d'experts consacré à la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles et leur relation à la terre². L'Instance permanente reprend à son compte les deux études de la Rapporteuse spéciale sur la

situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, M^{me} Erica-Irene A. Daes, à savoir le rapport sur les peuples autochtones et leur relation à la terre³ et le rapport sur la souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles⁴ et recommande que ces études soient largement diffusées".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"16. Le séminaire s'est achevé par une réflexion sur le rôle de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dans la mise en oeuvre des droits conventionnels. Les participants ont noté que le processus d'élaboration et de négociation de la Déclaration avait été très long et ont salué l'adoption de ce texte par le Conseil des droits de l'homme. L'article 36 (désormais art. 37) de la Déclaration visait expressément les traités et les droits conventionnels, mais il a été relevé que cet article devait être lu conjointement avec certains autres articles et paragraphes préambulaires directement concernés.

17. Les experts ont insisté sur l'importance et l'utilité des mentions du principe du consentement libre, préalable et éclairé dans la Déclaration des Nations Unies, principe essentiel régissant la conclusion de traités internationaux. L'accent a été mis en particulier sur les articles 19 et 32. Plusieurs experts ont souligné que traditionnellement, le consentement libre, préalable et éclairé était un élément fondamental de la conclusion de traités et constituait une condition du traitement des violations et abrogations de droits conventionnels et de la mise en place de processus participatifs permettant d'y remédier effectivement".

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"264. De l'avis du Rapporteur spécial, c'est là également la meilleure manière pour les gouvernements de donner une suite concrète à l'appel lancé par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne en 1993, les invitant à assurer la libre et pleine participation des populations autochtones à la vie de la société sous tous ses aspects et spécialement s'agissant des questions qui les concernent".

Nature et portée des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones

Les contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones sont obligatoires. Les Etats spécialement ne peuvent pas les ignorer sans crainte d'être sanctionnés. Mais, cette valeur juridique a un fondement tout à fait spécial.

Au-delà d'une nature juridique qui reste à préciser, les contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones ont une "importance fondamentale" eu égard à leur objet propre: fixer les droits fondamentaux des autochtones et établir des relations pacifiques et justes avec les Etats et les populations autochtones. Si la détermination de la valeur juridique demeure importante dans une optique de contrôle et de sanction judiciaire, l'affirmation de leur valeur extra-juridique et supra-politique leur confère une portée bien plus grande. Ils sont de vrais Pactes fondateurs. Leur régime de contrôle et de sanction devrait être en accord avec cette valeur particulière. Ils ont une valeur morale essentielle.

E/2007/43 - E/C.19/2007/12:

"30. L'Instance permanente souligne l'importance fondamentale des traités, accords et autres arrangements constructifs entre Etats et peuples autochtones concernant la reconnaissance et la protection des droits des peuples autochtones à des territoires, terres et ressources naturelles. Les traités, accords et autres arrangements constructifs entre Etats et peuples autochtones ont une portée générale et concernent les six domaines visés par le mandat de l'Instance permanente.

31. L'Instance permanente recommande que le Groupe de travail sur l'accès aux ressources et le partage des avantages de la Convention sur la diversité biologique reconnaisse les droits des peuples autochtones sur les ressources biologiques et génétiques de leurs territoires.

32. L'Instance permanente nomme M. Michael Dodson, membre de l'Instance, rapporteur spécial chargé d'élaborer un projet de guide fondé sur les principes pertinents énoncés dans la Déclaration sur les droits des peuples autochtones et tenant compte des dispositions relatives aux régimes fonciers et aux systèmes de gestion des terres de la Convention n° 169 de l'OIT, pour aider les peuples autochtones, les États et les organismes des Nations Unies à négocier des arrangements en matière de régimes fonciers et de systèmes de gestion des terres".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"135. Un certain nombre de mesures concrètes positives, contribuant au règlement des questions foncières autochtones, ont été relevées. Les plus efficaces et les plus prometteuses semblent être celles qui reposent sur des négociations équitables et volontaires entre l'État et le peuple autochtone concerné, se déroulant soit au niveau national, soit sous les auspices d'un organisme international.

137. Aucune procédure de règlement des revendications foncières des autochtones ne saurait être efficace si elle n'est pas intrinsèquement juste et équitable.

138. L'expérience a montré que la conclusion et l'application, dans l'équité et la justice, de traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sur la question des terres peuvent contribuer à un développement durable et écologiquement rationnel au bénéfice de tous".

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) contains express references to treaties, agreements and other constructive arrangements in both the preambular paragraphs and the main body of the declaration.

Preambular paragraph 8

Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States, [...]

Preambular Paragraphs 14 and 15

Considering that the rights affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples are, in some situations, matters of international concern, interest, responsibility and character,

Considering also that treaties, agreements and other constructive arrangements, and the relationship they represent, are the basis for a strengthened partnership between indigenous peoples and States, [...]

Article 37

1. Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements.

2. Nothing in this Declaration may be interpreted as diminishing or eliminating the rights of indigenous peoples contained in treaties, agreements and other constructive arrangements.

The UNDRIP obliges the United Nations, its bodies and specialized agencies to promote respect for and full application of the UNDRIP.

Article 42

The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration".

E/CN.4/2004/111:

"8. Les experts recommandent aux États de promouvoir les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus par les peuples autochtones et d'éduquer le grand public à cet égard, en particulier dans le cadre du système d'enseignement, en soulignant que ces instruments sont des accords sacrés qui définissent la nature des rapports des peuples autochtones avec la famille des nations.

15. Les experts recommandent aux organes des Nations Unies chargés du suivi des traités relatifs aux droits de l'homme d'accorder une attention particulière aux obligations contenues dans les traités, accords et autres arrangements constructifs signés par les États et les peuples autochtones, le non-respect de ces obligations ayant des effets négatifs en ce qui concerne les droits protégés par des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"4. M. Alfonso Martínez a fait valoir que si le séminaire devait tenir compte des traités historiques, il devait aussi être tourné vers l'avenir. Il a en outre rappelé aux participants que l'objectif ultime de l'étude était de proposer des moyens d'assurer toute la promotion et toute la protection possibles des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en droit interne et international, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques négociées par toutes les parties intéressées dans le cadre d'un processus visant à instaurer un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi".

Pensée originale afin de protéger au mieux les autochtones

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"54. S'agissant de l'aspect prospectif de la présente étude qui concerne les enseignements à tirer de l'étude quant aux possibilités de négocier des traités et d'autres instruments juridiques consensuels et mécanismes pratiques pour améliorer dans le futur les relations entre les peuples autochtones et les États une définition étroite des notions de "traité" et de "conclusion de traité" entraverait ou viderait de sa substance toute réflexion novatrice dans ce domaine. Or c'est précisément d'une réflexion novatrice qu'on a besoin pour surmonter les problèmes difficiles auxquels se heurtent actuellement de nombreux peuples autochtones.

98. Explorer et comprendre les conceptions et les traditions des peuples autochtones en ce qui concerne les traités, accords et autres arrangements constructifs suppose une vision décentrée de la culture, de la société, du droit et de l'histoire et une analyse critique de l'ethnocentrisme, de l'eurocentrisme et du modèle évolutionniste".

Conditions d'efficacité et d'effectivité durables des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones

Ces conditions sont globales. Elles existent par ailleurs tout au long de la vie des contrats et accords, et bien avant celle-ci. Elles ont une finalité claire et obligatoire: assurer la réalité et l'efficacité pérennes des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones.

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"152. Les gouvernements sont encouragés à envisager de mettre en place et utiliser des mécanismes impartiaux, y compris des mécanismes internationaux, pour superviser et faciliter le règlement juste et équitable des réclamations concernant les terres et ressources autochtones et l'exécution des accords fonciers".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"155. Les États devraient prévoir des mesures efficaces pour la mise en œuvre, la révision et l'exécution des règlements et accords fonciers, ainsi que pour la résolution des litiges".

Ces conditions répondent à une obligation à la charge des États de reconnaître, respecter, mettre en œuvre, contrôler et sanctionner les contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) contains express references to treaties, agreements and other constructive arrangements in both the preambular paragraphs and the main body of the declaration.

Preambular paragraph 8

Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States, [...]

Preambular Paragraphs 14 and 15

Considering that the rights affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples are, in some situations, matters of international concern, interest, responsibility and character,

Considering also that treaties, agreements and other constructive arrangements, and the relationship they represent, are the basis for a strengthened partnership between indigenous peoples and States, [...]

Article 37

1. Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements.

2. Nothing in this Declaration may be interpreted as diminishing or eliminating the rights of indigenous peoples contained in treaties, agreements and other constructive arrangements.

The UNDRIP obliges the United Nations, its bodies and specialized agencies to promote respect for and full application of the UNDRIP.

Article 42

The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration".

Conditions internes aux contrats et accords

Conditions matérielles

Il ne peut y avoir de valables contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones que dans la mesure où leurs droits sont clairement et honnêtement reconnus dans le système juridique du pays, y compris au sein de la norme fondamentale qu'est la Constitution.

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"136. L'existence d'un système constitutionnel et juridique équitable, y compris un système judiciaire impartial offrant les garanties d'une procédure régulière, est importante pour le succès des procédures de règlement foncier et l'exécution des décisions auxquelles elles aboutissent. Dans certains pays, la mise en place de procédures

judiciaires équitables pour assurer l'application des traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les peuples autochtones s'est avérée un moyen utile d'encourager le respect desdits accords et d'éduquer les communautés autochtones et non autochtones".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"28. Plusieurs participants autochtones ont souligné qu'il fallait adopter des mesures de réconciliation et de confiance mais que les États n'avaient pas la volonté politique de le faire. M. Raja Devasish Roy a fait observer que l'évaluation du succès ou de l'échec des arrangements reposait forcément sur des analyses subjectives, fondées sur les intentions des parties aux accords, et que c'était généralement la partie non étatique qui était la plus faible des deux et manifestait le plus d'appréhension. La crainte que les gouvernements ne s'acquittent pas de leurs engagements après la signature d'un accord n'était donc pas très surprenante. Un des moyens de régler le problème était d'étaler les négociations dans le temps et de prévoir des arrangements de réciprocité. Il a cité le plan visant à lier le retour au Bangladesh des réfugiés paharis en provenance d'Inde à la réinstallation des colons bengalis en dehors de la région des collines de Chittagong, ce qui était une forme d'arrangement de réciprocité".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"50. M. Raja Devasish Roy a expliqué que la négociation et l'application devaient être considérées comme un processus continu et que les accords devaient prévoir des garanties. L'Accord de Chittagong Hill Tracts de 1997, par exemple, ne prévoyait pas d'arbitrage ou de médiation. Or l'expérience avait montré qu'il était utile de pouvoir recourir à un médiateur indépendant. Il a souligné l'utilité des clauses d'immutabilité dans les traités et les arrangements constructifs afin de prévenir toute révocation ou dénonciation arbitraire et unilatérale des responsabilités. En particulier, il faudrait prévoir une double clause d'immutabilité qui empêcherait que la seule modification de la constitution nationale permette de revoir le traité. Il a donné deux exemples de garanties constitutionnelles des droits conventionnels: l'Accord de Mizoram de 1985, qui exige une majorité des deux tiers pour toute modification ou tout amendement de la constitution et, dans le cas d'un parlement en deux chambres, une majorité des deux tiers dans les deux chambres et l'accord de l'Assemblée des États Mizoram. Un autre exemple est le statut d'autonomie du Sud Tyrol, garanti par un traité bilatéral entre l'Italie et l'Autriche".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

53. M. Raja Devasish Roy a mis en exergue l'importance des incitations et des sanctions («la carotte et le bâton») dans les négociations, le «bâton» pouvant prendre la forme de dispositions prévoyant le règlement des différends - en cas de non-application - par une cour, un tribunal ou un organisme d'arbitrage national ou supranational, la «carotte» comprenant les échanges commerciaux et d'autres avantages. Il a expliqué que la population de Chittagong Hill Tracts avait appris qu'il n'existait aux niveaux régional, national et international aucun mécanisme effectif pouvant être saisi pour faire appliquer les dispositions de l'Accord de 1997 qui n'étaient pas mises en œuvre. Il n'existait pratiquement aucun «bâton» à la disposition des parties autres que des États. M. Raja Devasish Roy a suggéré que, dans de tels cas, des pressions soient exercées sur les donateurs pour qu'ils prennent des mesures d'incitation, soit positives, soit négatives (par exemple, offrir ou refuser des aides, des prêts, des échanges commerciaux, des mandats politiques ou des avantages financiers). Cette approche pourrait également présenter l'avantage de ne pas mettre outre mesure dans l'embarras la partie «coupable», en particulier s'il s'agit d'un État inquiet pour sa réputation et sa souveraineté".

Il y a des droits autochtones "non négociables" à l'exemple du droit à la terre.

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"302. À propos des principes sur lesquels sont fondées les négociations en cours actuellement, ainsi que d'autres contacts politiques entre États et peuples autochtones, deux observations s'imposent. La première a trait à ce qu'on pourrait qualifier d'"éléments non négociables", comme le principe selon lequel l'extinction de ce qu'on appelle les droits autochtones sur les terres est la condition du règlement des revendications des autochtones. Il reste à analyser dans quelle mesure l'existence de ces "points non négociables" s'ils sont imposés par les

négociateurs de l'État compromet la validité non seulement des accords déjà conclus mais des accords à venir. Le libre consentement des peuples autochtones, qui est indispensable pour que ces accords aient une valeur juridique, risque d'être singulièrement compromis par cette forme de contrainte particulièrement efficace".

Conditions formelles

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"28. Plusieurs participants autochtones ont souligné qu'il fallait adopter des mesures de réconciliation et de confiance mais que les États n'avaient pas la volonté politique de le faire. M. Raja Devasish Roy a fait observer que l'évaluation du succès ou de l'échec des arrangements reposait forcément sur des analyses subjectives, fondées sur les intentions des parties aux accords, et que c'était généralement la partie non étatique qui était la plus faible des deux et manifestait le plus d'appréhension. La crainte que les gouvernements ne s'acquittent pas de leurs engagements après la signature d'un accord n'était donc pas très surprenante. Un des moyens de régler le problème était d'étaler les négociations dans le temps et de prévoir des arrangements de réciprocité. Il a cité le plan visant à lier le retour au Bangladesh des réfugiés paharis en provenance d'Inde à la réinstallation des colons bengalis en dehors de la région des collines de Chittagong, ce qui était une forme d'arrangement de réciprocité".

Exigence du consentement

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"43. Le Rapporteur spécial, M. Alfonso Martínez, a insisté une nouvelle fois sur l'importance d'un certain nombre de principes fondamentaux dans toutes les négociations: le consentement, le respect mutuel de la personnalité juridique des parties, et la liberté totale de négociation. Il a indiqué que les traités qui n'avaient pas été élaborés par des peuples autochtones mais qui les concernaient devaient obéir aux mêmes principes. Il ne devait pas y avoir d'application automatique de traités à des communautés qui n'avaient pas donné leur consentement".

Conditions externes aux contrats et accords

Une condition générale essentielle

Il est fondamental de créer, pérenniser et approfondir un climat de confiance et de respect mutuels. Il faut dès lors éviter tout acte, attitude ou propos contraire à l'exemple de la "fragmentation des nations autochtones pour les dresser les unes contre les autres (comme dans l'affaire de l'île nord d'Aotearoa/Nouvelle Zélande) [ou le] mépris des autorités traditionnelles".

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"292. Il est à retenir en outre que le Rapporteur spécial a estimé que le but ultime de son mandat était de présenter des éléments, des conclusions et des recommandations permettant d'assurer sur le plan pratique toute la promotion et toute la protection possibles, en droit interne et international, des droits des populations autochtones et en particulier des droits de l'homme et des libertés fondamentales de ces populations, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques, négociées et approuvées par toutes les parties intéressées, en vue de l'instauration d'un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi, la compréhension mutuelle des intérêts vitaux de l'autre partie et le ferme engagement de chacune des parties de respecter les résultats éventuels des négociations.

294. À cet égard, on ne saurait trop insister sur la nécessité d'encourager l'instauration d'un climat de confiance et de l'entretenir. Il faut pour cela adopter des mesures positives, mais aussi éviter toute initiative qui risquerait d'exacerber les situations de conflit existantes. La première recommandation du Rapporteur spécial porte sur cette démarche indispensable.

295. Des initiatives comme celle qui a été prise il y a plusieurs années par le Premier Ministre australien de l'époque, M. Robert Hawke, qui a reconnu les méfaits commis par les premiers colons à l'égard des aborigènes; la reconnaissance récente par le Vatican du rôle joué à certains égards par l'Église catholique à divers moments de la colonisation de l'Amérique latine et le projet de loi d'excuses de 1993 adopté par le Congrès américain à propos d'Hawaï montrent que l'on est sur la bonne voie. Les Gouvernements de ces États devraient être encouragés à procéder au suivi de ces premières initiatives. Ceux qui se trouvent dans la même situation sont invités à faire preuve de l'audace nécessaire pour prendre des initiatives analogues dans le cadre du contexte social qui est le leur.

296. De même, les mesures qui risqueraient d'aggraver les situations de conflit existantes ou d'engendrer de nouveaux conflits devraient être évitées ou être immédiatement suivies d'un moratoire sine die. Les exemples de ce qu'il ne faut pas faire abondent : évictions forcées (comme celle de la nation Navajo en Arizona), mesures de coercition à l'encontre des populations autochtones pour les contraindre à accepter de négocier (comme, par exemple, dans l'affaire du Lubicon Cree dans l'Alberta), fragmentation des nations autochtones pour les dresser les unes contre les autres (comme dans l'affaire de l'île nord d'Aotearoa/Nouvelle Zélande), mépris des autorités traditionnelles, qui se traduit par l'installation de nouvelles autorités soumises à des règles non autochtones (comme dans un certain nombre de cas aux États-Unis), poursuite de "projets d'aménagement" au détriment de l'habitat autochtone (comme dans le cas du fleuve BioBio au Chili), initiatives consistant à mettre l'accent sur les droits individuels par opposition aux droits communaux collectifs (dénoncées par la Confédération Haudenosaunee) et bien d'autres. Il faut éviter soigneusement de prendre ce genre de mesures.

297. Cette approche est dans la ligne de ce que le Rapporteur spécial a considéré dès le départ comme devant être au coeur de ses conclusions et recommandations, à savoir contribuer à favoriser l'établissement d'un nouveau mode de relations fondé sur la reconnaissance mutuelle, l'harmonie et la coopération, au lieu d'une attitude consistant à s'ignorer mutuellement dans un état de confrontation et de rejet".

Des conditions particulières

Caractères du processus de négociation

Les contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones ne peuvent établir des relations pérennes et justes qu'à la condition fondamentale qu'ils soient établis et mis en œuvre sur une base de confiance, de respect et de compréhension mutuels.

E/CN.4/Sub.2/1997/17:

"B. Mécanismes de négociation

76. Peut être les mécanismes de négociation offrent ils de plus grandes possibilités, compte tenu de la diversité des problèmes, des concepts et des perspectives, pour explorer la manière dont les droits fonciers des peuples autochtones pourront être pris en considération. Ces mécanismes offrent également aux deux parties des occasions plus propices de se comprendre et d'établir entre elles des relations de confiance. Si la négociation s'accomplit dans le respect entier et la reconnaissance des droits fondamentaux des peuples autochtones, elle peut aussi contribuer à l'établissement de relations politiques et juridiques durables. Cette solution pourra s'avérer plus constructive à la fois du point de vue des gouvernements et des peuples autochtones, ainsi que des tiers.

81. Enfin, le dialogue concret, constructif et formalisé, engagé sur le triple plan international, national et local au sujet des règles internationales concernant les droits de l'homme et applicables aux autochtones pourra se révéler comme plus fructueux pour faire comprendre les valeurs et les perspectives des peuples autochtones. Cette éducation sera indispensable pour que des mesures effectives soient prises en vue du règlement de conflits parfois très anciens et de la compréhension des divers éléments qui sont impliqués dans l'effort dont le but est de concilier les droits et les intérêts rivaux des peuples autochtones d'une part et des États d'autre part".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"102. Les efforts déployés par le Gouvernement canadien dans le cadre des négociations relatives aux traités et des procédures engagées en application de la politique de règlement des revendications sont un élément positif qui devrait aider à résoudre le problème des revendications foncières des autochtones de ce pays. Toutefois, ces deux processus soulèvent un certain nombre de questions qui nécessitent, semble-t-il, un examen plus attentif. Le sujet de préoccupation le plus souvent évoqué, tant par les groupes autochtones que par les organes de surveillance des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, concerne la poursuite par le Canada de sa politique d'extinction des titres aborigènes. Un autre sujet de préoccupation dont il est fait état tient à ce que les négociations relatives aux traités telles qu'elles se déroulent actuellement ne prévoient aucune protection pour les terres et les ressources aborigènes en jeu pendant toute la durée de la procédure. Un groupe autochtone a fourni des éléments qui, selon lui, montrent que toute tentative pour obtenir une telle protection auprès des tribunaux entraînerait l'arrêt des négociations de la part du gouvernement provincial et il a fait valoir qu'en tout état de cause il était extrêmement improbable que les tribunaux de Colombie britannique accordent cette protection. En outre, à sa connaissance, s'il était mis fin aux négociations du fait de recours engagés devant les tribunaux par la Première nation, celle-ci serait alors tenue de rembourser les subventions que lui avait accordées l'État pour participer au processus de négociation. Apparemment, il était prévu que ces subventions, dont le montant total s'élevait à ce jour à environ 75 millions de dollars des États-Unis pour les Premières nations de Colombie britannique, seraient remboursées par prélèvement sur les indemnités éventuellement versées dans le cadre du règlement négocié. Ce même groupe autochtone a soutenu que la Commission des traités de la Colombie britannique n'est pas en mesure de satisfaire aux exigences d'indépendance et de neutralité, car elle est financée entièrement par le Gouvernement et n'a pas compétence pour obliger l'État à reconnaître et protéger les terres et les droits aborigènes. Un autre groupe a indiqué qu'un nombre important de nations et de peuples autochtones ne participent pas aux négociations et que les voies qui s'offrent à eux pour faire reconnaître et protéger leurs droits fonciers, notamment la politique de règlement global des revendications, demeurent inacceptables".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"140. Il importe de traduire de façon concrète l'esprit et le but des traités et accords sur les terres et les ressources. Il faut pour cela que les parties soient disposées à se comporter en partenaires égaux et non en adversaires, et que toutes aient une compréhension claire de cet esprit et de ce but".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"4. M. Alfonso Martínez a fait valoir que si le séminaire devait tenir compte des traités historiques, il devait aussi être tourné vers l'avenir. Il a en outre rappelé aux participants que l'objectif ultime de l'étude était de proposer des moyens d'assurer toute la promotion et toute la protection possibles des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en droit interne et international, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques négociées par toutes les parties intéressées dans le cadre d'un processus visant à instaurer un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"26. Les experts ont réaffirmé la nécessité pour les États de mettre en oeuvre des processus participatifs, efficaces et équitables, fondés sur les principes du consentement préalable et éclairé et de la reconnaissance mutuelle, par lesquels les violations des traités et les différends relatifs à la mise en oeuvre et au respect de ceux-ci seraient examinés par les États et les parties autochtones aux traités".

De ce fait, les négociations doivent nécessairement être "justes", "équitables et volontaires".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"135. Un certain nombre de mesures concrètes positives, contribuant au règlement des questions foncières autochtones, ont été relevées. Les plus efficaces et les plus prometteuses semblent être celles qui reposent sur des négociations équitables et volontaires entre l'État et le peuple autochtone concerné, se déroulant soit au niveau national, soit sous les auspices d'un organisme international.

137. Aucune procédure de règlement des revendications foncières des autochtones ne saurait être efficace si elle n'est pas intrinsèquement juste et équitable.

138. L'expérience a montré que la conclusion et l'application, dans l'équité et la justice, de traités, accords et autres arrangements constructifs entre les États et les peuples autochtones sur la question des terres peuvent contribuer à un développement durable et écologiquement rationnel au bénéfice de tous".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"152. Les gouvernements sont encouragés à envisager de mettre en place et utiliser des mécanismes impartiaux, y compris des mécanismes internationaux, pour superviser et faciliter le règlement juste et équitable des réclamations concernant les terres et ressources autochtones et l'exécution des accords fonciers".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"4. M. Alfonso Martínez a fait valoir que si le séminaire devait tenir compte des traités historiques, il devait aussi être tourné vers l'avenir. Il a en outre rappelé aux participants que l'objectif ultime de l'étude était de proposer des moyens d'assurer toute la promotion et toute la protection possibles des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en droit interne et international, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques négociées par toutes les parties intéressées dans le cadre d'un processus visant à instaurer un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi".

Il convient en particulier d'éviter les clauses cachées ou de restreindre la période de négociation. Les parties doivent bien être considérées sur un même pied d'égalité et agir honnêtement en ce sens.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"United Nations bodies have also highlighted the need for good faith consultation to build confidence and dialogue in which both state and indigenous peoples are on even footing to reach mutually satisfactory agreements. The CERD has expressed concern about negotiations between indigenous peoples and private firms relating to the exploitation of resources, construction and tourism. It has noted that negotiations left to private firms have resulted in agreements that are partial and not in conformity with international standards and that the balance of power in such negotiations and agreements weighs heavily against the indigenous communities.¹³ Similarly, the Special Rapporteur has expressed concern to individual State parties noting that negotiated agreements that have provided benefits for indigenous traditional owners relating to mining and other natural resource exploitation on lands subject to native title claims indigenous rights are often inadvertently undermined because the terms of such agreements are kept secret, the traditional owners have limited time to negotiate, legal representation is often inadequate, Government involvement does not always align with indigenous interests and such agreements have not been developed in ways that maximize benefits for future generations".

Les négociations doivent être menées de bonne foi.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"United Nations bodies have also highlighted the need for good faith consultation to build confidence and dialogue in which both state and indigenous peoples are on even footing to reach mutually satisfactory agreements. The CERD has expressed concern about negotiations between indigenous peoples and private firms relating to the exploitation of resources, construction and tourism. It has noted that negotiations left to private firms have resulted in agreements that are partial and not in conformity with international standards and that the balance of power in such negotiations and agreements weighs heavily against the indigenous communities.¹³

Similarly, the Special Rapporteur has expressed concern to individual State parties noting that negotiated agreements that have provided benefits for indigenous traditional owners relating to mining and other natural resource exploitation on lands subject to native title claims indigenous rights are often inadvertently undermined because the terms of such agreements are kept secret, the traditional owners have limited time to negotiate, legal representation is often inadequate, Government involvement does not always align with indigenous interests and such agreements have not been developed in ways that maximize benefits for future generations.

The CERD has urged a State party to engage, in good faith, in negotiations based on recognition and reconciliation with indigenous peoples. Continued efforts to seek "in good faith agreements with [indigenous] peoples with regard to their lands and resources claims under culturally-sensitive judicial procedures, find means and ways to establish titles over their lands, and respect their treaty rights" have been recommended by the CERD. Similarly, a broader understanding of cooperation in instances where agreements have been concluded for the development of natural resources on or near indigenous lands has been encouraged by the Special Rapporteur and he has noted that rather than limit the interaction between extractive industries and indigenous people to compensation agreements, administrators should encourage ownership interest and profit-sharing in extractive industries, when indigenous communities are so inclined.

The building of confidence also depends on a true partnership supported by adequate resources. The Special Rapporteur has noted that States must duly address the imbalance of power present in projects "by ensuring arrangements by which indigenous peoples have the financial, technical and other assistance they need, and they must do so without using such assistance to leverage or influence indigenous positions in the consultations."".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"4. M. Alfonso Martínez a fait valoir que si le séminaire devait tenir compte des traités historiques, il devait aussi être tourné vers l'avenir. Il a en outre rappelé aux participants que l'objectif ultime de l'étude était de proposer des moyens d'assurer toute la promotion et toute la protection possibles des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en droit interne et international, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques négociées par toutes les parties intéressées dans le cadre d'un processus visant à instaurer un climat de confiance mutuelle fondé sur la bonne foi".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"30. Mme Sharon Venne a déclaré que les principes de bonne foi et de consentement préalable, libre et éclairé étaient également importants. Le fait de remplacer des traités historiques par des traités dits modernes était une façon de placer les traités dans un contexte national. Elle a critiqué la pratique de certains gouvernements tendant à négocier avec des autochtones qui n'étaient pas pleinement représentatifs de leur communauté".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"51. M. William Means a appelé l'attention sur les principes auxquels, selon le Rapporteur spécial, devraient obéir les traités et les arrangements constructifs, et qui étaient pour l'essentiel les mêmes que pour les traités et arrangements constructifs historiques: représentants mandatés, accord de base, ratification et pouvoir effectif des négociateurs de lier les parties. Il a souligné que le plus important était la réciprocité, non seulement au sens juridique, mais aussi au sens d'un processus librement engagé au sens le plus large par les deux parties. Les deux parties devaient être de bonne foi et être résolues à négocier librement et sans contrainte, sur un pied d'égalité, avec l'intention de respecter et d'appliquer complètement les accords conclus".

Il importe de respecter l'autonomie de chacun.

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"137. D'autres situations juridiques pouvant être qualifiées par certains auteurs d'"arrangements constructifs" et tout particulièrement la Convention de La Baie James et du Nord québécois, la première d'une série d'ententes sur les revendications territoriales globales au Canada que le Rapporteur spécial a analysées dans son troisième rapport intérimaire peuvent susciter les mêmes préoccupations.

138. Ces préoccupations concernent notamment le fait que, dans ce cas particulier, le processus de négociation a démarré dans le sillage d'une très vive effervescence née autour d'un projet gouvernemental de construction d'une centrale hydroélectrique. De plus, l'ampleur du contentieux a amené le Rapporteur spécial à s'interroger sur l'efficacité de négociations menées dans un climat de contrainte économique, écologique et politique créé par des politiques gouvernementales unilatérales".

Caractères du mécanisme de contrôle et de sanction

Le mécanisme de contrôle et de sanction doit être "efficace". De ce fait, il doit répondre à des conditions minimales indispensables clairement identifiées.

E/CN.4/2004/111:

"7. Les experts invitent les États à respecter les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus entre les États et les peuples autochtones et, si des différends surviennent, de mettre en place des mécanismes efficaces pour les régler. Les processus de règlement des différends devraient, entre autres:

- a) Être mis en place avec le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause par les peuples autochtones concernés;
- b) Intégrer les lois et normes juridiques autochtones;
- c) Être indépendants et libres de toute ingérence politique;
- d) Prendre en compte le caractère collectif des droits des peuples autochtones, en particulier à leurs terres et à leurs ressources".

Il doit être "indépendant".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"46. Mme Claire Charters a présenté son rapport, intitulé «Report on the Treaty of Waitangi 1840 between Maori and the British Crown». Elle a fait valoir que pour être efficaces et, surtout, équitables, les procédures de règlement des litiges relatifs aux traités devaient répondre à certains critères. Les difficultés auxquelles se heurtait la création d'un partenariat qui s'appuierait sur les procédures actuelles de règlement des litiges au titre du Traité de Waitangi tenaient à plusieurs raisons: certains droits des Maoris, garantis en vertu du traité, ne faisaient pas partie des négociations, comme par exemple l'autodétermination (rangatiratanga) et les droits des Maoris sur les réserves de pétrole et de gaz. De même, il n'existait aucun organisme indépendant chargé de superviser et de contrôler le règlement des litiges au titre du traité, l'Office of Treaty Settlements (organe relevant du Ministère de la justice) étant chargé de négocier et d'élaborer les politiques au nom du Gouvernement.

50. M. Raja Devasish Roy a expliqué que la négociation et l'application devaient être considérées comme un processus continu et que les accords devaient prévoir des garanties. L'Accord de Chittagong Hill Tracts de 1997, par exemple, ne prévoyait pas d'arbitrage ou de médiation. Or l'expérience avait montré qu'il était utile de pouvoir recourir à un médiateur indépendant. Il a souligné l'utilité des clauses d'immutabilité dans les traités et les arrangements constructifs afin de prévenir toute révocation ou dénonciation arbitraire et unilatérale des responsabilités. En particulier, il faudrait prévoir une double clause d'immutabilité qui empêcherait que la seule modification de la constitution nationale permette de revoir le traité. Il a donné deux exemples de garanties constitutionnelles des droits conventionnels: l'Accord de Mizoram de 1985, qui exige une majorité des deux tiers pour toute modification ou tout amendement de la constitution et, dans le cas d'un parlement en deux chambres, une majorité des deux tiers dans les deux chambres et l'accord de l'Assemblée des États Mizoram. Un autre exemple est le statut d'autonomie du Sud Tyrol, garanti par un traité bilatéral entre l'Italie et l'Autriche".

Il doit être équitable et "pleinement" participatif.

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"14. La discussion sur les traités a essentiellement porté sur leur utilité en tant que mécanismes et modèles de règlement des différends et conflits entre les États et représentants des peuples autochtones. Les experts ont estimé que, pour constituer un cadre utile de réconciliation, les traités devaient être interprétés de la même façon par l'ensemble des parties et respectés. Ils ont également relevé que les traités pouvaient jouer un rôle déterminant dans les processus de discussion ou de règlement concernant des peuples autochtones, et ont mis l'accent sur la prévention des conflits et la mise en place de processus équitables et pleinement participatifs, visant à assurer une réparation effective en cas de violations".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"26. Les experts ont réaffirmé la nécessité pour les États de mettre en oeuvre des processus participatifs, efficaces et équitables, fondés sur les principes du consentement préalable et éclairé et de la reconnaissance mutuelle, par lesquels les violations des traités et les différends relatifs à la mise en oeuvre et au respect de ceux-ci seraient examinés par les États et les parties autochtones aux traités".

Il doit être "accessible".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"39. Les experts ont réaffirmé l'appel contenu dans l'Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs à la reconnaissance internationale des traités conclus entre les peuples autochtones et les États, et à l'institution de mécanismes efficaces et accessibles assurant une réparation internationale en cas de violation et d'abrogation de traités".

Il doit être fondé "sur les principes du consentement préalable et éclairé et de la reconnaissance mutuelle".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"26. Les experts ont réaffirmé la nécessité pour les États de mettre en oeuvre des processus participatifs, efficaces et équitables, fondés sur les principes du consentement préalable et éclairé et de la reconnaissance mutuelle, par lesquels les violations des traités et les différends relatifs à la mise en oeuvre et au respect de ceux-ci seraient examinés par les États et les parties autochtones aux traités".

Renforcement des capacités et appui à la compréhension

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"43. Les experts ont lancé un appel au Haut-Commissariat aux droits de l'homme afin qu'il élabore, conjointement avec le Groupe de travail sur les peuples autochtones et les organisations et nations autochtones parties à un traité, un programme de renforcement des capacités et de formation pour les peuples autochtones, le personnel des Nations Unies et les représentants des États sur l'utilisation des traités, accords et arrangements constructifs à des fins de prévention et de règlement des conflits".

Validation constitutionnelle des accords et des contrats

Afin de renforcer la force des contrats et des accords et ainsi d'en garantir le respect et la réalisation, les principes fondamentaux les concernant devraient figurer dans l'acte juridique suprême, spécialement la Constitution.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The Special Rapporteur has in one case encouraged the review of constitutional arrangements as they relate to indigenous peoples to address insecurity and instability associated with the lack of constitutional security for treaty principles".

Procédure de négociation, de mise en œuvre, de révision, de contrôle et de sanction

Tous les aspects de la naissance, de la vie et de la mort des contrats et des accords doivent être envisagés. Ils doivent par ailleurs être régis de manière à concrétiser ces contrats et ces accords et ainsi à en garantir réellement et efficacement la réalisation de leurs finalités. Ceci implique un appui global, réel, finalisé et adapté aux acteurs impliqués, spécialement aux peuples autochtones.

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"155. Les États devraient prévoir des mesures efficaces pour la mise en œuvre, la révision et l'exécution des règlements et accords fonciers, ainsi que pour la résolution des litiges".

Ces procédures ne doivent pas être simplement formelles. L'obligation des États n'est pas en la matière une simple obligation de moyens mais aussi et surtout une obligation de résultat.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) contains express references to treaties, agreements and other constructive arrangements in both the preambular paragraphs and the main body of the declaration.

Preambular paragraph 8

Recognizing also the urgent need to respect and promote the rights of indigenous peoples affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements with States, [...]

Preambular Paragraphs 14 and 15

Considering that the rights affirmed in treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous peoples are, in some situations, matters of international concern, interest, responsibility and character,

Considering also that treaties, agreements and other constructive arrangements, and the relationship they represent, are the basis for a strengthened partnership between indigenous peoples and States, [...]

Article 37

1. Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements.

2. Nothing in this Declaration may be interpreted as diminishing or eliminating the rights of indigenous peoples contained in treaties, agreements and other constructive arrangements.

The UNDRIP obliges the United Nations, its bodies and specialized agencies to promote respect for and full application of the UNDRIP.

Article 42

The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration".

Elles doivent ainsi être "efficaces".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"25. Les experts ont noté avec préoccupation que les États n'appliquaient pas les recommandations, en particulier celles qui figurent dans les paragraphes 7 et 8 du rapport sur le séminaire de 2003 concernant la nécessité de créer des mécanismes efficaces, sur la base de processus convenus d'un commun accord et visant à traiter les questions relatives à la mise en oeuvre et au respect des traités, ainsi qu'à la prévention et à la résolution des conflits y relatifs".

Par expérience, elle impliquerait la création d'institutions internes spécifiques originales auxquelles les autochtones doivent participer sur un pied d'égalité avec les non autochtones. Il n'y a pas d'institution type. Elles doivent être fixées par les deux parties d'un commun accord en fonction de leur réalité propre et adaptée à celle-ci.

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"306. Le Rapporteur spécial a déjà indiqué (par. 261) que, de l'avis quasi unanime, à voir le sort que connaissent aujourd'hui les populations autochtones, les mécanismes en place, sur le plan administratif ou judiciaire, dans les États non autochtones n'ont pas été en mesure d'améliorer cette situation difficile. Il a donc un certain nombre de recommandations à formuler à ce sujet.

307. La première a trait à la création, à l'intérieur des États dans lesquels il existe un nombre important d'autochtones, d'une instance spéciale entièrement nouvelle chargée exclusivement des questions autochtones, indépendante des structures gouvernementales existantes (centrales ou autres), mais financée à l'aide de fonds publics, qui serait appelée à remplacer petit à petit les branches de l'administration qui s'occupent aujourd'hui de ces questions.

308. Cette instance spéciale devrait, à son sens, être composée de quatre organes spécialisés (de caractère permanent et dotés d'un personnel professionnel compétent), à savoir :

- i) un organe consultatif de règlement des différends auquel seraient obligatoirement soumis tous les différends, y compris en matière de mise en œuvre des traités, qui surgiraient entre populations autochtones et personnes, entités et institutions non autochtones (y compris les institutions publiques) et qui serait habilité à encourager et à organiser des négociations entre les parties intéressées et à formuler les recommandations qui lui paraîtraient pertinentes pour régler le différend;
- ii) un organe chargé de rédiger, dans le cadre de négociations menées avec les peuples autochtones concernés : a) de nouveaux instruments juridiques bilatéraux consensuels avec les populations autochtones intéressées et b) de nouveaux textes de loi et autres propositions qui seraient soumises aux organes du gouvernement compétent, organes législatifs ou administration, afin de mettre en place progressivement un nouvel ordre juridique institutionnalisé applicable à toutes les questions autochtones et conforme aux besoins des populations autochtones;
- iii) un organe judiciaire collégial auquel toutes les affaires qui n'auraient pas pu être réglées dans des délais raisonnables grâce aux recommandations de l'organe consultatif seraient obligatoirement renvoyées. Cet organe serait habilité à trancher dans ces affaires et aurait la capacité de prendre des décisions finales exécutoires en recourant aux pouvoirs coercitifs de l'État;
- iv) un organe administratif qui s'occuperait de tous les aspects logistiques des relations entre autochtones et non autochtones.

309. Le Rapporteur spécial est pleinement conscient des nombreux obstacles auxquels une approche aussi novatrice et radicale risque de se heurter. On peut aisément imaginer, par exemple, les multiples intérêts acquis auxquels il pourrait être porté atteinte par suite du chevauchement des structures actuelles destinées à s'occuper des questions autochtones dans de nombreux pays. Cette approche ne peut être viable que s'il est fait preuve d'une ferme volonté politique, notamment chez les dirigeants du secteur non autochtone de la société. Un autre élément est capital : la participation effective des peuples autochtones de préférence sur un pied d'égalité avec les peuples non autochtones aux quatre organes recommandés est au cœur même de la "philosophie" qui inspire l'approche globale du Rapporteur spécial en la matière.

310. Il va de soi que ce qui précède n'est qu'une ébauche de la nouvelle institution recommandée. Il reste beaucoup à faire pour combler les lacunes évidentes dont elle s'accompagne. Certes, le Rapporteur spécial ne manque pas d'idées sur la manière d'en combler quelques-unes, mais il lui a paru avisé d'en laisser le soin aux parties intéressées dans les différents pays, pour qu'elles y procèdent ultérieurement, autour de la table des négociations. La manière dont les négociations seront organisées et menées pourrait être le test décisif qui permettra de dire l'intérêt de cette recommandation et de mettre à l'épreuve la viabilité de la structure proposée dans un contexte sociopolitique donné".

La procédure de négociation

La négociation doit impliquer toutes les parties concernées sans exception. C'est une garantie de réalité et de durabilité de la solution négociée.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The Special Rapporteur has recommended the involvement of all groups that have an interest in the issues under consideration in treaty settlement negotiations and, in consultation with the indigenous peoples, the strengthening of available mediation or other alternative dispute resolution mechanisms in order to address any conflicts regarding participation or representation in settlement negotiations".

Les négociations peuvent être supervisées par un tiers neutre, en particulier une institution internationale.

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

103. La procédure de règlement amiable appliquée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme fournit un cadre pour la négociation relative aux droits fonciers autochtones. Lorsqu'elle est saisie d'une pétition faisant état d'une violation des droits de l'homme, la Commission est habilitée, selon la Convention américaine des droits de l'homme, à se mettre «à la disposition des États intéressés en vue d'aboutir à un règlement amiable fondé sur le respect des droits de l'homme reconnus dans la [présente] Convention». En mars 1998, la Commission a annoncé que le Gouvernement paraguayen et les communautés autochtones de Laménxay et Riachito étaient parvenus à un accord pour le règlement d'une revendication foncière en vertu duquel une grande superficie de terres sera transférée aux demandeurs indiens. Ce règlement représente le premier accord conclu dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme qui rétablit les droits fonciers d'une communauté autochtone. Dans un autre cas, en février 1999, la Commission a présidé à l'ouverture de négociations officielles entre le Gouvernement bélizien et le peuple indien maya du Belize méridional. Ces négociations interviennent à la suite d'une campagne de longue haleine menée par les dirigeants mayas pour obtenir la reconnaissance des droits des Mayas sur leurs terres. Jusqu'ici, ces peuples autochtones ont été dans la situation de n'avoir aucun droit légal formel sur les terres où ils vivent traditionnellement. Le Gouvernement considère cette terre comme étant simplement une terre «publique». Depuis 1993, le Gouvernement avait accordé secrètement 17 concessions d'exploitation du bois sur plus de 500 000 hectares de terres mayas, ainsi que des concessions pétrolières et gazières sur pratiquement toute l'étendue de la zone, le tout sans avoir consulté les Mayas. Après avoir engagé en vain une procédure devant les tribunaux béliziens, ceux-ci ont déposé en 1998 une pétition auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme en faisant valoir que l'octroi des concessions au mépris des droits fonciers des Mayas constituait une violation de leurs droits fondamentaux. Initialement, le Gouvernement était disposé à négocier avec les Mayas sous les auspices de la Commission interaméricaine mais, après des mois d'efforts pour faire avancer les discussions, efforts qui n'ont abouti à rien, il a été mis fin à la procédure de règlement amiable. Toutefois, en grande partie grâce à l'intervention de la Commission, qui a supervisé la procédure et entrepris par la suite de mener une enquête sur l'affaire (enquête en cours), le Gouvernement et les communautés mayas sont convenus d'un cadre et d'un calendrier de discussions en vue du règlement des problèmes relatifs aux terres et aux ressources exposés dans la pétition".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"135. Un certain nombre de mesures concrètes positives, contribuant au règlement des questions foncières autochtones, ont été relevées. Les plus efficaces et les plus prometteuses semblent être celles qui reposent sur des négociations équitables et volontaires entre l'État et le peuple autochtone concerné, se déroulant soit au niveau national, soit sous les auspices d'un organisme international".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"152. Les gouvernements sont encouragés à envisager de mettre en place et utiliser des mécanismes impartiaux, y compris des mécanismes internationaux, pour superviser et faciliter le règlement juste et équitable des réclamations concernant les terres et ressources autochtones et l'exécution des accords fonciers".

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The Special Rapporteur has recommended the involvement of all groups that have an interest in the issues under consideration in treaty settlement negotiations and, in consultation with the indigenous peoples, the strengthening of available mediation or other alternative dispute resolution mechanisms in order to address any conflicts regarding participation or representation in settlement negotiations".

Il est indispensable d'instituer un mécanisme de suivi, de contrôle et de sanction "impartial", régulier.

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"136. L'existence d'un système constitutionnel et juridique équitable, y compris un système judiciaire impartial offrant les garanties d'une procédure régulière, est importante pour le succès des procédures de règlement foncier et l'exécution des décisions auxquelles elles aboutissent. Dans certains pays, la mise en place de procédures judiciaires équitables pour assurer l'application des traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les peuples autochtones s'est avérée un moyen utile d'encourager le respect desdits accords et d'éduquer les communautés autochtones et non autochtones".

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"152. Les gouvernements sont encouragés à envisager de mettre en place et utiliser des mécanismes impartiaux, y compris des mécanismes internationaux, pour superviser et faciliter le règlement juste et équitable des réclamations concernant les terres et ressources autochtones et l'exécution des accords fonciers".

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"United Nations bodies have also highlighted the need for good faith consultation to build confidence and dialogue in which both state and indigenous peoples are on even footing to reach mutually satisfactory agreements. The CERD has expressed concern about negotiations between indigenous peoples and private firms relating to the exploitation of resources, construction and tourism. It has noted that negotiations left to private firms have resulted in agreements that are partial and not in conformity with international standards and that the balance of power in such negotiations and agreements weighs heavily against the indigenous communities.¹³ Similarly, the Special Rapporteur has expressed concern to individual State parties noting that negotiated agreements that have provided benefits for indigenous traditional owners relating to mining and other natural resource exploitation on lands subject to native title claims indigenous rights are often inadvertently undermined because the terms of such agreements are kept secret, the traditional owners have limited time to negotiate, legal

representation is often inadequate, Government involvement does not always align with indigenous interests and such agreements have not been developed in ways that maximize benefits for future generations".

En cas de contestation sur la représentativité d'une des parties, doit être établie "in consultation with the indigenous peoples" une "available mediation or other alternative dispute resolution mechanisms". I

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The Special Rapporteur has recommended the involvement of all groups that have an interest in the issues under consideration in treaty settlement negotiations and, in consultation with the indigenous peoples, the strengthening of available mediation or other alternative dispute resolution mechanisms in order to address any conflicts regarding participation or representation in settlement negotiations".

De par les indispensables caractères de la négociation, les Etats doivent fournir aux peuples autochtones un appui matériel, spécialement financier, afin de créer et de renforcer leurs capacités de négociation (accès aux moyens de documentation, formation à la négociation, etc.).

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"139. Les gouvernements doivent veiller à ce que les peuples autochtones aient accès à des ressources suffisantes pour documenter et négocier leurs revendications, de manière que le règlement de celles-ci soit équitable, juste et durable.

156. Les États et les institutions intergouvernementales, y compris les organismes et organes du système des Nations Unies, devraient rechercher les moyens de répondre aux importants besoins de formation, d'éducation et de ressources financières et techniques, de manière à permettre aux peuples autochtones qui engagent un processus de négociation de le faire en pleine connaissance de cause et avec le bagage technique requis pour appréhender toutes les implications d'une négociation portant sur les droits fonciers. La formation et l'éducation devraient également figurer en bonne place dans les accords négociés".

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The building of confidence also depends on a true partnership supported by adequate resources. The Special Rapporteur has noted that States must duly address the imbalance of power present in projects "by ensuring arrangements by which indigenous peoples have the financial, technical and other assistance they need, and they must do so without using such assistance to leverage or influence indigenous positions in the consultations.""

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"He has further recommended to a State that, in consultation with indigenous peoples, it should explore and develop means of addressing indigenous peoples concerns regarding a treaty settlement negotiation process, especially the perceived imbalance of power between indigenous peoples and Government negotiators including consideration of forming an independent and impartial commission or tribunal that would be available to review Treaty settlements".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"28. Plusieurs participants autochtones ont souligné qu'il fallait adopter des mesures de réconciliation et de confiance mais que les États n'avaient pas la volonté politique de le faire. M. Raja Devasish Roy a fait observer que l'évaluation du succès ou de l'échec des arrangements reposait forcément sur des analyses subjectives, fondées sur les intentions des parties aux accords, et que c'était généralement la partie non étatique qui était la plus faible des deux et manifestait le plus d'appréhension. La crainte que les gouvernements ne s'acquittent pas de leurs engagements après la signature d'un accord n'était donc pas très surprenante. Un des moyens de régler le problème était d'étaler les négociations dans le temps et de prévoir des arrangements de réciprocité. Il a cité le plan visant à lier le retour au Bangladesh des réfugiés paharis en provenance d'Inde à la réinstallation des colons bengalis en dehors de la région des collines de Chittagong, ce qui était une forme d'arrangement de réciprocité".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"30. Mme Sharon Venne a déclaré que les principes de bonne foi et de consentement préalable, libre et éclairé étaient également importants. Le fait de remplacer des traités historiques par des traités dits modernes était une façon de placer les traités dans un contexte national. Elle a critiqué la pratique de certains gouvernements tendant à négocier avec des autochtones qui n'étaient pas pleinement représentatifs de leur communauté".

La procédure de mise en œuvre

E/CN.4/Sub.2/2001/21:

"140. Il importe de traduire de façon concrète l'esprit et le but des traités et accords sur les terres et les ressources. Il faut pour cela que les parties soient disposées à se comporter en partenaires égaux et non en adversaires, et que toutes aient une compréhension claire de cet esprit et de ce but".

Elle doit être établie "d'un commun accord" par les parties à l'accord ou au contrat.

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"25. Les experts ont noté avec préoccupation que les États n'appliquaient pas les recommandations, en particulier celles qui figurent dans les paragraphes 7 et 8 du rapport sur le séminaire de 2003 concernant la nécessité de créer des mécanismes efficaces, sur la base de processus convenus d'un commun accord et visant à traiter les questions relatives à la mise en œuvre et au respect des traités, ainsi qu'à la prévention et à la résolution des conflits y relatifs".

Il est essentiel d'éduquer les non autochtones sur l'importance des contrats et des accords. La "pleine et directe" participation des autochtones à ces programmes d'éducation est essentielle.

E/CN.4/2004/111:

"8. Les experts recommandent aux États de promouvoir les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus par les peuples autochtones et d'éduquer le grand public à cet égard, en particulier dans le cadre du système d'enseignement, en soulignant que ces instruments sont des accords sacrés qui définissent la nature des rapports des peuples autochtones avec la famille des nations".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"29. Les experts ont appelé les États à prévoir et financer des programmes d'enseignement dans le système scolaire public et autres programmes pédagogiques sur la véritable histoire des peuples autochtones, les droits conventionnels et les responsabilités de leur propres ressortissants, organismes publics et fonctionnaires, en veillant à ce que les peuples autochtones y participent pleinement et directement".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"29. Les experts ont appelé les États à prévoir et financer des programmes d'enseignement dans le système scolaire public et autres programmes pédagogiques sur la véritable histoire des peuples autochtones, les droits conventionnels et les responsabilités de leur propres ressortissants, organismes publics et fonctionnaires, en veillant à ce que les peuples autochtones y participent pleinement et directement".

Les règles d'interprétation

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"22. Les experts ont insisté sur la nécessité de faire valoir l'interprétation par les peuples autochtones des traités les concernant, telle qu'elle ressort des récits oraux et traditions et notions exprimées dans leurs propres langues.

23. Les experts ont insisté sur le fait que ces interprétations devaient guider l'ensemble des processus actuels de règlement des conflits et des différends relatifs à l'abrogation et à la mise en œuvre des traités entre les États et les peuples autochtones et des droits qu'ils énoncent".

E/CN.4/Sub.2/1999/20:

"318. Autre recommandation qu'il semble opportun d'adresser aux institutions publiques qui s'occupent des questions autochtones : dans l'élaboration des décisions concernant les questions qui intéressent les peuples autochtones, elles devraient appliquer et interpréter (ou continuer d'appliquer et d'interpréter) les dispositions de la législation nationale et les normes et instruments internationaux de la manière la plus favorable pour les peuples autochtones, notamment s'agissant des droits résultant des traités. S'agissant de traités, accords ou arrangements constructifs, il y aurait lieu d'accorder la même importance à l'interprétation de leurs dispositions donnée par la partie autochtone qu'à l'interprétation de la partie non autochtone".

La procédure de révision

Il convient de prévoir périodiquement une évaluation des contrats et accords et si besoin est leur révision. Celles-ci peuvent être entreprises par des tiers.

"Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements". Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"It has further recommended that treaties concluded with indigenous peoples should provide for periodic review, including by third parties, where possible".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"50. M. Raja Devasish Roy a expliqué que la négociation et l'application devaient être considérées comme un processus continu et que les accords devaient prévoir des garanties. L'Accord de Chittagong Hill Tracts de 1997,

par exemple, ne prévoyait pas d'arbitrage ou de médiation. Or l'expérience avait montré qu'il était utile de pouvoir recourir à un médiateur indépendant. Il a souligné l'utilité des clauses d'immutabilité dans les traités et les arrangements constructifs afin de prévenir toute révocation ou dénonciation arbitraire et unilatérale des responsabilités. En particulier, il faudrait prévoir une double clause d'immutabilité qui empêcherait que la seule modification de la constitution nationale permette de revoir le traité. Il a donné deux exemples de garanties constitutionnelles des droits conventionnels: l'Accord de Mizoram de 1985, qui exige une majorité des deux tiers pour toute modification ou tout amendement de la constitution et, dans le cas d'un parlement en deux chambres, une majorité des deux tiers dans les deux chambres et l'accord de l'Assemblée des États Mizoram. Un autre exemple est le statut d'autonomie du Sud Tyrol, garanti par un traité bilatéral entre l'Italie et l'Autriche".

Elle doit être établie "d'un commun accord" par les parties à l'accord ou au contrat.

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"25. Les experts ont noté avec préoccupation que les États n'appliquaient pas les recommandations, en particulier celles qui figurent dans les paragraphes 7 et 8 du rapport sur le séminaire de 2003 concernant la nécessité de créer des mécanismes efficaces, sur la base de processus convenus d'un commun accord et visant à traiter les questions relatives à la mise en oeuvre et au respect des traités, ainsi qu'à la prévention et à la résolution des conflits y relatifs".

La procédure de contrôle et de sanction

C'est un mécanisme essentiel.

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"50. M. Raja Devasish Roy a expliqué que la négociation et l'application devaient être considérées comme un processus continu et que les accords devaient prévoir des garanties. L'Accord de Chittagong Hill Tracts de 1997, par exemple, ne prévoyait pas d'arbitrage ou de médiation. Or l'expérience avait montré qu'il était utile de pouvoir recourir à un médiateur indépendant. Il a souligné l'utilité des clauses d'immutabilité dans les traités et les arrangements constructifs afin de prévenir toute révocation ou dénonciation arbitraire et unilatérale des responsabilités. En particulier, il faudrait prévoir une double clause d'immutabilité qui empêcherait que la seule modification de la constitution nationale permette de revoir le traité. Il a donné deux exemples de garanties constitutionnelles des droits conventionnels: l'Accord de Mizoram de 1985, qui exige une majorité des deux tiers pour toute modification ou tout amendement de la constitution et, dans le cas d'un parlement en deux chambres, une majorité des deux tiers dans les deux chambres et l'accord de l'Assemblée des États Mizoram. Un autre exemple est le statut d'autonomie du Sud Tyrol, garanti par un traité bilatéral entre l'Italie et l'Autriche".

Elle doit être établie "d'un commun accord" par les parties à l'accord ou au contrat.

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"25. Les experts ont noté avec préoccupation que les États n'appliquaient pas les recommandations, en particulier celles qui figurent dans les paragraphes 7 et 8 du rapport sur le séminaire de 2003 concernant la nécessité de créer des mécanismes efficaces, sur la base de processus convenus d'un commun accord et visant à traiter les questions relatives à la mise en oeuvre et au respect des traités, ainsi qu'à la prévention et à la résolution des conflits y relatifs".

La procédure de contrôle et de sanction peut être menée par un organe spécial permanent. Par ailleurs compte tenu des coûts souvent élevés d'une procédure en cas de non respect présumé d'un contrat ou d'un accord, l'État doit appuyer financièrement ces actions afin d'en garantir l'existence et la réalisation.

“Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements”. Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The CERD has noted concern that claims of indigenous land rights in one State were being settled primarily through litigation at a disproportionate cost for the indigenous communities concerned due to the strongly adversarial positions taken by governments. It has recommended that a permanent commission of inquiry charged with making recommendations on claims brought by indigenous peoples relating to actions or omissions of the State for breach of the promises made in a treaty be granted legally binding powers to adjudicate treaty matters and be provided with increased financial resources".

“Strengthening Partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements”. Geneva, 16-17 July 2012. Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Background Note. Review of the findings and jurisprudence of treaty bodies and other United Nations human rights mechanisms relating to treaties, agreements and other constructive arrangements (2007-2012). Mr. Jesse McCormick:

"The CERD has also recommended that a State give serious consideration to the establishment of a Treaty Commission with a mandate to resolve treaty rights issues".

Les mécanismes de contrôle et de sanction doivent satisfaire à un certain nombre de conditions afin de répondre valablement à leur mission.

E/CN.4/2004/111:

"7. Les experts invitent les États à respecter les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus entre les États et les peuples autochtones et, si des différends surviennent, de mettre en place des mécanismes efficaces pour les régler. Les processus de règlement des différends devraient, entre autres:

- a) Être mis en place avec le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause par les peuples autochtones concernés;
- b) Intégrer les lois et normes juridiques autochtones;
- c) Être indépendants et libres de toute ingérence politique;
- d) Prendre en compte le caractère collectif des droits des peuples autochtones, en particulier à leurs terres et à leurs ressources".

Ils doivent par ailleurs respecter les interprétations des textes faites par les autochtones eux-mêmes.

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"22. Les experts ont insisté sur la nécessité de faire valoir l'interprétation par les peuples autochtones des traités les concernant, telle qu'elle ressort des récits oraux et traditions et notions exprimées dans leurs propres langues.

23. Les experts ont insisté sur le fait que ces interprétations devaient guider l'ensemble des processus actuels de règlement des conflits et des différends relatifs à l'abrogation et à la mise en œuvre des traités entre les États et les peuples autochtones et des droits qu'ils énoncent".

En tout cas, les organes des Nations Unies, et spécialement ceux en charge de vérifier l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, sont invités à surveiller l'application des contrats et accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones et de sanctionner ceux qui les violeraient. Toutefois, pour être pleinement utile, cette action nécessite l'acquisition de certaines connaissances indispensables à une bonne analyse des accords et des contrats, en particulier "des coutumes et traditions autochtones".

E/CN.4/2004/111:

"8. Les experts recommandent aux États de promouvoir les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus par les peuples autochtones et d'éduquer le grand public à cet égard, en particulier dans le cadre du système d'enseignement, en soulignant que ces instruments sont des accords sacrés qui définissent la nature des rapports des peuples autochtones avec la famille des nations.

15. Les experts recommandent aux organes des Nations Unies chargés du suivi des traités relatifs aux droits de l'homme d'accorder une attention particulière aux obligations contenues dans les traités, accords et autres arrangements constructifs signés par les États et les peuples autochtones, le non-respect de ces obligations ayant des effets négatifs en ce qui concerne les droits protégés par des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

16. Les experts recommandent également au Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones d'accorder une attention particulière à la question des traités, accords et autres arrangements constructifs lors de ses visites officielles".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"61. M. Jérémie Gilbert (Irish Centre for Human Rights) a expliqué que les précédents montraient que les organes de surveillance des traités pouvaient jouer un rôle important dans l'application et le suivi des traités et des arrangements constructifs conclus entre les peuples autochtones et les États. Même si leur mandat ne prévoyait pas qu'ils examinent la suite donnée à ces traités et arrangements, il leur appartenait tout de même de veiller à ce qu'ils soient appliqués dans le respect des droits de l'homme internationaux. Il y avait un lien juridique entre les droits consacrés par les pactes et les promesses contenues dans les traités et les Comités reconnaissaient que le non-respect des obligations conventionnelles avait des effets négatifs sur les droits protégés par les pactes. M. Gilbert a également indiqué que les organes internationaux relatifs aux droits de l'homme avaient de plus en plus tendance à suivre l'application des accords. Ainsi, à sa trente et unième session, dans ses observations finales sur le rapport du Guatemala, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels s'était inquiété de l'insuffisance des progrès réalisés par le Guatemala dans l'application des Accords de paix de 1996. M. Gilbert a également cité l'exemple des observations finales sur le Guatemala formulées par le Comité des droits de l'homme en 1996 ainsi que les critiques émises par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale à l'égard du Bangladesh concernant «la lenteur avec laquelle l'Accord de paix des Chittagong Hill Tracts [était] mis en œuvre".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"62. Mme Claire Charters a confirmé que les organes conventionnels pouvaient jouer un rôle essentiel dans l'application et la surveillance des traités et dans le règlement des différends concernant les traités. Toutefois, elle a souligné que, s'il existait de toute évidence des synergies entre les droits garantis par les traités des Nations Unies et le Traité de Waitangi, les organes conventionnels des Nations Unies n'étaient pas toujours l'instance la plus appropriée pour décider des questions relatives aux droits garantis aux peuples autochtones en vertu des traités. Elle a noté que les membres des organes conventionnels des Nations Unies avaient parfois une connaissance limitée des traités entre les États et les peuples autochtones ainsi que des coutumes et traditions autochtones. Elle a cité l'exemple de l'affaire Mahuika, à propos de laquelle le Comité des droits de l'homme avait estimé que la majorité des Maoris approuvaient l'accord de règlement du Traité de Waitangi. Or, selon la coutume de nombreux iwi et hapu maoris, les décisions étaient prises par consensus et non à la majorité. Le Comité des droits de l'homme avait donc involontairement passé outre cette coutume".

Recours nécessaire à la justice internationale

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

'33. M. Jonathan Bull, représentant le chef Simon Threefingers, a souligné que la question de l'application des traités conclus entre peuples autochtones et colonisateurs européens restait en grande partie une question d'interprétation partielle et d'abrogation institutionnelle unilatérale de tous les traités autochtones et qu'il fallait remédier à cette situation, pour instaurer des relations de paix et de respect mutuel. Bien qu'un processus bilatéral de nation à nation soit en place et qu'il soit même question d'établir un bureau de la Commission des traités en Alberta, qui fonctionnerait comme un quasi-tribunal, des réformes d'ordre législatif et politique étaient

entreprises sans qu'il soit vraiment tenu compte du traité et des peuples autochtones, considérés comme étant sur la voie du «progrès». Il faudrait créer un service de protection des traités qui serait doté des pouvoirs et de l'autorité requis pour trancher en toute impartialité les différends concernant les traités autochtones.

36. Tout en soutenant la recommandation figurant dans l'étude des traités concernant la création de «mécanismes spéciaux» à l'échelon national, nombre de participants ont exprimé des inquiétudes. M. Raja Devasish Roy a fait valoir que les peuples autochtones étaient souvent exclus du processus généralement «majoritaire» - et donc non démocratique - qui conduisait à la création de tels mécanismes. M. Kent Lebsock a fait observer que l'incorporation au droit interne des traités ou les tentatives visant à placer les traités internationaux sous contrôle judiciaire et législatif témoignent de l'inefficacité séculaire des juridictions nationales et de l'absence totale de participation effective des peuples autochtones à ces mécanismes. S'agissant de l'observation du Rapporteur spécial selon laquelle l'inefficacité des institutions nationales joue en faveur d'options internationales, il a souligné que les peuples autochtones se sont prononcés à maintes reprises en faveur d'une justice internationale. À son avis, lorsque des groupes entiers d'individus estiment, sur la base de nombreux faits historiques, qu'ils ne peuvent être traités sur un pied d'égalité, il est impossible de rendre la justice à l'échelon national".

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"74. Mme Charmaine White Face a souligné que des réunions comme le séminaire sur les traités, l'étude des traités et les informations recueillies par la Commission des droits de l'homme au cours des 10 dernières années montraient clairement qu'il fallait créer un organe consultatif qui ne se consacre qu'aux traités et aux arrangements constructifs conclus entre les nations autochtones et les États-nations. Cet organe aurait besoin d'un dépositaire pour les traités et devrait être habilité à conduire des études qui examineraient les problèmes et les solutions selon toutes les perspectives. Des participants ont également suggéré que, dans les cas où les litiges ne pouvaient pas être réglés avec l'assistance de la Commission des droits de l'homme, les nations autochtones ne se voient pas refuser le droit fondamental de porter le litige devant la Cour internationale de Justice".

Rôle des bailleurs

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

53. M. Raja Devasish Roy a mis en exergue l'importance des incitations et des sanctions («la carotte et le bâton») dans les négociations, le «bâton» pouvant prendre la forme de dispositions prévoyant le règlement des différends - en cas de non-application - par une cour, un tribunal ou un organisme d'arbitrage national ou supranational, la «carotte» comprenant les échanges commerciaux et d'autres avantages. Il a expliqué que la population de Chittagong Hill Tracts avait appris qu'il n'existait aux niveaux régional, national et international aucun mécanisme effectif pouvant être saisi pour faire appliquer les dispositions de l'Accord de 1997 qui n'étaient pas mises en œuvre. Il n'existait pratiquement aucun «bâton» à la disposition des parties autres que des États. M. Raja Devasish Roy a suggéré que, dans de tels cas, des pressions soient exercées sur les donateurs pour qu'ils prennent des mesures d'incitation, soit positives, soit négatives (par exemple, offrir ou refuser des aides, des prêts, des échanges commerciaux, des mandats politiques ou des avantages financiers). Cette approche pourrait également présenter l'avantage de ne pas mettre outre mesure dans l'embarras la partie «coupable», en particulier s'il s'agit d'un État inquiet pour sa réputation et sa souveraineté.

68. M. Liton Bom a appelé l'attention sur la situation des pays en développement dans lesquels les organismes des Nations Unies, les institutions financières et les pays donateurs avaient la possibilité et les moyens de jouer un rôle actif dans l'application et le suivi des traités et des arrangements constructifs et dans la prévention et le règlement des différends. Il a expliqué qu'un article de l'Accord de Chittagong Hill Tracts de 1997 disposait que le conseil régional devait être consulté pour chaque programme de développement devant être mis en œuvre dans les Hill Tracts. Or, le PNUD n'avait pas procédé à de telles consultations lors du lancement de son programme dans la région".

Création de nouveaux organes ou mécanismes internationaux spécifiques.

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7:

"74. Mme Charmaine White Face a souligné que des réunions comme le séminaire sur les traités, l'étude des traités et les informations recueillies par la Commission des droits de l'homme au cours des 10 dernières années montraient clairement qu'il fallait créer un organe consultatif qui ne se consacre qu'aux traités et aux arrangements constructifs conclus entre les nations autochtones et les États-nations. Cet organe aurait besoin d'un dépositaire pour les traités et devrait être habilité à conduire des études qui examineraient les problèmes et les solutions selon toutes les perspectives. Des participants ont également suggéré que, dans les cas où les litiges ne pouvaient pas être réglés avec l'assistance de la Commission des droits de l'homme, les nations autochtones ne se voient pas refuser le droit fondamental de porter le litige devant la Cour internationale de Justice".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"15. Un grand nombre d'orateurs ont relevé que, malheureusement, la mise en œuvre avait soulevé des difficultés par le passé, d'où l'intérêt pour les peuples autochtones d'en saisir la communauté internationale et de solliciter une évaluation de la part de l'ONU. Un intervenant a fait une proposition concrète relative à la justice réparatrice et aux possibilités pour les nations autochtones d'obtenir une indemnisation financière ou autres formes de réparation devant les tribunaux. Les participants ont abordé la question du rôle éventuel des organes des Nations Unies tels que l'Instance permanente sur les questions autochtones qui, ont-ils estimé, pouvait jouer un rôle d'arbitre en cas de conflit entre les nations autochtones et les États. Les experts ont noté que la création d'un tel mécanisme international, qui était souhaitable lorsque les conflits et violations ne pouvaient être traités par des processus bilatéraux conjointement mis en place par les parties au traité, nécessiterait une adaptation politique et technique considérable de la part de l'ONU.

40. Les experts ont appelé à l'application intégrale et efficace de l'article 42 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et demandé en particulier à l'Instance permanente sur les questions autochtones d'engager un processus quinquennal d'examen et de suivi fondé sur les rapports des États, organes et institutions spécialisés et organisations sur les traités et droits conventionnels".

Réparations en cas de violations

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"14. La discussion sur les traités a essentiellement porté sur leur utilité en tant que mécanismes et modèles de règlement des différends et conflits entre les États et représentants des peuples autochtones. Les experts ont estimé que, pour constituer un cadre utile de réconciliation, les traités devaient être interprétés de la même façon par l'ensemble des parties et respectés. Ils ont également relevé que les traités pouvaient jouer un rôle déterminant dans les processus de discussion ou de règlement concernant des peuples autochtones, et ont mis l'accent sur la prévention des conflits et la mise en place de processus équitables et pleinement participatifs, visant à assurer une réparation effective en cas de violations".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"15. Un grand nombre d'orateurs ont relevé que, malheureusement, la mise en œuvre avait soulevé des difficultés par le passé, d'où l'intérêt pour les peuples autochtones d'en saisir la communauté internationale et de solliciter une évaluation de la part de l'ONU. Un intervenant a fait une proposition concrète relative à la justice réparatrice et aux possibilités pour les nations autochtones d'obtenir une indemnisation financière ou autres formes de réparation devant les tribunaux. Les participants ont abordé la question du rôle éventuel des organes des Nations Unies tels que l'Instance permanente sur les questions autochtones qui, ont-ils estimé, pouvait jouer un rôle d'arbitre en cas de conflit entre les nations autochtones et les États. Les experts ont noté que la création d'un tel mécanisme international, qui était souhaitable lorsque les conflits et violations ne pouvaient être traités par des processus bilatéraux conjointement mis en place par les parties au traité, nécessiterait une adaptation politique et technique considérable de la part de l'ONU".

Cette réparation peut être "internationale".

A/HRC/EMRIP/2010/5:

"39. Les experts ont réaffirmé l'appel contenu dans l'Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs à la reconnaissance internationale des traités conclus entre les peuples autochtones et les États, et à

Conclusion

Le régime général des accords d'extraction, d'usage ou d'exploitation des ressources naturelles impliquant des peuples autochtones est une avancée certaine pour les Droits de l'Homme. Il garantit le respect des droits de ces populations et de leurs partenaires et ainsi le développement de relations apaisées et harmonieuses entre eux. Mais pour combien de temps encore? L'histoire du droit des autochtones et spécialement de celui des accords impliquant ces peuples montre que toute avancée en leur faveur peut être rapidement marquée par un reflux⁷. Comment soutenir les progrès éthiques et juridiques en la matière? Quel rôle utile les associations autochtones et leurs appuis peuvent-elles jouer? Le risque de reproduire le contexte idéologique et politique favorisant la régression des droits est aujourd'hui très fort en Afrique centrale. Ce risque ne tient pas aux conflits latents mais bien aux termes actuels de la défense et de la promotion des droits des autochtones, y compris par les autochtones eux-mêmes et leurs défenseurs⁸.

Annexe

CONTRAT DE VALORISATION D'UNE PLANTE UTILISEE PAR UNE COMMUNAUTE AUTOCHTONE

PARTIES:

Le présent contrat est conclu entre la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) du XXXX (*lieu de résidence de la communauté*) et XXXX (*nom du cocontractant non autochtone*) effectue des recherches sur une plante de la pharmacopée de la dite communauté.

OBJET:

Le présent contrat a pour objet de fixer les termes du partage équitable des bénéfices monétaires et le statut des informations, issus des recherche sur cette plante XXXX (*nom complet de la plante*) plante dont la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) du XXXX (*lieu de résidence de la communauté*) utilise les propriétés XXXX (*préciser lesquelles*) pour XXXX (*préciser l'objet de l'usage*) de manière traditionnelle, comme l'atteste la publication de XXXX (*indiquer une source constitutive de preuve*).

⁷ Karpe P., 2008. *Les collectivités autochtones*. L'Harmattan. Collection "Logiques juridiques".

⁸ Le Roy E. Autochtonies et intégrations régionales entre convergences et Ruptures. Colloque international, Rennes 27 et 28 novembre 2014. Peuples autochtones et organisations d'intégrations régionales. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles, de la biodiversité et des services écosystémiques. Réseau Thématique Pluridisciplinaire BIODISCEE "Biodiversité, Droit et services écosystémiques" CNRS INEE; Boutinot L, Karpe P. Peuples autochtones d'Afrique centrale et processus de construction d'une intégration sous-régionale. Colloque international, Rennes 27 et 28 novembre 2014. Peuples autochtones et organisations d'intégrations régionales. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles, de la biodiversité et des services écosystémiques. Réseau Thématique Pluridisciplinaire BIODISCEE "Biodiversité, Droit et services écosystémiques" CNRS INEE.

CHAMP D'APPLICATION:

Sont considérés l'ensemble des bénéfices monétaires quelle que soit leur origine (brevet ou autre) et quelle que soit le lieu de collecte de la plante citée en objet, c'est-à-dire de l'ensemble des activités directes et indirectes les concernant, entreprises sur la plante aussi bien issue du territoire de la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) qu'hors de celui-ci.

BREVET :

En cas de dépôt de brevet sur la plante citée en objet, la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) du XXXX (*lieu de résidence de la communauté*) sera copropriétaire du brevet, tout en étant exemptée des charges afférentes au brevet, selon des conditions qui seront fixées dans un contrat de copropriété de brevet.

DUREE :

Les droits financiers de la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) fixés par le présent contrat durent tant qu'existent des bénéfices monétaires issus des recherches sur la plante citée en objet.

MONTANT DES BENEFICES MONETAIRES :

La part des bénéfices monétaires dus à la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) seront fixés à la signature du contrat de copropriété de brevet ou autre type de valorisation économique de la plante citée en objet.

Cette part est fixée d'un commun accord entre les parties au contrat de copropriété.

Cette part doit à tout le moins être d'un montant suffisant pour contribuer au développement de la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*).

REEVALUATION DU MONTANT DES BENEFICES MONETAIRES :

La part des bénéfices monétaires due à la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) peut être réévaluée à tout moment d'un commun accord entre les parties au présent contrat.

Elle l'est nécessairement dans deux situations:

- 1) d'une part en cas de modification du montant global des bénéfices monétaires issus des recherches sur la plante citée en objet. A cette fin, la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*) doit être régulièrement, clairement et pleinement informée de l'évolution du montant global des bénéfices monétaires.
- 2) d'autre part afin de contribuer au développement de la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*).

DROITS SUR LES INFORMATIONS

L'information liée à la plante recouvre toute donnée, analyse et renseignement en la matière de nature scientifique, technique et factuelle sous quelle que forme que ce soit (écrite, orale, visuelle, analogique, numérique, etc.) et dans sa dimension économique, sociale, humaine et culturelle. Elle inclut également les techniques écologiquement rationnelles (ou écotechniques).

L'usage, l'acquisition, la détention, la publication, la compilation, le transfert, l'échange et la mise en commun d'information liée à la plante doivent être consenti par la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*).

L'usage, l'acquisition, la détention, la publication, la compilation, le transfert, l'échange et la mise en commun d'information liée doivent à tout le moins contribuer au développement de la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*). A défaut, elles ne peuvent être faites.

Toute publication d'information liée à la plante doit insérée la mention suivante:

"Nul ne peut jouir ou exercer de droits directs et indirects acquis, ou susceptibles de l'être, sur la base de la présente publication que sous réserve des droits des communautés locales créatrices ou détentrices des savoirs mentionnés dans la présente publication conformément aux différentes règles pertinentes applicables en la matière (entre autres article 8j) de la Convention sur la diversité biologique (CBD) et Décision VII/16 de la Conférence des parties à la CBD)".

Ou

"La jouissance et l'exercice de l'ensemble des droits directs et indirects acquis, ou susceptibles de l'être, sur la base de la présente publication se font sous réserve des droits des communautés locales créatrices ou détentrices des savoirs mentionnés dans la présente publication conformément aux différentes règles pertinentes applicables en la matière (entre autres article 8j) de la Convention sur la diversité biologique (CBD) et Décision VII/16 de la Conférence des parties à la CBD)".

L'ensemble des informations produites doivent être détenues, accessibles et compréhensibles par la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*).

Aucune information ne peut être utilisée, acquise, détenue, publiée, compilée, transférée, échangée ou mise en commun sans être au préalable détenue, accessible et compréhensible par la communauté XXXX (*nom de la communauté autochtone*).

REGLEMENT DES CONFLITS :

En cas de conflit lié à l'application du présent contrat, les parties devront obligatoirement procéder à une conciliation avant tout règlement par voie judiciaire. A cette fin, un médiateur est désigné et des procédures fixées d'un commun accord entre les parties.