



Conseil économique et social

Distr. générale
20 février 2014
Français
Original : anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Treizième session

New York, 12-23 mai 2014

Point 3 de l'ordre du jour provisoire*

Thème spécial : « Principes de bonne gouvernance conformes à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (art. 3 à 6 et 46) »

Étude des effets de la doctrine de la découverte sur les peuples autochtones, y compris les mécanismes, procédures et instruments de réparation

Note du Secrétariat

En application d'une décision prise par l'Instance permanente sur les questions autochtones à sa onzième session (voir [E/2012/43](#), par. 112), l'un de ses membres, M. Edward John, a étudié les effets de la doctrine de la découverte sur les peuples autochtones, y compris les mécanismes, procédures et instruments de réparation, au regard de la Déclaration, et en particulier de ses articles 26 à 28, 32 et 40. Les conclusions de cette étude sont présentées ci-après à l'Instance, à sa treizième session.

* [E/C.19/2014/1](#).



Étude des effets de la doctrine de la découverte sur les peuples autochtones, y compris les mécanismes, procédures et instruments de réparation

I. Introduction

1. À la onzième session de l'Instance permanente, ses membres ont procédé à un examen de la doctrine de la découverte, retenue comme thème spécial. Cet examen a consisté en une réunion d'experts internationaux, l'établissement d'un document de séance, des déclarations de peuples autochtones de l'Afrique, de l'Asie, du Pacifique, de l'Arctique, de l'Amérique centrale et du Sud et des Caraïbes et de l'Amérique du Nord¹ et des recommandations formulées dans le rapport final de l'Instance sur les travaux de la session (voir E/2012/43, chap. III). La doctrine a une portée et des conséquences mondiales.

2. Les soubassements historiques de la doctrine et ses effets durables sur les peuples autochtones du monde entier ont déjà fait l'objet de nombreux travaux universitaires². Il ne s'agit donc pas ici de refaire ces recherches fort utiles, mais plutôt de les prendre comme point de départ afin de mieux faire comprendre la doctrine et les effets qu'elle continue d'exercer. Toute la difficulté consiste à changer de paradigme. Cette doctrine a certes été rejetée par certains organismes internationaux et nationaux, mais elle a la vie dure parce qu'elle est inscrite dans les cultures des empires coloniaux anciens et perpétuée par les lois et les politiques des États, ainsi que par leurs positions dans les négociations et les litiges.

3. La doctrine de la découverte repose sur le présupposé erroné de la supériorité raciale des Européens chrétiens³. Issue des bulles pontificales de l'époque dite des « grandes découvertes » de l'Europe, elle a été confortée par des injonctions comme le *Requerimiento*, émanant des souverains d'États européens chrétiens⁴. Dans toutes ses manifestations, la « découverte » a servi de justification générale pour déshumaniser, exploiter, asservir et subjuguier les peuples autochtones et les priver de leurs droits les plus élémentaires, ainsi que de leurs lois, leur spiritualité, leurs conceptions du monde, leur mode de gouvernement, ainsi que leurs terres et leurs ressources. En définitive, elle fut à la base même du génocide⁵.

4. Les doctrines, comme celle de la découverte, qui prônent une supériorité ont été répudiées en tant que « racistes, scientifiquement fausses, juridiquement sans

¹ Accessibles sur le site <http://www.docip.org>.

² Voir, par exemple, Robert J. Miller *et al.*, *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies* (Oxford/New York, Oxford University Press, 2012); Charles Geisler, « New terra nullius narratives and the gentrification of Africa's "empty lands" », (2012), *Journal of World Systems Research*, vol. 18, n° 1; Robert A. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization* (New York, Palgrave Macmillan, 2012); Robert J. Miller, « The international law of colonialism: a comparative analysis », *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15 (2011); Steven T. Newcomb, *Pagans in the Promised Land: Decoding the Doctrine of Christian Discovery* (Golden, Colorado, Fulcrum Press, 2008).

³ Steven T. Newcomb, « The evidence of Christian nationalism in federal Indian law: the Doctrine of Discovery, *Johnson v. McIntosh*, and plenary power », *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 20 (1993).

⁴ Robert J. Miller *et al.* (voir la note n° 2 ci-dessus).

⁵ Voir par exemple Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought* (New York, Oxford Publishing, 1990).

valeur, moralement condamnables et socialement injustes »⁶. La prohibition de la discrimination raciale est une norme impérative du droit international⁷. Aux termes du paragraphe 5 de sa résolution 18/15 sur l'incompatibilité entre la démocratie et le racisme, le Conseil des droits de l'homme « condamne » les doctrines prônant la supériorité comme « incompatibles avec la démocratie et une gouvernance transparente et responsable » (voir A/66/53/Add.1, chap. I). Pour les peuples autochtones aussi bien que pour les États, il y a d'impérieuses raisons de ne pas s'en tenir là : il est essentiel de remplacer la doctrine coloniale de la découverte par les normes du droit international contemporain des droits de l'homme et de mettre en œuvre des procédures de réparation justes en collaboration avec les intéressés. Les juridictions supérieures de divers États ont expressément discrédité cette doctrine et celle de la *terra nullius*, qui sous-tendent la dépossession de facto des autochtones de leurs terres et de leurs lois⁸, ce qui n'empêche pas ces mêmes États de continuer à les appliquer, et ils ne respectent pas même ni ne mettent en œuvre les lois nationales qui consacrent et protègent les droits fonciers et les ordres juridiques autochtones. De larges « écarts » subsistent entre l'engagement pris par les États de reconnaître les droits des peuples autochtones et la mise en œuvre et la réalisation intégrales et effectives de ces droits.

5. Comme le Secrétaire général l'a noté, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones constitue un schéma directeur fondé sur de justes principes, « à partir duquel les États peuvent définir ou redéfinir leurs relations avec les peuples autochtones »⁹. C'est un instrument universel de recours en matière de droits de l'homme et, comme l'a expliqué le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, « en tant qu'expression normative du consensus international qui existe à propos des droits individuels et collectifs des peuples autochtones [...], [elle ...] offre un cadre d'action orienté vers la pleine protection et l'exercice intégral de ces droits »¹⁰.

6. Au demeurant, l'Assemblée générale a depuis longtemps déclaré au paragraphe 1 de sa résolution 2621 (XXV) que la persistance du colonialisme est un crime qui constitue une violation de la Charte des Nations Unies et des principes du droit international. Une doctrine de l'époque du colonialisme ne saurait continuer à opprimer et appauvrir des générations de peuples autochtones ni les priver du pouvoir d'appliquer leurs lois et ordres juridiques autochtones.

7. Il est indispensable d'examiner comment la souveraineté de la Couronne et le titre sur lequel elle repose ont pu légitimement cristalliser, à la faveur de la « découverte » des terres et territoires des peuples autochtones. Il faut dénoncer

⁶ Quatrième alinéa du préambule de la Déclaration; voir de même le préambule de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

⁷ Voir le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » (A/CN.4/L.702), par. 33; et Antonio Cassese, *International Law* (Oxford/New York, Oxford University Press, 2001).

⁸ *Mabo v. State of Queensland* (n° 2) (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), par. 28, 29, 40 et 43 per Justice Brennan; et *Simon c. La Reine* [1985], 2 RCS 387.

⁹ Message du Secrétaire général à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones (*en anglais*) (23 juillet 2008).

¹⁰ Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones (A/HRC/18/42), annexe, avis n° 2 (2011), par. 4.

cette doctrine afin d'en rendre visibles les différentes manifestations. Pour reprendre la conclusion de Tracey Lindberg, « la souveraineté de la Couronne n'a pu se substituer à la souveraineté autochtone par la seule vertu de l'installation sur les terres et territoires autochtones ancestraux de peuples non autochtones [...] pour pouvoir imaginer la cristallisation de la souveraineté de la Couronne et du titre sur lequel celle-ci repose, il faut d'abord supposer l'incapacité, l'absence et l'invisibilité des autochtones »¹¹. Dans les différentes régions du monde, une « prétendue souveraineté » continue à être usurpée par des États qui lui trouvent une justification dans ces doctrines. Ainsi que l'a souligné Robert A. Williams, « les tribunaux et les décideurs des États-nations occidentaux les plus avancés continuent à se servir de cette doctrine coloniale européenne qui est d'un racisme flagrant pour dénier aux peuples autochtones les droits de l'homme fondamentaux que leur garantissent les principes du droit international moderne »¹².

8. Tous les États Membres doivent respecter et appliquer le principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux-mêmes consacrés par la Charte des Nations Unies¹³. Ceux qui ont recours à la doctrine de la découverte et privent les peuples autochtones de leur souveraineté et de leur droit à l'autodétermination vont à l'encontre des principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi, qui sont les principes fondamentaux devant présider à l'interprétation et l'application des droits des peuples autochtones et des obligations connexes des États énoncés dans la Déclaration [art. 46 3)]. À cet égard également, malgré l'adoption par l'Assemblée générale de la Déclaration, d'importants écarts subsistent entre les engagements pris et leur réalisation.

9. En ce qui concerne les dépossession de terres, les conversions forcées au christianisme, la privation de liberté et la réduction en esclavage des peuples autochtones, le Saint-Siège a déclaré qu'« un processus d'abrogation s'[était] mis en place au fil des siècles » pour invalider des pratiques aussi infâmes¹⁴. Ces renonciations pontificales ne suffisent pas. Il est plus que temps de s'affranchir des effets nocifs et des séquelles durables de la spoliation par les États de la souveraineté, des lois et des titres sur leurs terres, territoires et ressources inhérents aux peuples autochtones. Parallèlement, de plus en plus d'instances religieuses répudient la doctrine de la découverte¹⁵. Dans ce contexte, le Conseil œcuménique

¹¹ Tracey Lindberg, « Contemporary Canadian resonance of an imperial Doctrine », in Robert J. Miller *et al.* (voir *supra* note n° 2). Voir également John Borrows, « Sovereignty's alchemy: an analysis of *Delgamuukw v. British Columbia* » (1999), *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, « What alchemy transmutes the basis of Aboriginal possession into the golden bedrock of Crown title? ».

¹² Robert A. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization* (New York, Palgrave Macmillan, 2012).

¹³ Art. 1 2) et 55 c); voir également les premier et deuxième alinéas du préambule et les articles 1 à 3 de la Déclaration.

¹⁴ Déclaration de l'Observateur permanent de la Mission du Saint-Siège auprès de l'Organisation des Nations Unies à l'Instance permanente à sa neuvième session, le 27 avril 2010.

¹⁵ À ce jour, des déclarations ont été faites dans ce sens par le Conseil œcuménique des Églises et divers groupes religieux, dont les Épiscopaliens/Anglicans, les Unitariens, l'Église unie du Canada et la Société religieuse des amis (les Quakers). Voir par exemple www.oikoumene.org/en/resources/documents/executive-committee/2012-02/statement-on-the-doctrine-of-discovery-and-its-enduring-impact-on-indigenous-peoples.

des Églises et les Quakers canadiens mettent l'accent sur les préoccupations des peuples autochtones relatives à leur souveraineté naturelle et à leurs titres.

II. Les effets de la doctrine de la découverte

10. La doctrine de la découverte continue d'avoir des effets dévastateurs de grande portée qui se transmettent d'une génération à l'autre. Ainsi, M. James Anaya, Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, déclare en conclusion de son rapport que « la doctrine de la découverte en honneur à l'époque coloniale, lorsqu'elle se doublait des doctrines apparentées de la supériorité raciale des Européens et de la conquête, avait joué un rôle moteur dans la perpétration contre les peuples autochtones, à l'échelle mondiale, d'atrocités dont les conséquences se faisaient encore sentir » (voir [A/HRC/21/47](#), par. 5).

11. Dans son rapport sur les travaux de sa onzième session, l'Instance permanente précise que certains des effets négatifs durables de la doctrine sur les peuples autochtones se manifestent « dans les domaines de la santé et du bien-être psychologique et social, se traduisent par le déni de droits et d'accès à la propriété, aux ressources et aux médicaments, ainsi que par la violence à l'égard des femmes sur le plan des idées comme dans les comportements; et se mesurent au suicide des jeunes et au désarroi dans lequel se trouvent de nombreux autochtones, et en particulier les jeunes » (voir [E/2012/43-E/C.19/2012/13](#), par. 5). Les effets visibles de la dépossession et de l'oppression, tels la situation de nombreuses communautés autochtones et les problèmes sociaux qui en résultent, ne font que perpétuer les stéréotypes. Le racisme et la discrimination et les idées de supériorité des non-autochtones, explicites ou non, subsisteront tant que la misère continuera à régner dans les communautés autochtones.

12. Dans le préambule du document final de la Conférence préparatoire mondiale des peuples autochtones en vue de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones, qui a eu lieu du 8 au 13 juin 2013 à Alta (Norvège) (voir [A/67/994](#), annexe), les peuples autochtones citent, parmi les conséquences des doctrines coloniales, la dépossession continue des terres, des territoires et des ressources des peuples autochtones, la suppression massive de leurs institutions politiques et juridiques, les pratiques discriminatoires visant à détruire leurs cultures, le défaut de respect des traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les peuples et les nations autochtones, le génocide, la perte de la souveraineté alimentaire et les crimes contre l'humanité.

13. La plus haute juridiction du Canada a reconnu la nécessité de concilier « la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne »¹⁶. La Cour suprême a reconnu d'office « des questions telles que la colonisation, les déplacements de populations et les pensionnats »¹⁷, qui montrent comment la souveraineté a été abusivement « proclamée » tout au long de l'histoire. La cause profonde d'un tel abus renvoie à la doctrine de la découverte et autres fictions, qu'il faut par conséquent démanteler.

14. Comme le proclame la Déclaration, les États, en déniaient continuellement aux peuples autochtones leur souveraineté, en arrivent à leur dénier également leurs

¹⁶ *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20.

¹⁷ *R. c. Ipeellee*, 2012 CSC 13, par. 60.

droits humains, notamment le droit à l'autodétermination, y compris celui de s'administrer eux-mêmes par leurs propres lois et institutions judiciaires (art. 3, 4, 5, 33 et 34); le droit de posséder, mettre en valeur et contrôler leurs terres, territoires et ressources (art. 26); et le droit au développement selon leurs propres priorités (art. 20 et 23) et les traités qu'ils ont conclus (art. 37). Du fait des doctrines et politiques coloniales, les peuples autochtones sont parmi les plus marginalisés et défavorisés du monde. L'Assemblée générale a fait sienne la déclaration suivante : « L'élimination de la pauvreté est le plus grand défi auquel le monde doit faire face aujourd'hui et un préalable indispensable au développement durable »¹⁸. Comme l'a affirmé le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), « la pauvreté est le déni des droits de l'homme et de la dignité humaine »¹⁹.

III. La réparation : mise en œuvre d'une démarche axée sur les droits de l'homme

15. En vue de remédier aux conséquences dévastatrices durables de la doctrine de la découverte, il est impératif d'adopter une démarche axée sur les droits de l'homme, selon laquelle « les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples » et « tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures »²⁰. La doctrine de la découverte a servi à justifier l'attribution aux États du « pouvoir exclusif d'abolir » durablement les droits des peuples autochtones²¹. La souveraineté naturelle préexistante des peuples autochtones n'a pas été dûment prise en considération. Dans diverses régions du monde, les tribunaux nationaux ont prêté main forte aux États, non seulement en validant de tels actes destructeurs mais encore en éteignant les droits des autochtones par des décisions judiciaires²².

16. Les droits inhérents aux peuples autochtones sont les droits de l'homme et ne peuvent être éteints ou abolis, formellement ou concrètement²³. D'après les organes conventionnels de l'ONU, l'extinction des droits des peuples autochtones est incompatible avec leur droit à l'autodétermination²⁴. En outre, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est parvenu à la conclusion qu'il faut « éviter à tout prix de prendre des mesures contraires aux obligations découlant des traités conclus avec les peuples autochtones ou se traduisant par l'extinction, la transformation ou l'abandon des droits et des titres des peuples autochtones »²⁵. La Cour internationale de Justice a statué qu'il convenait d'accorder « une grande

¹⁸ Résolution 66/288 de l'Assemblée générale, annexe, par. 2.

¹⁹ UNICEF, *Poverty Reduction Begins with Children*, New York, mars 2000.

²⁰ Déclaration, deuxième et troisième alinéas du préambule.

²¹ *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

²² *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2012 B.C.C.A. 285 (les revendications territoriales de grande ampleur sont « contraires à l'objectif de réconciliation »). Cette affaire est actuellement en appel devant la Cour suprême du Canada.

²³ Les instruments de protection des droits de l'homme stipulent que les droits de l'homme ne peuvent en aucun cas être abolis. Voir, par exemple, l'article 5 1) commun du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et l'article 45 de la Déclaration.

²⁴ Voir, par exemple, « Concluding observations of the Human Rights Committee: Canada » (CCPR/C/79/Add.105), par. 8.

²⁵ Voir E/C.12/1/Add.31, par. 18.

considération » à l'interprétation adoptée par les organes indépendants spécialement établis en vue de superviser l'application de traités²⁶. Elle a ajouté qu'il en allait de même pour les organismes régionaux de surveillance, telles la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'ONU et les organismes régionaux s'appuient de plus en plus sur la Déclaration pour interpréter et appliquer les droits des peuples autochtones et les obligations correspondantes mises à la charge des États par les traités existants.

17. Généralement, les droits de l'homme sont par nature relatifs, et non absolus. Au paragraphe 2 de l'article 46 de la Déclaration, il est dit que l'exercice des droits qui y sont énoncés « est soumis uniquement aux restrictions [...] conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme [...] et strictement nécessaire[s] à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits [...] d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique »²⁷. Au paragraphe 29 de son rapport sur la situation des peuples autochtones en Australie ([A/HRC/15/37/Add.4](#)), le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones soulignait que « l'extinction des droits fonciers des peuples autochtones par des mesures unilatérales ne prévoyant aucune compensation » était « incompatible avec la Déclaration, ainsi qu'avec d'autres instruments internationaux »²⁸. En ce qui concerne les terres, territoires et ressources « pris [...] ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause », il est précisé à l'article 28 de la Déclaration que les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution « ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable ».

18. La Déclaration affirme que les autochtones, peuples et individus « ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture » [art. 8 1)]. Les États ont à cet égard le devoir de mettre en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant tout acte ayant pour but ou pour effet de « priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles », ou « de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources » [art. 8 2)]. Le Rapporteur spécial note au paragraphe 45 de son rapport ([A/64/338](#)) que la Déclaration a également consacré le droit des peuples autochtones à l'intégrité culturelle, « y compris en ce qui concerne les biens culturels et spirituels, la langue et les autres expressions culturelles »²⁹, qui est intimement lié à leurs terres, territoires et ressources. Il est indiqué dans l'avis n° 5 de l'étude du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones (voir [A/HRC/24/50](#), annexe) que la Déclaration « consacre le droit à l'intégrité des terres et territoires » (art. 25 à 32), qui englobe la protection de l'environnement.

²⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010. La Cour a indiqué que la jurisprudence des organes chargés de superviser l'application de traités englobait leurs « observations générales » et leurs observations finales concernant différents États parties.

²⁷ Voir également *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 276/2003, twenty-seventh activity report, 2009, annexe 5, par. 213 à 215.

²⁸ Voir *Case of Sawhoyamaya v. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (Ser. C) No. 146 (2006), par. 128.

²⁹ Voir les articles 11 à 16 et 31 de la Déclaration.

19. D'après l'Association de droit international, « les peuples autochtones ont le droit d'obtenir justice et réparation pour les torts subis. Ce droit constitue un principe de droit international coutumier, dans la mesure où il vise à réparer un tort résultant de la violation d'un droit lui-même inscrit dans le droit international coutumier. De fait, la réparation est une condition essentielle de l'exercice effectif des droits de l'homme »³⁰. Parmi les principes du droit international coutumier énoncés dans la Déclaration figurent notamment le principe général du droit international *pacta sunt servanda* (« les traités doivent être respectés », quatorzième alinéa du préambule et art. 37), l'interdiction de la discrimination raciale (art. 2), le droit à l'autodétermination (art. 3), le droit de disposer de ses propres moyens de subsistance (art. 20) et le droit de ne faire l'objet d'aucun acte de génocide (art. 7). L'Association ajoute que « les États doivent s'acquitter – conformément au droit international coutumier et, s'il y a lieu, au droit international conventionnel – de l'obligation de reconnaître, respecter, protéger, promouvoir et concrétiser les droits des peuples autochtones à leurs terres, territoires et ressources traditionnels »³¹.

20. Dans sa résolution 67/157, l'Assemblée générale affirme que la réalisation universelle du droit à l'autodétermination de tous les peuples est une condition essentielle de la garantie et du respect effectifs des droits de l'homme, ainsi que de la préservation et la promotion de ces droits.

IV. La réparation : procédures et mécanismes

21. Il ne peut y avoir de réparation dans le contexte autochtone mondial si l'on ne dispose pas de véritables procédures et mécanismes à l'échelle internationale, régionale et nationale. À l'heure actuelle, par exemple, il n'existe pas de mécanisme international effectif permettant de remédier aux violations des traités, accords et autres arrangements constructifs commises par les États. Comme la Cour interaméricaine l'a confirmé, « c'est un principe du droit international que toute violation d'une obligation internationale qui a causé un dommage emporte l'obligation d'une réparation adéquate »³². Les réparations « sont des mesures qui tendent à faire disparaître les effets des violations commises »³³, y compris des mesures telles que la restitution.

22. Suivant les conclusions de l'Association de droit international, « les États doivent s'acquitter de l'obligation – en droit international coutumier et, s'il y a lieu, conventionnel – de reconnaître et réaliser le droit des peuples autochtones à disposer de recours et obtenir réparation pour les dommages subis et, en particulier, la confiscation ou la dégradation de leurs terres, territoires et ressources traditionnels sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Il faut que les peuples autochtones disposent de mécanismes de recours et réparation utiles et accessibles, établis en coopération avec eux »³⁴. Toute activité en cours

³⁰ Association de droit international, « Rights of indigenous peoples », rapport d'activité, Conférence de La Haye (2010).

³¹ « Rights of indigenous peoples », rapport final de la Conférence de Sofia (2012) (Conclusions and Recommendations).

³² *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 31 août 2001, Ser. C No. 79 (2001), par. 163.

³³ *Case of the Indigenous Community Yakyé Axa*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Ser. C. No. 125 (arrêt) 17 juin 2005, par. 182.

³⁴ Association de droit international, 2012 (voir *supra*, note 31).

fondée sur la doctrine de la découverte constitue une violation des obligations internationales des États. La réparation passe par des processus de décolonisation qui rétablissent effectivement la souveraineté et la juridiction des peuples autochtones dans les contextes contemporains et réalisent une véritable réconciliation.

23. Dans une perspective mondiale, les mécanismes de réparation nécessaires diffèrent selon les contextes politiques et historiques. À l'ONU, les territoires sous tutelle et les territoires non autonomes ont fait l'objet de processus de décolonisation spéciaux, qui ont leurs propres limites et comportent de graves injustices³⁵. Dans d'innombrables autres situations de par le monde, les peuples autochtones s'efforcent de parvenir à une véritable réconciliation par des moyens divers. Dans les États existants, les principaux problèmes qu'il est urgent de régler ont trait aux moyens de laisser un espace juridictionnel à la souveraineté et à l'autodétermination autochtones³⁶, y compris le fonctionnement effectif d'ordres juridiques autochtones distincts sur leur territoire.

24. D'après l'étude des droits des peuples autochtones, des commissions de vérité et des autres mécanismes de cet ordre sur le continent américain (E/C.19/2013/12), les commissions de vérité offrent un outil indispensable pour déterminer les causes des violations graves des droits de l'homme, y compris les droits économiques, sociaux et culturels, déceler les scénarios de violences et empêcher que de tels actes ne se reproduisent. Il est indiqué dans cette étude que « à condition d'avoir été correctement mises en place et d'être régies par les principes d'indépendance et d'intégrité, les commissions pourraient aider à faire davantage reconnaître la souveraineté, l'identité et la perspective des peuples autochtones et à mieux faire respecter leurs droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, ainsi que leur droit aux terres ancestrales et aux ressources naturelles » (ibid. par. 71).

25. De nombreux États continuent de ne tenir aucun compte des atteintes aux droits de l'homme que constitue leur souveraineté « proclamée » sur les peuples autochtones et leurs territoires. Comme l'a souligné l'ancien Président de la Cour d'appel de la Colombie britannique, Lance Finch :

« Pour se prémunir contre le déséquilibre et l'injustice qui en résulterait, nous devons voir dans la réconciliation, dans le contexte juridique aussi bien que sur les plans social et politique, un mouvement dans les deux sens : de même qu'il faut concilier la préexistence des sociétés aborigènes avec la souveraineté de la Couronne, il faut également concilier la Couronne, et son affirmation de souveraineté, avec la préexistence des sociétés aborigènes »³⁷.

26. Ainsi que l'affirme l'article 40 de la Déclaration, « les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des

³⁵ Voir, par exemple, E/C.19/2013/12.

³⁶ Courtney Jung, « Transitional justice for indigenous people in a non-transitional society », Centre international pour la justice transitionnelle, octobre 2009, p. 3 : « [...] l'une des injustices historiques qui se trouvent au cœur de l'identité autochtone est la perte de la souveraineté. Les peuples autochtones se définissent en partie par le fait que leur souveraineté n'a pas été reconnue par les puissances coloniales qui se sont approprié leurs territoires et leur souveraineté au nom de la doctrine de la *terra nullius*. »

³⁷ Hon. Lance Finch, « The duty to learn: taking account of indigenous legal orders in practice », Continuing Legal Education Society of British Columbia Indigenous Legal Orders and the Common Law Conference, 15 novembre 2012.

conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs ». Le droit des peuples autochtones à des procédures justes et équitables, ainsi qu'à des recours utiles pour toute violation, s'applique non seulement aux États, mais également aux entreprises du secteur privé et à toute autre tierce partie. Au regard du droit international, les États sont tenus de prendre des mesures positives pour que les autochtones disposent effectivement d'un recours utile, non seulement contre les actes commis par les États eux-mêmes, mais également contre les actes commis par d'autres personnes sur leur territoire³⁸. Ainsi que l'Instance permanente l'a rappelé dans son rapport sur les travaux de sa septième session, « le droit international des droits de l'homme, y compris les normes visant l'égalité et la non-discrimination, exige des États qu'ils réparent les torts causés dans le passé par ces doctrines, et notamment la violation des droits fonciers des peuples autochtones, par des réformes de leurs lois et politiques, par la restitution et par d'autres formes de réparation de leurs atteintes à ces droits (E/2012/43-E/C.19/2012/13, par. 7).

V. Le rôle des tribunaux nationaux

27. Bien que certains tribunaux nationaux reconnaissent les origines coloniales de la souveraineté « proclamée » des États sur les peuples autochtones et leurs territoires traditionnels, ils n'ont pas pour autant tenu pleinement et justement compte de la souveraineté préexistante des autochtones³⁹. La souveraineté d'un État n'est pas absolue⁴⁰. Dans leurs pays respectifs, les juridictions internes sont généralement investies du pouvoir judiciaire et chargées par la constitution de définir et de faire respecter les restrictions mises à la souveraineté de l'État, afin d'assurer un espace juridictionnel à la souveraineté, aux lois et aux ordres juridiques des peuples autochtones. Les actes extraterritoriaux des États sont également restreints par leurs obligations internationales afférentes aux droits de l'homme⁴¹.

28. Dans l'affaire *Mabo et al. c. l'État du Queensland* [n° 2], il a été dit, pour contourner la doctrine de *terra nullius* en Australie, « [qu'] il est impératif dans le monde d'aujourd'hui que le droit de la *common law* ne reste pas figé à l'époque de la discrimination raciale et ne soit pas non plus perçu comme tel »⁴². Il faut appliquer la même logique à la doctrine de la découverte dans son ensemble. Les États demeurent cependant toujours aussi peu pressés de s'en passer totalement⁴³. La « prétendue » souveraineté des États donne lieu à des exactions dans différentes

³⁸ Voir, par exemple, [CCPR/C/21/Rev.1/Add.5](#), par. 6.1.

³⁹ Voir, par exemple, Brian Slattery, « Aboriginal sovereignty and imperial claims », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29 : « Les peuples amérindiens étaient investis de la souveraineté et de la propriété des territoires qu'ils occupaient à l'époque où ils entrèrent en contact avec les Européens, et ce fait fondamental transforme notre compréhension de tout ce qui a suivi. »

⁴⁰ [A/47/277](#), par. 17 : « La souveraineté absolue et exclusive n'est cependant plus de mise, si la pratique a jamais égalé la théorie. »

⁴¹ Voir, par exemple, [A/60/350](#), par. 30.

⁴² *Mabo et al. v. State of Queensland* [No. 2], (1992) 107 A.L.R. 1 (Haute Cour australienne), *per* Brennan J.

⁴³ Voir, par exemple, [A/HRC/21/47/Add.1](#), par. 16 : « le recours aux notions de découverte et de conquête pour justifier la diminution des droits des Indiens et leur subordination aux pleins pouvoirs du Congrès est lié à des attitudes à l'égard des peuples autochtones datant de l'époque coloniale, qui ne peuvent qu'être qualifiées de racistes. »

régions du monde, surtout quand des terres, des territoires et des ressources autochtones sont en jeu⁴⁴. Il est donc urgent que les tribunaux nationaux répudient les doctrines coloniales néfastes, instituent des voies de recours et mettent au point un cadre judiciaire compatible avec la Déclaration et les autres principes du droit international contemporain des droits de l'homme. Il est en outre nécessaire que les points de vue des autochtones interviennent dans la prise de décisions judiciaires, à travers la nomination de juges autochtones et l'entretien, le soutien et le développement de juridictions autochtones compétentes pour rendre leurs décisions conformément aux lois et cultures autochtones et aux normes internationales du droit des droits de l'homme.

VI. La nécessité d'une éducation aux des droits de l'homme

29. Une véritable réconciliation n'est possible qu'à condition de comprendre clairement les injustices passées et présentes subies par les peuples autochtones et d'y être sensible. Vu les fictions juridiques créées par la « découverte » et autres doctrines apparentées, il est d'une urgente nécessité de veiller à ce que les programmes d'études présentent les réalités historiques de la fondation des États-nations modernes. Les effets de ces doctrines et le besoin de justice et de réparation devraient faire partie de l'apprentissage à tous les niveaux d'enseignement. De plus ces doctrines étant profondément, et souvent inconsciemment, incrustées dans la culture juridique et politique des États, il faut aussi éduquer leurs législateurs et leurs décideurs.

30. Les institutions nationales de protection des droits de l'homme peuvent jouer un rôle en concevant et en favorisant l'éducation dans ce domaine au moyen de matériels pédagogiques adaptés à la culture ambiante. Il faut que ces derniers soient mis au point en consultation et en coopération avec les peuples autochtones. Dans la Déclaration des Nations Unies sur l'éducation et la formation aux droits de l'homme (résolution 66/137, annexe), l'Assemblée générale a souligné l'importance de cette éducation et de cette formation, ainsi que les rôles respectifs des États et des autres acteurs dans leur mise en œuvre. Il convient également de créer et distribuer au niveau international des matériels d'éducation aux droits de l'homme par l'intermédiaire du Haut-Commissariat aux droits de l'homme et des organismes et organes compétents des Nations Unies, dont l'Instance permanente et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones.

31. La Rapporteuse spéciale sur l'indépendance des juges et des avocats, Gabriela Knaul, a souligné dans son rapport qu'il fallait « éviter les postulats subjectifs et erronés selon lesquels ces acteurs judiciaires auraient déjà acquis les connaissances nécessaires à l'exercice impartial de leurs fonctions »⁴⁵. Ces juristes devraient être tenus de suivre des cours de droit international des droits de l'homme, y compris la Déclaration, qui devraient être rendus accessibles au plus grand nombre, en particulier par les barreaux et les universités.

⁴⁴ Ibid., par. 34: « l'extraction et l'exploitation des ressources naturelles situées sur les territoires autochtones ou à proximité constituent maintenant l'une des préoccupations primordiales des peuples autochtones du monde entier et sont peut-être aussi ce qui fait le plus généralement obstacle au plein exercice de leurs droits. »

⁴⁵ A/HRC/20/20, par. 94 (conclusions). Les « acteurs judiciaires » dont il est fait mention sont les juges, les magistrats, les procureurs, les avocats commis d'office et les avocats.

VII. Conclusions et recommandations

32. La doctrine de la découverte est importante pour le monde, à cause non seulement des exactions commises par le passé mais encore de ses conséquences de grande portée qui se font encore sentir aujourd'hui. Il ne faut pas que de telles doctrines coloniales l'emportent en pratique sur les droits de l'homme, la démocratie et la primauté du droit. Il faut donc dans ces conditions tâcher de combler effectivement et totalement l'écart entre la théorie et la pratique afin de les éliminer entièrement. D'après Robert J. Miller, « "la découverte" est une fiction dangereuse qui, si l'on n'en vient pas à bout, continuera à saper les tentatives de création d'un avenir meilleur où la Couronne et les autochtones seront reconciliés »⁴⁶.

33. Sur le plan intérieur, il faut que des changements fondamentaux trouvent leur expression dans des réformes constitutionnelles et législatives, des politiques et des mandats de négociation des gouvernements en ce qui concerne les peuples autochtones. Il faut que les gouvernements des États soient empêchés de s'emparer illicitement des terres, territoires et ressources autochtones au nom de ces doctrines⁴⁷.

34. Des procédures et mécanismes de réparation, ainsi qu'un dispositif de contrôle indépendant, sont nécessaires aux niveaux international, régional et national. Des processus de décolonisation doivent être conçus de concert avec les peuples autochtones intéressés et être compatibles avec leurs manières de voir et d'agir. Il faut que ces processus soient justes, impartiaux, ouverts et transparents, et qu'ils cadrent avec la Déclaration et les autres normes internationales relatives aux droits de l'homme.

35. Ces processus devraient favoriser la paix et des relations harmonieuses de coopération entre les États et les peuples autochtones. Et quand un peuple autochtone le souhaite, il faut que la constitution fasse une place à sa souveraineté, à sa juridiction et à son ordre juridique.

36. Dans le cadre de leurs mandats respectifs, les organes conventionnels de l'ONU et les organismes régionaux de protection des droits de l'homme ont un rôle important à jouer dans l'établissement de normes et d'une jurisprudence pertinentes. De même, l'Instance permanente, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones et les rapporteurs spéciaux de l'ONU devraient jouer un rôle. L'Examen périodique universel devrait quant à lui servir à encourager les États à engager des processus de décolonisation en coopération avec les peuples autochtones.

37. La Conférence mondiale sur les droits des peuples autochtones qui aura lieu prochainement permettra d'examiner la question plus avant. Ce sera l'occasion parfaite pour l'ONU et pour les États de répudier en bloc les doctrines coloniales dans le document final, et de s'engager à mettre en œuvre des procédures de réparation.

38. On ne peut effacer l'Histoire. On peut, en revanche, en changer le cours pour assurer le bien-être, la dignité et la survie actuels et futurs des peuples autochtones. Il faut garantir leur dignité et le respect de leurs droits humains, d'autant plus qu'ils

⁴⁶ Robert J. Miller *et al.* (voir *supra*, note 2).

⁴⁷ Voir, par exemple, [E/C.19/2013/20](#).

sont vulnérables. Il faut établir un bilan intégral et honnête du passé si l'on veut que les doctrines coloniales cessent de se perpétuer. Il est crucial de changer de paradigme, en substituant aux doctrines coloniales un cadre des droits de l'homme fondé sur de justes principes, qui corresponde à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et aux autres instruments du droit international des droits de l'homme.
