



Conseil économique et social

Distr. générale
20 février 2013
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Douzième session

New York, 20-31 mai 2013

Point 6 de l'ordre du jour provisoire*

Débat sur la Conférence mondiale sur les peuples autochtones

Étude sur l'intégration des principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones aux constitutions nationales

Note du Secrétariat

En application de la décision prise par l'Instance permanente sur les questions autochtones à sa dixième session (voir E/2011/43, par. 101), Megan Davis, Simon William M'Viboudoulou, Valmaine Toki, Paul Kanyinke Sena, Edward John, Álvaro Esteban Pop Ac et Raja Devasish Roy, membres de l'Instance, ont mené l'étude ci-après de l'intégration des principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones aux constitutions nationales, en vue d'évaluer comment et dans quelle mesure les droits de ces peuples, en particulier ceux qui sont énoncés dans la Déclaration, étaient reconnus dans les constitutions nationales. Cette étude est présentée à l'Instance, réunie en sa douzième session.

* E/C.19/2013/1.



Étude sur l'intégration des principes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones aux constitutions nationales¹

I. Introduction

1. À sa dixième session, tenue en 2011, l'Instance permanente sur les questions autochtones a demandé qu'une étude soit réalisée pour déterminer comment et dans quelle mesure les droits fondamentaux des peuples autochtones, en particulier les droits énoncés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, étaient reconnus dans les constitutions nationales.

2. La présente étude donne un aperçu de l'évolution récente dans les États qui reconnaissent les droits des autochtones dans leur constitution. Elle expose les moyens pour lesquels des États s'emploient actuellement à réformer leur constitution pour que les droits et la culture de ces peuples y soient reconnus. Le chapitre II contient un examen des dispositions de la Déclaration se rapportant aux constitutions nationales. Le chapitre III expose succinctement comment sont reconnus les peuples autochtones ou leurs droits dans les constitutions d'un échantillon mondial de pays, le but étant de montrer comment la réforme constitutionnelle a été, ou peut être, entreprise. Le chapitre IV contient un examen plus détaillé des réformes constitutionnelles menées en Australie, au Bangladesh, au Kenya, au Népal et en Nouvelle-Zélande. Le chapitre V présente les conclusions et recommandations qui ressortent de l'étude.

II. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et intégration de ses principes dans les constitutions

3. Certaines dispositions de la Déclaration se rapportent à la question de la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans les constitutions nationales :

a) L'article 3 dispose que les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination et qu'en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel;

b) L'article 18 dispose que les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles;

c) L'article 19 dispose que les États doivent se concerter et coopérer de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés par l'intermédiaire de leurs

¹ Les auteurs tiennent à remercier John C. Scott, Daniel Cabello Llamas et Patricia Bittner, du Center for Public Service Communications, et Dennis Mairena, du Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas, de l'aide précieuse qu'ils leur ont apportée pour la préparation de la présente étude.

propres institutions représentatives avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

4. Dans la plupart des pays, la constitution est la loi suprême. Elle peut être non écrite, mais depuis la Seconde Guerre mondiale, les pays ont généralement adopté des constitutions écrites. Ces dernières décennies, de nombreux États ont reconnu, à différents degrés, les peuples autochtones dans leurs constitutions. Au degré le plus faible, cette reconnaissance prend la forme d'une simple formule non juridiquement contraignante. À de plus forts degrés de reconnaissance, la constitution peut consacrer des droits des peuples autochtones, comme leurs droits issus de traités ou leurs droits fonciers, ou confirmer l'interdiction de la discrimination raciale. La reconnaissance des peuples autochtones dans les constitutions nationales est considérée comme une initiative importante, symboliquement et concrètement, qui vise non seulement à consacrer les droits fondamentaux de ces peuples, mais aussi à améliorer leur bien-être. Comme un chef autochtone australien l'explique :

Il me semble finalement que la constitution nationale est le cadre dont dépend en dernière analyse le bien-être (ou le mal-être) des citoyens d'une nation, car c'est elle qui définit la façon dont une société sera gouvernée, la place du citoyen, et les rapports de celui-ci avec ses concitoyens et avec les institutions du pays².

5. L'idée est appuyée par le Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists (fédération des psychiatres d'Australie et de Nouvelle-Zélande), qui établit une corrélation entre la non-reconnaissance des peuples autochtones dans la constitution et le fait qu'ils soient défavorisés au plan socioéconomique. En particulier, la fédération fait valoir que la reconnaissance joue un rôle fondamental dans l'amélioration de la santé mentale des autochtones, et que la non-reconnaissance de l'existence d'un peuple dans la constitution d'un pays influe très défavorablement sur l'appréciation qu'a ce peuple de son identité et de sa valeur pour la communauté, perpétue la discrimination et les préjugés à son encontre et, partant, réduit encore davantage ses raisons d'espérer³.

III. Reconnaissance des droits des autochtones dans les constitutions nationales

6. Le présent chapitre expose les modalités selon lesquelles les pays appliquent les principes consacrés par les articles susmentionnés de la Déclaration. Les constitutions mentionnées ne reflètent pas toutes l'ensemble de ces articles. Certaines ne reflètent que partiellement tel ou tel article. La liste des pays choisis ici n'est pas une liste exhaustive de tous les pays qui intègrent la protection des droits

² Noel Pearson, « Constitutional reform crucial to indigenous wellbeing », *The Australian*, 24 décembre 2011. Consultable en anglais à l'adresse suivante : www.theaustralian.com.au/national-affairs/opinion/constitutional-reform-crucial-to-indigenous-wellbeing/story-e6frgd0x-1226229707704.

³ Groupe d'experts sur la reconnaissance des peuples autochtones australiens dans la constitution, *Recognising Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples in the Constitution: Report of the Expert Panel* (Canberra, janvier 2012), p. 40. Consultable en anglais à l'adresse suivante : www.youmeunity.org.au/final-report.

des autochtones dans leur constitution. Plus exactement, elle constitue un échantillon représentatif, au double plan régional et mondial, de l'éventail des moyens par lesquels ces droits sont reconnus dans les constitutions.

A. Article 3 de la Déclaration : droit à l'autodétermination

Arctique

7. L'article 2 de la Constitution suédoise dispose que les conditions permettant au peuple sami et aux minorités ethniques, linguistiques et religieuses de préserver et de développer une vie culturelle et sociale qui leur soit propre doivent être favorisées. L'article 17, qui traite de la liberté du commerce, donne à la population sami le droit de pratiquer l'élevage de rennes.

8. La Constitution finlandaise reconnaît le droit des Samis autochtones, ainsi que des Roms et autres groupes, de préserver et de développer leurs langues et leurs cultures propres. L'alinéa 121 dispose que, dans leur région d'origine, les Samis administrent de façon autonome les affaires linguistiques et culturelles.

9. L'article 110a de la Constitution norvégienne dispose qu'il incombe à l'État de créer des conditions permettant au peuple autochtone sami de préserver et de développer sa langue, sa culture et son mode de vie.

Amérique centrale et Amérique du Sud

10. L'article 2 de la Constitution mexicaine affirme que le droit à l'autodétermination des peuples autochtones doit être garanti dans un cadre général d'autonomie, conformément à la Constitution et d'une manière qui préserve l'unité nationale. La Constitution prévoit aussi que la loi doit protéger les langues, cultures, coutumes, ressources et formes spécifiques d'organisation sociale des peuples autochtones, et en favoriser le développement. Un véritable accès à la justice doit par ailleurs leur être garanti.

11. La Constitution brésilienne consacre un chapitre au droit des peuples autochtones. L'article 210 dispose qu'un certain nombre de modules des programmes d'enseignement primaire doivent promouvoir le respect des valeurs culturelles, et que dans les communautés autochtones cet enseignement doit garantir l'usage de la langue maternelle. En application de l'article 231, l'organisation sociale, les coutumes, les langues, les croyances et les traditions des peuples autochtones doivent être reconnues, ainsi que leurs droits originels sur les terres qu'ils occupent traditionnellement.

12. L'article 2 de la Constitution équatorienne reconnaît les langues autochtones comme faisant partie de la culture nationale. L'article 84 garantit la dignité des peuples et nations autochtones. L'article 242 indique que les régions autochtones doivent être administrées comme des entités territoriales distinctes, tandis que l'article 57 accorde aux peuples autochtones le droit d'appliquer leurs propres systèmes juridiques.

13. Les peuples autochtones sont reconnus dans la Constitution bolivienne. L'article 5 dispose que les langues autochtones sont des langues officielles au même titre que l'espagnol et qu'une place doit leur être faite dans un système éducatif multilingue. L'article 30 dispose que les peuples autochtones ont le droit de vivre

dans le respect de leur identité culturelle, de leurs croyances spirituelles, de leurs coutumes et de leurs cosmologies. Leur droit à l'autodétermination se traduit par un droit collectif sur leurs terres, la protection de leurs lieux sacrés et le respect et la promotion de leurs savoirs, médecine, rituels, symboles et costumes traditionnels, ainsi que par la propriété intellectuelle collective.

Fédération de Russie

14. L'article 69 de la Constitution russe garantit les droits des peuples autochtones minoritaires conformément aux principes et normes universellement reconnus du droit international, ainsi qu'aux traités et accords internationaux signés par la Fédération de Russie.

Amérique du Nord

15. La section 35 de la Constitution canadienne reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada, y compris sur des revendications territoriales. Si cette section ne prévoit pas expressément l'autonomie gouvernementale des autochtones, la politique gouvernementale part depuis 1995 du principe selon lequel ce droit est consacré par la Constitution⁴. La section 25 protège les droits existants des peuples autochtones en ce sens que les droits individuels garantis par la Constitution ne portent pas atteinte, de quelque manière que ce soit, aux droits des peuples autochtones. En 2010, le Gouvernement canadien a adopté la Déclaration, estimant qu'elle avait beaucoup en commun avec sa constitution, qui consacre les droits ancestraux et les droits issus de traités⁵.

16. La Constitution des États-Unis d'Amérique porte création d'une fédération tripartite de tribus indiennes souveraines, d'autorités locales pour chaque État et d'un gouvernement fédéral. Les neuvième et dixième amendements de la Constitution peuvent être interprétés comme protégeant le droit naturel des tribus indiennes à l'autonomie gouvernementale. En 2010, à l'issue d'un examen par divers organismes et en consultation avec des chefs tribaux et d'autres parties prenantes, la Déclaration, jugée en accord avec le droit d'autodétermination des Indiens déjà reconnu, a été adoptée au niveau fédéral⁶.

Afrique

17. L'article 6 de la Constitution sud-africaine reconnaît qu'historiquement, le statut et l'usage des langues autochtones ont été marginalisés, et dispose que l'État doit prendre des mesures concrètes pour accroître l'utilisation de ces langues.

⁴ Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, « L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie », 15 septembre 2010. Consultable à l'adresse suivante : <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100031843/1100100031844>.

⁵ Centre d'études en politiques internationales, « Canada and UNDRIP: moving forward on indigenous diplomacy » (Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : vers une diplomatie autochtone), 3 novembre 2011. Consultable en anglais à l'adresse suivante : <http://cips.uottawa.ca/canada-and-undrip-moving-forward-on-indigenous-diplomacy-2/>.

⁶ Congrès national des Indiens d'Amérique, « International issues » (Questions internationales). Consultable en anglais à l'adresse suivante : www.ncai.org/policy-issues/tribal-governance/international-issues.

Asie

18. La Constitution des Philippines, l'une des plus progressives d'Asie du Sud-Est, comporte plusieurs dispositions spécifiques sur les peuples autochtones. L'article XII (al. 5) dispose que l'État doit défendre les droits qu'ont les communautés culturelles autochtones sur leurs terres, en vue d'assurer leur bien-être économique, social et culturel. L'article XIV (al. 17) dispose que l'État doit reconnaître, respecter et défendre le droit des communautés culturelles autochtones de préserver et de développer leurs cultures, traditions et institutions, et qu'il doit prendre ces droits en compte dans l'élaboration des plans et politiques nationaux. L'article X (al. 1) délimite des régions autonomes dans la cordillère et en Mindanao musulmane.

19. La Constitution malaisienne prévoit des quotas spéciaux pour les peuples autochtones des États de Sabah et Sarawak en ce qui concerne les postes de fonctionnaire et l'attribution de licences (art. 153, 161, 161A, 161B et 161E). Des dispositions définissent des mesures concrètes de protection des peuples autochtones contre la discrimination [art. 8 et 161A(5)].

B. Article 18 de la Déclaration : droit de disposer d'organes de décision représentatifs

Arctique

20. La section 28 de la Constitution du Danemark attribue des sièges au Parlement aux représentants des îles Féroé et du Groenland (division administrative autonome d'outre-mer depuis 1979).

Amérique centrale et Amérique du Sud

21. L'article 7 de la Constitution de la Colombie reconnaît et protège la diversité ethnique et culturelle de l'État. L'article 330 prévoit que les territoires autochtones doivent être gouvernés par des conseils constitués et régis selon les coutumes de la communauté. L'article 246 dispose que les autorités autochtones peuvent exercer leur autorité dans les limites de leur compétence territoriale conformément à leurs propres lois et procédures.

Asie

22. La Constitution de l'Inde dispose que les membres des tribus et castes répertoriées (art. 330 et 332) peuvent occuper des fonctions législatives, permet la création de conseils de district et de conseils régionaux (sixième annexe) et réserve des places dans la fonction publique aux membres des tribus et castes répertoriées [art. 16 (4A)].

C. Article 19 de la Déclaration : droit de donner ou de refuser son consentement en ce qui concerne les décisions de l'État qui ont des incidences sur les peuples autochtones

Amérique centrale et Amérique du Sud

23. La Constitution de l'Équateur reconnaît le droit des peuples autochtones d'être consultés au sujet de l'exploration et de l'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent sur les terres leur appartenant [art. 57 (7)] et le droit d'entretenir, de développer et de gérer leur héritage culturel et historique [art. 57 (13)].

24. La Constitution de l'État plurinational de Bolivie dispose que la consultation préalable des peuples autochtones en ce qui concerne les questions qui les intéressent est une obligation de l'État, s'agissant en particulier de l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables sur les territoires appartenant aux peuples autochtones (art. 403 et 394).

Afrique

25. Aux termes de l'article 36 de la Constitution de l'Ouganda, les minorités ont le droit de participer au processus de prise de décisions et à ce que leurs vues et leurs intérêts soient pris en compte dans l'élaboration des plans et programmes nationaux.

Asie

26. Outre l'octroi du statut d'État et la création de conseils de district et de conseils régionaux dans le nord-est de l'Inde, la Constitution de l'Inde énonce plusieurs autres mesures destinées à protéger l'intégrité des peuples autochtones de cette région, désignés sous le nom de « tribus répertoriées ». Elle contient notamment une disposition interdisant au Parlement fédéral de légiférer quant aux pratiques en matière de régime foncier ou aux pratiques sociales ou religieuses des peuples des États du Nagaland et du Mizoram s'il n'a pas préalablement obtenu le consentement de l'assemblée législative concernée (art. 371A et 371G), et exigeant que les membres des tribus siégeant dans les organes législatifs soient consultés avant l'adoption de toute législation relative aux zones répertoriées (cinquième annexe).

27. La Constitution de la Malaisie reconnaît l'autorité autonome des États du Sabah et du Sarawak en ce qui concerne la législation relative au droit foncier (art. 95B, 95D et 95E).

IV. Évolution constitutionnelle vers la reconnaissance des droits des peuples autochtones

28. La présente section traite des mesures que prennent les pays pour incorporer les dispositions de la Déclaration dans leur constitution. Encore une fois, il ne s'agit pas de recenser de manière exhaustive toutes ces tentatives, mais plutôt de présenter un échantillon des initiatives prises au plan mondial, qui ont été couronnées de succès, ont porté certains fruits ou dont il reste encore à évaluer les résultats.

A. Article 3 de la Déclaration : droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Afrique

29. Le Kenya procède à divers changements constitutionnels concernant les droits des peuples autochtones. La notion de « communauté marginalisée » est définie de diverses façons dans la clause interprétative de la Constitution : une communauté traditionnelle qui, par besoin ou par désir de préserver de l'assimilation sa culture et son identité uniques, s'est tenue à l'écart du tissu social et économique du Kenya en général; une communauté autochtone qui a gardé et maintenu un style de vie et des moyens d'existence traditionnels fondés sur l'économie de la cueillette ou de la chasse; et une communauté – nomade ou établie – qui, du fait de son isolation géographique relative, n'a participé que marginalement à l'ensemble de la vie intégrée du Kenya sur les plans économique et social (art. 260). La Constitution prend maintenant en compte le concept d'autodétermination, tel qu'il est défini dans la Déclaration, en admettant officiellement le besoin ou le désir qu'ont ces communautés de préserver leur culture et leur identité uniques (art. 174).

30. L'article 7 impose à l'État l'obligation de promouvoir et de protéger la diversité des langues du peuple kényan et de promouvoir le développement et l'utilisation des langues autochtones. L'article 11 reconnaît que la culture est le fondement de la nation et fait obligation à l'État de promouvoir toutes les formes d'expression culturelle au moyen, entre autres, de la littérature, des arts, des célébrations traditionnelles, de la science, des communications, des médias, des publications et des bibliothèques. L'État est également tenu de reconnaître le rôle des technologies autochtones dans le développement de la nation, de promouvoir les droits du peuple kényan en matière de propriété intellectuelle, et d'adopter des lois qui garantissent que les communautés reçoivent une compensation ou des redevances pour l'utilisation de leurs produits culturels. Des lois devraient être également adoptées pour reconnaître et protéger le droit de propriété sur les semences et les variétés de plantes autochtones, leurs caractéristiques génétiques et diverses et leur utilisation par les communautés.

31. L'article 61 de la Constitution classe les terres en catégories : terres domaniales, terrains communaux ou terres privées. L'article 63 dispose que les terrains communaux sont dévolus aux communautés recensées sur la base de leur appartenance ethnique ou de leur culture ou autres attributs semblables. Ces terres comprennent celles détenues officiellement au nom des représentants d'un groupe, qui sont légalement transférées à une communauté en particulier, et toutes autres terres déclarées terrains communaux par décision du Parlement. Elles incluent également les terres détenues légalement, administrées ou utilisées par des communautés spécifiques en tant que les forêts communautaires, zones de pâturage ou sanctuaires et terres ancestrales, et les terres qui sont traditionnellement occupées par des communautés vivant de la cueillette et de la chasse. Plusieurs restrictions sont énoncées. Ainsi, on ne peut disposer de terrains communaux, ou les utiliser, autrement que dans les conditions prévues par la loi. En outre, au titre de l'article 66, l'État peut continuer d'administrer l'utilisation de toutes terres dans l'intérêt de la défense, de la sécurité publique, de l'ordre public, de la moralité publique, de la santé publique ou du plan d'occupation des sols.

Asie

32. Jusqu'à sa modification en 2011, la Constitution du Bangladesh ne contenait aucune référence spécifique aux peuples autochtones, dont la présence n'était qu'indirectement reconnue dans des dispositions relatives à l'égalisation des chances énonçant des mesures spéciales visant ceux que l'on qualifiait comme appartenant à la « catégorie moins développée de citoyens » [art. 14, 28 (4) et 29 (3)]. Avec le quinzième amendement, la Constitution charge l'État de prendre des mesures visant à protéger et à promouvoir la culture et les traditions locales uniques des tribus, des races minoritaires, des sectes et des communautés ethniques.

33. Le statut des peuples autochtones dans la Constitution du Pakistan, y compris pendant la période de 1947 à 1971 lorsque le Bangladesh faisait partie du Pakistan, a changé. De 1947 à 1962, les Chittagong Hill Tracts et le district de Mymensingh étaient inclus dans la liste des « zones exclues », conformément à la section 92 de la loi du Gouvernement indien de 1935. Les zones défavorisées étaient gouvernées selon des dispositions spéciales, et les lois d'application nationale générale ne les touchaient que sporadiquement ou avec des aménagements. Les dispositions spéciales reconnaissaient le statut des chefs traditionnels, des chefs de tribu et de village qui invoquaient le droit coutumier dans les zones relevant de leur compétence. Il était interdit aux étrangers, ou permis avec des restrictions, de pénétrer sur les terres traditionnelles ou d'acquérir des titres de propriété, et les opérations de prêt ou le commerce introduits par des étrangers étaient également soumis à des règles très strictes⁷.

34. De 1947 à 1971, des lois générales plus nombreuses ont été appliquées aux zones partiellement exclues, comme le Mymensingh (Bangladesh) et les États de Jharkhand, Madhya Pradesh et Orissa et plusieurs autres états de l'Inde péninsulaire, le Gouvernement central y jouant un rôle plus important. De ce fait, le rôle et le statut des institutions autochtones traditionnelles dans ces régions étaient moins visibles que dans les zones exclues. Sous l'administration britannique, toutes ces régions (y compris l'actuel Bangladesh, l'Inde et le Pakistan) jouissaient du statut de région exclusive, certaines parties en étaient alors (et restant) habitées essentiellement par des peuples autochtones (notamment dans les États d'Arunachal Pradesh, Meghalaya, Nagaland et Mizoram). Les zones exclues ou partiellement exclues étaient autrefois considérées comme des « zones en retard » (loi du Gouvernement indien de 1915, sect. 52A) et il y a plus longtemps encore, comme des « districts répertoriés » (*Scheduled Districts Act*, 1874).

35. Dans la Constitution de 1962, les zones exclues ont été redéfinies comme des zones tribales. La zone de Mymensingh a été retirée de la liste des zones tribales (bien qu'il convienne de noter que le peuple autochtone de la région avait alors été réduit à une minorité en raison d'une immigration sans frein), mais la zone des Chittagong Hill Tracts y est restée à l'instar de Dir, Chitral et plusieurs autres lieux désormais situés dans la province de Khyber Pakhtunkhwa (Pakistan). En 1964, suite à un amendement constitutionnel, le statut de zone tribale des Chittagong Hill Tracts a été révoqué, en violation de l'article 223 de la Constitution, qui garantissait des consultations avec les représentants de zones avant tout retrait de leur statut. Les Chittagong Hill Tracts ont été rattachées au Bangladesh lorsque le pays a gagné son

⁷ Zainul Aidin Ahmad, « Excluded areas under the new Constitution », *Congress Political and Economic Studies*, n° 4 (Allahabad, Ashraf, 1937).

indépendance en 1971. L'Accord des Chittagong Hill Tracts, signé entre le parti régional le plus important regroupant les peuples autochtones, Jana Sanghati Samiti, et le Gouvernement bangladais, en 1997, a redonné une mesure d'autonomie et d'indépendance politique à la région mais ne lui a pas rendu son statut constitutionnel spécial. L'absence de garanties constitutionnelles expresses a entraîné l'éclatement minoritaire des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales, y compris en raison du transfert de colons non autochtones, et a affaibli de manière visible leur système autonome de gouvernement, leurs droits à la terre et aux ressources, et leur intégrité politique, sociale et culturelle⁸.

36. Le Népal est en train d'adopter une nouvelle constitution, suite au passage de la monarchie à la république. Son projet de constitution provisoire prévoit des dispositions octroyant un certain degré d'autonomie aux tribus autochtones.

Pacifique

37. Une campagne est menée en Australie depuis des décennies pour que les droits des peuples autochtones soient reconnus dans la Constitution, du fait qu'ils ne le sont actuellement pas. La campagne porte sur les sections 25 et 51 (xxvi). La section 25 permet aux états d'exclure certaines races du droit de vote, et a été invoquée par le passé pour faire adopter des lois excluant les peuples aborigènes⁹. La section 51 (xxvi) confère au Parlement le pouvoir de légiférer pour le peuple aborigène, et permet l'adoption de lois relatives aux personnes appartenant à toute race à l'égard de laquelle il est jugé nécessaire d'adopter des lois spéciales. Une telle autorité peut donc être propice à des lois qui servent les intérêts des intéressés, ou les desservent. L'Australie n'ayant pas de déclaration des droits, le Gouvernement fédéral a toute licence pour adopter des lois racialement discriminatoires qui ont des effets négatifs sur les peuples autochtones. En conséquence, la présence d'une interdiction de la discrimination raciale solidement établie dans la Constitution est perçue comme étant cruciale pour la reconnaissance des peuples autochtones en Australie :

L'élimination de la discrimination raciale est liée de manière inhérente à la reconnaissance des peuples autochtones car les peuples autochtones en Australie, plus que tout autre groupe, ont énormément souffert de la discrimination raciale dans le passé. Cette discrimination a été si extrême que l'on a même nié le fait que nous existions. Les Australiens autochtones n'étaient donc pas reconnus. À l'époque, les peuples autochtones étaient explicitement exclus de notre constitution. Aujourd'hui encore, nous sommes soumis à des lois à tendance raciale dont il n'est pas exigé qu'elles servent nos intérêts, et qui n'interdisent en rien la discrimination défavorable³.

⁸ Jenneke Arens et Kirti Chakma, « Bangladesh: indigenous struggle in the Chittagong Hill Tracts », 2002. Disponible à l'adresse suivante : www.conflict-prevention.net/page.php?id=40&formid=73&action=show&surveyid=14.

⁹ Anthony Gray, « The guaranteed right to vote in Australia », *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, vol. 7, n° 2 (2007).

38. Tant le Gouvernement actuel que l'opposition sont déterminés à faire reconnaître dans la Constitution les droits des peuples aborigènes et des insulaires du détroit de Torres¹⁰. En 2010, le Premier Ministre a constitué un groupe d'experts chargé d'étudier les possibilités qui s'offrent d'organiser un référendum sur un amendement constitutionnel à ce sujet. Le groupe, composé d'experts autochtones et non autochtones, a consulté le peuple australien et les communautés aborigènes et les insulaires du détroit de Torres tout au long de l'année 2010, et a recommandé un certain nombre d'amendements à la Constitution, tendant notamment à ce que les sections 25 et 51 (xxvi) soient abrogées et à ce qu'une nouvelle section 51A soit insérée afin de reconnaître les peuples aborigènes et les insulaires du détroit de Torres et de préserver la capacité du Gouvernement d'adopter des lois qui servent leurs intérêts. Le groupe a en outre recommandé que soit insérée une nouvelle section 116A interdisant la discrimination raciale ainsi qu'une nouvelle section 127A reconnaissant que les langues des aborigènes et des insulaires du détroit de Torres étaient les toutes premières langues parlées en Australie tout en confirmant que l'anglais est la langue nationale³.

39. La Nouvelle-Zélande est l'un des trois seuls pays non dotés d'une constitution écrite, les autres étant Israël et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Bien que la Nouvelle-Zélande ait hérité sa constitution du Royaume-Uni, les deux systèmes ont évolué différemment. Les sources de la Constitution néo-zélandaise comprennent les prérogatives de la Reine, la loi sur la Constitution de 1986, la Déclaration des droits de la Nouvelle-Zélande (de 1990), les décisions des tribunaux, le Traité de Waitangi et des conventions non écrites régissant les rapports entre tous ces éléments. Le Traité de Waitangi est un accord passé entre la Couronne britannique et les peuples maoris autochtones de Nouvelle-Zélande en 1840. La version anglaise cède la souveraineté, au contraire de la version en langue maorie. Plus que le texte du Traité, ce sont les principes du Traité qui sont souvent repris dans la législation néo-zélandaise (voir, par exemple, la loi de 1987 sur la conservation, sect. 4, et la loi sur les entreprises publiques de 1986, sect. 9) et dans des directives politiques (telles que la Stratégie néo-zélandaise de 2001 relative aux personnes handicapées, qui est expressément conforme aux principes pertinents du Traité). Le fait que les tribunaux considèrent le Traité comme un document constitutionnel indique que les droits des autochtones sont reconnus dans une certaine mesure dans la Constitution, mais dans les arrangements constitutionnels en cours, toute reconnaissance des droits des peuples autochtones est subordonnée à la doctrine centrale de la suprématie parlementaire.

¹⁰ George Williams, « Pathway to referendum success is now clear », *The Sydney Morning Herald*, 17 janvier 2012. Disponible à l'adresse suivante : www.smh.com.au/opinion/politics/pathway-to-referendum-success-is-now-clear-20120116-lq2yk.html.

B. Article 18 de la Déclaration : droit de disposer d'organes de décision représentatifs

Afrique

40. Le 4 août 2010, 68 % des Kényans remplissant les conditions voulues ont voté pour appuyer le projet de nouvelle constitution, dont beaucoup venaient de communautés autochtones¹¹. La nouvelle Constitution permet de rompre avec le passé et offre plusieurs moyens de réaliser et de renforcer les droits individuels et collectifs des peuples autochtones. Le Kenya est maintenant une démocratie présidentielle, dotée d'un parlement à double structure constitué d'un sénat et d'une chambre. Le système de gouvernement est décentralisé, les peuples autochtones administrant un grand nombre des 47 nouveaux comtés (confiés à des gouverneurs élus). Ils pourront ainsi prendre les décisions qui les intéressent directement. Dans les comtés où les peuples autochtones seront des minorités, des dispositions spéciales ont été adoptées afin de tenir compte de leurs intérêts. Le chapitre IV de la Constitution (art. 19 à 59) reconnaît aux peuples autochtones un certain nombre de droits et de libertés. L'article 56 dispose spécifiquement que des mesures préférentielles doivent être prises en faveur des minorités et des groupes marginalisés, au moyen de programmes conçus pour assurer leur participation et leur représentation au niveau de la gouvernance et dans d'autres sphères, et pour que leur soient offertes des possibilités spéciales dans les domaines de l'éducation et de l'économie, y compris l'accès à l'emploi.

Asie

41. La Constitution provisoire du Népal prévoit une représentation proportionnelle des peuples autochtones dans les organes législatifs (art. 45 et 64), la formation de commissions, y compris d'une commission chargée des peuples autochtones et des groupes minoritaires (art. 154) et la reconnaissance du droit coutumier des peuples autochtones et des droits culturels et linguistiques (art. 17). Reste à savoir, cependant, dans quelle mesure ces dispositions seront retenues ou appliquées, notamment la reconnaissance de l'autonomie par le biais de la formation d'états ethniques.

Pacifique

42. Les circonscriptions maories, également appelées sièges maoris, représentent une catégorie spéciale d'électeurs et permettent de réserver des postes aux représentants des Maoris au Parlement néo-zélandais. Ils sont hautement appréciés en tant qu'arrangement constitutionnel unique. La liste électorale maorie garantit l'existence d'une perspective maorie dans le processus législatif. Ces sièges resteront toutefois sujets à controverse, car il a été suggéré qu'ils étaient non démocratiques et qu'ils conféraient un statut spécial aux Maoris. Les arguments en faveur de l'égalité et du multiculturalisme ignorent les Maoris en tant que peuples autochtones et partenaires en vertu du Traité de Waitangi. Dans le cadre du Relationship Accord et du Confidence and Supply Agreement entre le parti national et le parti maori, signé le 16 novembre 2008, il a été convenu de créer un groupe

¹¹ Tim Muriithi, « Kenya's constitutional renewal: a post-referendum analysis » (2009). Disponible à l'adresse suivante : <http://www.currentanalyst.com/index.php/conflictsregional/136-kenyas-constitutional-renewal-a-post-referendum-analysis>.

chargé d'examiner les questions constitutionnelles relatives aux peuples autochtones de Nouvelle-Zélande. En août 2011, un groupe consultatif constitutionnel a été chargé de mener un débat public sur les questions constitutionnelles et de faire rapport au Gouvernement en septembre 2013. Au nombre des questions pertinentes que ce groupe examine sont la taille du Parlement et la représentation maorie; la participation électorale maorie; les sièges maoris au Parlement et dans le gouvernement local; et le rôle du Traité de Waitangi dans le cadre des arrangements constitutionnels.

C. Article 19 de la Déclaration : droit de donner ou de refuser son consentement en ce qui concerne les décisions de l'État qui ont des incidences sur les peuples autochtones

Afrique

43. La Constitution du Kenya confie à l'État la responsabilité de la protection des droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones et de la mise en valeur des savoirs autochtones en matière de biodiversité et de ressources génétiques, en sus de la promotion de la participation du public à la gestion, à la protection et à la conservation de l'environnement (art. 69).

Pacifique

44. En février 2011, un groupe de travail sur la transformation constitutionnelle a été créé en Nouvelle-Zélande pour associer les Maoris au débat et œuvrer à l'élaboration d'une constitution modèle pour la Nouvelle-Zélande, fondée sur le protocole et la culture maoris, la Déclaration d'indépendance maorie de 1835 et le Traité de Waitangi. Le groupe est convenu que le thème du processus serait « Pour les Maoris, par les Maoris » et qu'il n'organiserait des réunions avec le Gouvernement que lorsqu'un modèle satisfaisant de transformation constitutionnelle aurait remporté l'agrément des représentants maoris¹². Le groupe invitera les Maoris à exprimer leurs sentiments et leurs idées quant à ce qu'envisageaient leurs ancêtres selon eux lorsqu'ils ont adopté la Déclaration d'indépendance et le Traité de Waitangi.

45. La Constitution non écrite de la Nouvelle-Zélande ne reconnaît aux Maoris aucun droit inhérent en tant que peuples autochtones. Le groupe recommande que toute transformation constitutionnelle inclue et reconnaisse les droits fondamentaux des Maoris en tant que peuples autochtones conformément à la Déclaration¹².

V. Conclusions et recommandations

46. Les peuples autochtones devraient être reconnus en tant que tels dans les constitutions nationales, et leurs droits doivent être spécifiquement mentionnés. Les États qui à l'heure actuelle ne reconnaissent pas les peuples autochtones ou les droits des autochtones dans leur constitution devraient s'acheminer vers un

¹² Margaret Mutu et Moana Jackson, « Iwi to hold own constitutional review », 15 décembre 2010. Disponible à l'adresse suivante : www.converge.org.nz/pma/cr151210.htm.

processus de réforme constitutionnelle en consultation avec les peuples autochtones.

47. Les États devraient solidement enraciner la Déclaration dans leur constitution nationale et l'adopter comme cadre de développement et de mise en œuvre des droits des peuples autochtones, une attention spéciale étant accordée à l'article 3.

48. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples devrait appuyer les activités de son Groupe de travail sur les droits des populations/communautés autochtones en Afrique en augmentant son enveloppe budgétaire.

49. Les États devraient entamer un dialogue leur permettant de mieux saisir l'importance que revêt la reconnaissance des droits des peuples autochtones.

50. La société civile devrait jouer un rôle plus actif dans la promotion de la mise en œuvre de la Déclaration.

51. Les États devraient mobiliser des ressources en faveur de campagnes de sensibilisation et former les décideurs, les organes des Nations Unies, les organisations de la société civile, les peuples autochtones et les autres parties prenantes à la reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones.

52. Les États devraient abroger les mesures constitutionnelles en vigueur qui sont discriminatoires à l'égard des peuples autochtones. Ils devraient inclure dans leur constitution des garanties de protection, en particulier en ce qui concerne la non-discrimination raciale, en consultation avec les peuples autochtones qui vivent sur leur territoire.

53. Les États devraient adopter des lois organiques et d'habilitation, ainsi que les mesures exécutives, politiques et de programmation qui s'y rapportent, afin de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles qui garantissent les droits des peuples autochtones, en consultation avec leurs peuples autochtones.
