



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/HRC/12/34
15 juillet 2009

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME
Douzième session
Point 3 de l'ordre du jour

**PROMOTION ET PROTECTION DE TOUS LES DROITS DE L'HOMME,
CIVILS, POLITIQUES, ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS,
Y COMPRIS LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT**

**Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme
et des libertés fondamentales des populations autochtones,
M. James Anaya ***

Résumé

Le rapport qui va suivre est le deuxième que le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, James Anaya, présente au Conseil des droits de l'homme en application de la résolution 6/12 de celui-ci. Il présente les réflexions du Rapporteur spécial sur ses propres attributions au regard de celles de l'Instance permanente sur les questions autochtones et du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones du Conseil, et indique les domaines de coopération possibles. Vient ensuite une analyse du cadre pratique des travaux du Rapporteur spécial, avec le résumé des activités qu'il a entreprises dans quatre grands domaines: la promotion de saines pratiques, les études thématiques, les rapports de pays et les dossiers de plainte pour violation des droits de l'homme. La deuxième partie du rapport est consacrée à l'analyse de l'obligation qu'ont les États de consulter les peuples autochtones sur tout ce qui les touche, et le Rapporteur spécial espère ouvrir ainsi des perspectives sur la manière dont les gouvernements, les autochtones, le système des Nations Unies et les autres parties concernées peuvent aborder cette question; il présente à ce sujet plusieurs recommandations.

* Soumission tardive.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction.....	1 – 5	3
I. EXÉCUTION DU MANDAT.....	6 – 35	4
A. Coordination avec d'autres organes.....	6 – 17	4
B. Domaines de travail	18 – 35	7
II. LA QUESTION FONDAMENTALE DE L'OBLIGATION DE CONSULTER.....	36 – 57	12
A. Fondement normatif et caractère général de l'obligation de consulter	38 – 42	12
B. Situations dans lesquelles s'applique l'obligation de consulter	43 – 45	15
C. Consultations de bonne foi en vue d'obtenir un accord ou un consentement	46 – 49	16
D. Éléments favorisant la confiance et donc le consensus	50 – 53	17
E. L'obligation de consulter et la responsabilité de l'entreprise privée	54 – 57	19
III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	58 – 74	20

Introduction

1. Le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones présente le rapport qui suit au Conseil des droits de l'homme conformément à la résolution 6/12 de celui-ci. Le 28 mars 2008, le Conseil a nommé James Anaya (États-Unis d'Amérique) Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones. James Ayana a pris ses fonctions le 1^{er} mai 2008. Le présent document est le deuxième rapport annuel qu'il présente au Conseil. Dans le premier, daté du 11 août 2008 (A/HRC/9/9), il offrait quelques réflexions sur le cadre normatif dans lequel pourraient être abordées les préoccupations des autochtones et sur la mise en application effective des normes relatives aux droits de l'homme consacrées dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et dans d'autres instruments internationaux.

2. La première partie de ce deuxième rapport annuel explique comment le Rapporteur spécial s'est acquitté de son mandat. Elle commencera par une réflexion sur son mandat, dans ses rapports avec ceux des autres organes et institutions des Nations Unies qui s'occupent de la question autochtone, notamment l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones du Conseil, et indique les domaines de coopération. Suit l'analyse du cadre pratique des travaux compte tenu de ceux des autres entités compétentes, avec un résumé des activités entreprises dans l'année dans quatre grands domaines de travail: la promotion de saines pratiques; les études thématiques; les rapports de pays; les dossiers de plainte pour violation des droits de l'homme. La deuxième partie du rapport est consacrée à l'analyse de l'obligation qu'ont les États de consulter les peuples autochtones sur toute question qui les touche, problème central retrouvé, entre autres enjeux, chez les peuples autochtones de divers pays, le Rapporteur spécial nourrissant l'espoir d'ouvrir ainsi des perspectives sur la manière dont la question pourrait être abordée à l'avenir par les gouvernements, les autochtones, le système des Nations Unies et les autres parties concernées.

3. Le rapport est complété d'additifs et d'autres publications du Rapporteur spécial parues l'année passée. L'additif 1 est le résumé des communications envoyées aux gouvernements et des réponses reçues à propos d'allégations de violation des droits de l'homme, et des observations du Rapporteur spécial sur ces dossiers. Les additifs 2, 3 et 4 sont des rapports sur les peuples autochtones du Brésil, du Népal et du Botswana rédigés après les missions menées respectivement du 14 au 25 août 2008, du 24 novembre au 2 décembre 2008 et du 19 au 27 mars 2009. L'additif 5 est le rapport présenté par le Rapporteur spécial sur la situation des communautés autochtones touchées par la construction d'un ouvrage hydroélectrique sur la Changuinola (Panama), avec les réponses du Gouvernement panaméen. L'additif 6 est le rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Chili telle qu'elle se présentait lors du séjour qu'il a fait dans ce pays (6-9 avril 2009) pour s'y rendre compte du degré d'application des recommandations de son prédécesseur, Rodolfo Stavenhagen; l'additif comporte une annexe présentant les normes internationales qui pourraient s'appliquer aux consultations sur les réformes constitutionnelles qui touchent les peuples autochtones du pays. L'additif 7 est le rapport d'une réunion tenue à Madrid en février 2009 qui visait à renforcer la coordination entre les trois entités des Nations Unies qui sont spécialisées dans la question autochtone: le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones, le Forum permanent des Nations Unies sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones du Conseil. Enfin,

l'additif 8 présente les conclusions de l'examen auquel le Rapporteur spécial a procédé des questions relatives aux droits de l'homme que soulèvent les affrontements entre les autochtones et la police de Bagua (Pérou).

4. Le Rapporteur spécial sait gré au personnel du Haut-Commissariat aux droits de l'homme du soutien qu'il lui a accordé. Il tient à remercier le personnel et les chercheurs de l'Indigenous Peoples Law and Policy Program de l'Université de l'Arizona de l'aide qu'ils n'ont cessé de lui prodiguer à de multiples occasions. Il souhaite également exprimer sa gratitude à l'International Work Group for Indigenous Affairs, l'Almáciga Intercultural Work Group et l'Agence espagnole pour la coopération internationale et le développement du Gouvernement espagnol pour le concours qu'ils ont prêté à l'organisation du séminaire international d'experts sur le thème de l'exercice des droits des peuples autochtones et le rôle des mécanismes de l'ONU de février 2009 et pour le soutien qu'ils lui ont apporté sur plusieurs plans.

Enfin, le Rapporteur spécial remercie les peuples autochtones, les gouvernements, les organes et services de l'ONU, les organisations non gouvernementales et tous ceux qui l'ont aidé à s'acquitter de son mandat pendant l'année écoulée.

5. Le Rapporteur spécial est heureux de soumettre le présent rapport au Conseil des droits de l'homme au moment où il aborde la deuxième année de son mandat confiant dans l'avenir des peuples autochtones, encouragé par les événements bienvenus qui apparaissent en divers lieux mais préoccupé néanmoins par la réalité des luttes des autochtones et des violations de leurs droits partout dans le monde. Très attaché à ses fonctions, il se rend compte avec humilité de la responsabilité qu'elles représentent et remercie tous ceux qui l'ont soutenu et continuent de le faire.

I. EXÉCUTION DU MANDAT

A. Coordination avec d'autres organes

6. Avant de présenter le détail de ses méthodes et de ses travaux, le Rapporteur spécial voudrait offrir au Conseil quelques réflexions sur son mandat, tel qu'il s'articule avec ceux des autres institutions et organismes des Nations Unies qui s'occupent de la question autochtone, notamment l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples indigènes du Conseil. La coordination avec ces institutions et quelques autres est un aspect fondamental du mandat du Rapporteur spécial. D'ailleurs, le Conseil lui demande à l'alinéa *d* de l'article 1 de sa résolution 6/12 de «Travailler en étroite coopération, en évitant les doubles emplois, avec les procédures spéciales et les organes subsidiaires du Conseil des droits de l'homme, les organismes compétents des Nations Unies, les organes conventionnels et les organisations régionales des droits de l'homme.».

1. L'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones

7. Le Rapporteur spécial est expressément prié par le Conseil de «Travailler en étroite coopération avec l'Instance permanente sur les questions autochtones et participer à sa session annuelle» (résolution 6/12, par. 1, al. *e*). Cette coopération s'étend au Mécanisme d'experts, qui

a été prié par un Conseil soucieux de «renforcer la coopération et d'éviter les doubles emplois» (résolution 6/36, par. 5), d'inviter le Rapporteur spécial à ses sessions annuelles.

8. Au cours de ses travaux, le Rapporteur spécial a pu constater qu'une certaine confusion régnait parmi les autochtones, les ONG et les autres parties concernées quant aux fonctions respectives de ces trois organes et quant à leur place dans l'organigramme des Nations Unies. Il faudrait donc ne pas laisser d'expliquer la mission de chacun d'eux. L'Instance permanente a été créée en 2000 en qualité d'organe consultatif auprès du Conseil économique et social, avec pour mission principale de s'occuper des questions autochtones dans les domaines du développement socioéconomique, de l'environnement, de l'enseignement, de la santé et des droits de l'homme¹. Elle se compose de 16 experts siégeant à titre personnel; elle se réunit deux semaines tous les ans à New York. Le Mécanisme d'experts, qui a siégé pour la première fois en octobre 2008, se compose de cinq experts siégeant à titre personnel; il met à la disposition du Conseil «une compétence thématique» en matière de droits des autochtones, «essentiellement axée sur le conseil fondé sur des études et des travaux de recherche» (résolution 6/36, par. 1, al a). En 2009, le Conseil l'a prié d'«entreprendre une étude sur les enseignements tirés et les défis à relever pour faire du droit des peuples autochtones à l'éducation une réalité», étude qui devait être achevée en 2009 (résolution 9/7, par. 5).

9. Les trois organes qui s'occupent de la question autochtone à l'ONU n'ont pas été nécessairement conçus pour se compléter et se sont développés chacun de son côté au gré des circonstances historiques et politiques et selon les attentes du mouvement des peuples autochtones lui-même. Sur le papier donc, leurs mandats se chevauchent dans une certaine mesure; dans la pratique, beaucoup de leurs activités respectives pourraient être structurées de façon beaucoup plus efficace en fonction des activités des deux autres.

10. Le Rapporteur spécial a participé du 4 au 6 février 2009 au séminaire tenu à Madrid avec les membres du Mécanisme d'experts et quatre membres de l'Instance permanente, et avec un groupe de spécialistes d'origine géographique diverse, dont l'ancien Rapporteur spécial, Rodolfo Stavenhagen. Cette rencontre avait essentiellement pour objet d'ouvrir entre les trois organes un dialogue sans formalité afin de mieux coordonner leurs travaux et leurs activités avec ceux des autres services et organismes des Nations Unies. Au cours de leurs entretiens, les experts ont évoqué les méthodes qui permettraient de rationaliser leurs propres travaux en délimitant leurs domaines prioritaires et leurs domaines de compétence propres, et en recherchant les moyens de développer au maximum les divers volets de leurs mandats respectifs.

11. Par exemple, au contraire du Mécanisme d'experts et de l'Instance permanente, le Rapporteur spécial a pour instructions claires de faire des recherches et des recommandations sur certaines situations des peuples autochtones mettant en jeu les droits de l'homme. Or, comme on a pu le voir au cours de ce séminaire et selon un phénomène comparable à celui qu'a connu l'ancien Groupe de travail sur les populations autochtones, beaucoup de groupes autochtones assistent aux sessions annuelles de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts dans l'intention de se plaindre de certaines violations des droits de l'homme alors qu'en fait ni l'une ni l'autre n'ont les attributions ou les mécanismes qui leur permettraient d'intervenir.

¹ Résolution 2000/22 du Conseil économique et social des Nations Unies.

12. Les peuples autochtones s'attendent évidemment à ce que l'on réponde à leurs préoccupations particulières. Le Rapporteur spécial et les membres de l'Instance et du Mécanisme ont donc recommandé dans le rapport issu du séminaire de Madrid que le Rapporteur spécial définisse, au titre de sa participation aux sessions annuelles de l'Instance et du Mécanisme, une procédure de réception des plaintes et, au besoin, de relation directe avec les gouvernements et les peuples autochtones. Le Rapporteur spécial a donc assisté l'an dernier aux sessions annuelles de l'Instance permanente et du Mécanisme d'experts et il a commencé à définir avec eux une méthode de réception des communications pour favoriser au maximum la participation à leurs sessions des groupes autochtones, de leurs associations et des ONG. Le Rapporteur spécial continue d'affiner et de mettre cette procédure en place.

13. Il faut de surcroît rappeler que le Mécanisme d'experts est doté d'un mandat essentiellement axé sur les recherches et les études, alors que le Rapporteur spécial considère que son rôle consiste essentiellement à faire des observations sur les questions de fond qui apparaissent dans le travail d'évaluation des situations nationales et d'examen des plaintes pour violation précise des droits de l'homme. Ce travail est pour l'essentiel orienté sur la pratique et il s'agit de rechercher les pratiques recommandables, en supposant qu'il y en ait. Le Rapporteur spécial peut aussi donner des informations issues de ses activités à l'Instance permanente et au Mécanisme d'experts.

14. Si l'Instance, le Mécanisme et le Rapporteur spécial ont donc des rôles différents à jouer, ils partagent un idéal, celui de la promotion des droits de l'homme des peuples autochtones dans le monde. Il va sans dire que l'une des grandes références de cette démarche est la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. À l'article 42, l'Assemblée générale y appelle les organes et les institutions des Nations Unies à «favoriser le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration». Le Rapporteur spécial tient à poursuivre sa collaboration avec ces deux partenaires au moment où il aborde la deuxième année de son mandat.

2. Coordination avec les institutions des Nations Unies et les organismes régionaux et autres

15. Le Rapporteur spécial est parallèlement entré en relations actives avec les services du Secrétariat de l'ONU qui s'occupent de la question autochtone. Il a participé à deux séminaires régionaux organisés en Amérique latine sur le thème de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (l'un à Lima du 6 au 8 octobre 2008, l'autre à Montelimar (Nicaragua) du 10 au 13 juin 2009), organisés par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, qui cherche dans la région à faire valoir par des activités d'enseignement, d'information et de conseil les droits et les obligations que la Déclaration fixe pour les États. Le Rapporteur spécial a fait à ces séminaires des exposés sur le contenu et la mise en application de la Déclaration, en particulier en Amérique latine. La Déclaration était encore le sujet de l'exposé qu'il a fait devant les représentants des diverses institutions des Nations Unies, à l'occasion du séminaire organisé par le Programme des Nations Unies pour le développement à New York le 20 mai; le rôle que jouent les programmes et les institutions des Nations Unies dans l'application de la Déclaration y était souligné. Le jour d'après, le Rapporteur spécial a rencontré à New York des fonctionnaires du Département des affaires politiques de l'ONU, avec lesquels il a pu échanger des idées sur la question autochtone vue sous l'angle des grandes tendances politiques et économiques du moment.

16. Au niveau régional, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont fait œuvre de pionnières en développant une jurisprudence particulière sur les droits des peuples autochtones sur le continent américain, dont l'effet normatif s'est fait sentir dans d'autres régions. Le 25 octobre 2008, le Rapporteur spécial a participé à Washington à un séminaire d'experts sur les droits fonciers des autochtones et le principe du consentement préalable libre et éclairé, organisé sous le patronage de la Commission interaméricaine des droits de l'homme; il a pu ainsi échanger avec la Commission des renseignements sur divers dossiers. Il a également confirmé qu'il était disposé à coopérer avec le Groupe de travail d'experts sur les populations/communautés autochtones de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et espère trouver un moyen pratique de collaborer davantage avec elle.

17. Le Rapporteur spécial a également collaboré avec la Banque mondiale. Il a été invité au séminaire organisé le 3 juin 2008 à Washington sur le thème de la promotion des droits et du développement autochtones en Amérique latine et dans les Caraïbes. Il a souligné à cette occasion le rôle que jouait la Banque mondiale face aux multiples défis et aux multiples initiatives qui concernaient les autochtones. Il reste en relation avec les représentants de la Banque pour chercher les moyens d'améliorer la coordination de leurs activités.

B. Domaines de travail

18. Le Rapporteur spécial a fait des choses très diverses dans le cadre de son mandat pour suivre la situation des droits de l'homme des autochtones du monde entier et promouvoir son amélioration. Il s'est efforcé d'adopter systématiquement dans ses travaux un point de vue non sexiste et est resté attentif à la vulnérabilité particulière des enfants autochtones. Dans l'ensemble, il a cherché des méthodes de travail fondées sur un dialogue constructif avec les gouvernements, les peuples autochtones, les ONG, les organes compétents de l'ONU et les autres intervenants, afin de régler les questions et les situations les plus difficiles et de faire prospérer ce qui est déjà acquis. Dans cet esprit, il a entrepris des activités qui peuvent se ranger, sans s'y confiner, sous quatre rubriques: promotion de saines pratiques; études thématiques; rapports de pays; plaintes pour violation des droits de l'homme.

1. Promotion de saines pratiques

19. Le premier domaine de travail du Rapporteur spécial a été défini par le Conseil des droits de l'homme (résolution 6/12, al. 1 a)): «identifier [...] et promouvoir les meilleures pratiques». Le Rapporteur spécial s'est concentré sur les réformes juridiques, administratives et programmatiques lancées au niveau national pour donner effet aux normes fixées dans la Déclaration et dans les autres instruments internationaux. Ces réformes sont toujours un énorme travail parce qu'elles s'accompagnent de toutes sortes de complications et exigent des gouvernements, sur le plan financier comme sur le plan politique, une volonté bien affirmée.

20. On a demandé au Rapporteur spécial au cours de ses activités de prêter son concours à des initiatives de réforme constitutionnelle et législative, en donnant des orientations sur la manière d'harmoniser ces initiatives avec les normes internationales. Comme le Conseil en a été informé dans le rapport de l'an passé, peu après avoir été nommé, en mai 2008, le Rapporteur spécial a été prié par des associations autochtones et le Président de l'Assemblée constituante de l'Équateur de prêter son assistance à la révision constitutionnelle. La nouvelle Constitution

équatorienne a été approuvée par référendum en septembre 2008; elle contient des dispositions importantes qui consacrent les droits collectifs des autochtones. Le Rapporteur spécial suit en continu ces réformes et les législations qui en découlent.

21. Le Rapporteur spécial a également favorisé l'adoption des pratiques les meilleures en encourageant les États qui ont pris des mesures positives. En décembre 2008, il a été invité à une cérémonie chez les Awas Tingni du Nicaragua, à l'issue de laquelle le Gouvernement a remis aux autochtones le titre foncier de leurs terres ancestrales longtemps attendu, en vertu de l'arrêt rendu en 2001 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans un communiqué de presse rendu public à la fin de la cérémonie, le Rapporteur spécial a félicité le Gouvernement nicaraguayen de la volonté active qu'il mettait à exécuter cet arrêt. Il continuera de suivre les progrès qui mèneront au plein respect par les tiers des droits que détiennent les Awas Tingni sur ces fonds de terre et au règlement des réclamations foncières des autres communautés autochtones.

22. En avril 2009 également, le Rapporteur spécial s'est rendu au Chili pour se rendre compte de la situation des peuples autochtones, enchaînant sur la tournée que son prédécesseur y avait faite en 2003. Les peuples autochtones chiliens connaissent encore de nombreux problèmes mais les pouvoirs publics ont pris l'an dernier de grandes mesures pour protéger leurs droits, en ratifiant notamment en septembre 2008 la Convention n° 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989), et en s'engageant à amender la Constitution pour reconnaître et promouvoir les droits autochtones. Le Rapporteur spécial a rédigé à la lumière de cette réforme et présenté au Gouvernement un rapport rendu par la suite public où il exposait et analysait les divers aspects du droit de consultation, illustré d'exemples de mécanismes consultatifs créés dans d'autres pays. Le Gouvernement a entrepris de consulter les autochtones chiliens à propos de la réforme constitutionnelle; le Rapporteur spécial suit l'évolution de la situation.

23. Le Rapporteur spécial a participé à Jakarta, les 16 et 17 mars 2009, à un séminaire sur les droits autochtones parrainé par la Commission indonésienne des droits de l'homme (KOMNAS HAM) et l'Alliance des peuples autochtones de l'archipel (AMAN – Aliansi Masyarakat Adat Nusantara). Les deux partenaires ont annoncé à cette occasion qu'elles s'étaient entendues pour réaliser un programme commun de règlement des problèmes autochtones, bon exemple de coordination entre une commission nationale des droits de l'homme indépendante et une grande association autochtone.

24. Du 27 au 31 octobre 2008, le Rapporteur spécial a rencontré des représentants de tous les peuples sâmes des pays nordiques et de Russie, des représentants des gouvernements et diverses autres personnalités qui participaient à la dix-neuvième Conférence sâme de Rovaniemi (Finlande). À cette occasion, il a pu rencontrer le Conseil et les Parlements sâmes des pays nordiques, avec lesquels il a pu envisager le renforcement des arrangements institutionnels qui protègent leurs droits. Les Parlements sont devenus pour les Sâmes un moyen de plus en plus efficace de faire valoir leur volonté quand leur vie et leur société sont en cause.

25. Un facteur important de la promotion des bonnes pratiques au niveau national est la volonté politique affirmée de faire valoir les droits autochtones, comme le veut la Déclaration. Cette année, l'Australie, qui est l'un des quatre États à avoir voté contre la Déclaration, a approuvé officiellement le texte et, selon une déclaration largement diffusée, s'est engagée à

respecter pleinement les normes qu'elle consacre. Cette initiative marque une évolution bienvenue de la politique autochtone officielle comme le Rapporteur spécial le faisait observer dans le communiqué de presse rendu public par les coprésidents du Mécanisme et de l'Instance en avril 2009. De la même manière, la Colombie, qui s'était abstenue de voter lors de l'adoption de la Déclaration, a écrit à la Haut-Commissaire aux droits de l'homme le 20 avril 2009 pour se déclarer en faveur de la Déclaration et des principes qu'elle consacre et «souscrire aux principes d'égalité, de respect de la diversité et de non-discrimination qui sont le fondement de la Déclaration»².

26. Pour ce qui est de l'avenir, le Rapporteur spécial continuera de favoriser les évolutions positives; il se déclare à nouveau prêt à offrir ses aide et conseils techniques aux gouvernements, aux entreprises, aux peuples autochtones et aux autres parties concernées qui penseraient en avoir besoin pour adopter les innovations et les réformes juridiques, administratives et programmatiques touchant la question autochtone. Il recherchera les données concrètes et tentera de trouver et de proposer des modèles applicables à plusieurs contextes. Il analysera sans doute ces modèles en détail, ceux qui existent et ont été couronnés de succès, dans les rapports annuels qu'il présentera au Conseil et dans les autres documents qu'il publiera.

2. Études thématiques

27. Le deuxième domaine de travail du Rapporteur spécial, orienté vers la promotion de saines pratiques dans des contextes nationaux particuliers, consiste à mener des études, soi-même ou avec d'autres, sur des questions ou des sujets qui concernent les peuples autochtones, indépendamment des frontières et partout dans le monde. L'ancien Rapporteur spécial a procédé à plusieurs études thématiques pour cerner les questions principales et jeter les bases des initiatives positives et des réformes pratiques, étudiant notamment les effets des projets de développement sur les communautés autochtones, la mise en application des dispositions du droit interne et des normes internationales protégeant les droits autochtones, les peuples autochtones et l'enseignement public, les relations entre la législation officielle et le droit coutumier autochtone, et les normes internationales concernant les peuples autochtones. Mais, comme il l'a déjà dit, avec la création du Mécanisme d'experts chargé de «mettre une compétence thématique à la disposition du Conseil» et de lui faire des recommandations sur les problèmes touchant les peuples autochtones, le Rapporteur spécial considère maintenant que le travail qu'il consacre aux études thématiques n'a qu'une place secondaire par rapport au reste de ses travaux. Il viendra pour l'essentiel en complément et en soutien de ce que fait le Mécanisme d'experts. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs fourni les informations qu'il tirait de son expérience au Mécanisme d'experts pour l'aider à poursuivre son étude sur le droit à l'éducation des peuples autochtones.

28. Outre cette contribution, le Rapporteur spécial a participé, afin de mieux comprendre les problèmes particuliers qui se posent à la femme autochtone, à une consultation régionale sur la violence contre les femmes autochtones en Asie et dans le Pacifique, avec le Rapporteur spécial sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, Yakin Ertürk. Cette rencontre était organisée par l'Asia Pacific Forum on Women, Law and Development et Mahila Sarvangeen Utkarsha Mandal; elle a été suivie d'une consultation nationale sur les femmes

² Lettre adressée à la Haut-Commissaire aux droits de l'homme par le Vice-Ministre des affaires multilatérales de Colombie.

autochtones en Inde, qui s'est déroulée à New Delhi entre le 14 et le 18 octobre 2008. Ceux qui y ont participé, dont beaucoup de femmes autochtones de la région, ont déterminé les grands problèmes récurrents qui favorisent la violence, notamment les actes discriminatoires dont les femmes autochtones sont l'objet, selon les quelques thèmes suivants: mondialisation économique, militarisation et conflits armés, culture, tradition et religion et leurs effets composés sur la condition de la femme autochtone. Les entretiens avec les deux Rapporteurs spéciaux visaient à définir des stratégies et des mécanismes susceptibles de répondre efficacement aux niveaux national, régional et international aux multiples formes de violence dont les femmes autochtones sont l'objet et de tirer la leçon des techniques ayant connu le succès.

29. Le Rapporteur spécial collabore aussi avec les ONG et les experts autochtones à la réalisation de deux initiatives dans des domaines qui intéressent actuellement les autochtones. La première est le séminaire organisé par l'ONG Khredda et le Centre de la Catalogne de l'UNESCO (UNESCOC), qui se tiendra en octobre 2009 sur le thème des mécanismes de règlement des différends dans le cas des sociétés minières qui opèrent ou cherchent à opérer en territoire autochtone. Ce séminaire et le rapport qui en sera issu font suite à une recommandation faite l'an dernier par l'Instance permanente, qui voulait que le Rapporteur spécial étudie les sociétés transnationales, en complément des travaux de l'Instance elle-même sur le sujet. La deuxième initiative est l'étude transectorielle du pluralisme juridique et du droit coutumier autochtone. Elle sera menée avec le Conseil international pour l'étude des droits de l'homme et le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies. Elle devrait commencer par un atelier qui se tiendra à l'Université de l'Arizona (États-Unis) au début de l'année prochaine.

3. Rapports de pays

30. Le troisième domaine de travail du Rapporteur spécial est celui des enquêtes et des rapports sur la situation générale des droits de l'homme des autochtones de certains pays. Ces rapports de pays présentent des conclusions et des recommandations visant à renforcer le recours aux techniques recommandées, à cerner les sujets problématiques et à améliorer la situation des droits de l'homme des peuples autochtones. Leur élaboration commence normalement par un séjour dans le pays concerné, notamment dans sa capitale et certains lieux particulièrement problématiques. Au cours de ce séjour, le Rapporteur spécial s'entretient avec les représentants du gouvernement, les collectivités autochtones des régions et divers acteurs de la société civile qui touchent à la question autochtone. Comme le veut le Code de conduite des mandataires des procédures spéciales, ces séjours ne peuvent s'effectuer qu'avec le consentement et la coopération du gouvernement concerné.

31. L'an dernier, le Rapporteur spécial s'est ainsi rendu au Brésil, au Népal, au Botswana et en Australie pour faire un rapport sur chacun d'eux, et a fait des séjours de suivi en Chine et en Colombie pour constater les progrès de la mise en œuvre des recommandations faites par son prédécesseur. Il a en outre reçu des réponses fermes du Gouvernement de la République du Congo et de la Fédération de Russie à propos de ses prochaines visites, et attend la réponse à sa demande de séjour en Inde et en Indonésie, dont il espère qu'elle sera étudiée avec bienveillance dans un proche avenir.

4. Plaintes pour violation des droits de l'homme

32. Enfin, le quatrième domaine de travail du Rapporteur spécial, le plus important peut-être, est celui des réponses qu'il doit constamment donner aux plaintes pour violation des droits de l'homme. Un aspect fondamental de son mandat, réaffirmé par le Conseil dans sa résolution 6/12, consiste à «recueillir, solliciter, recevoir et échanger des renseignements et des communications émanant de toutes les sources pertinentes, notamment des gouvernements, des populations autochtones elles-mêmes et de leurs communautés et organisations, sur les violations présumées des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont elles sont victimes» (par. 1, al. b). Le Rapporteur spécial s'est particulièrement efforcé d'«établir un dialogue constructif continu avec toutes les parties prenantes» (par. 1, al. f) en arrêtant une stratégie à long terme pour toutes les activités qu'il entreprend.

33. Le Rapporteur spécial ne peut s'occuper des cas particuliers alléguant une violation qu'avec les informations que lui fournissent les autochtones et leurs associations, les ONG et d'autres sources. Au cours de l'année passée, il a reçu des informations sur des violations présumées des droits de l'homme émanant de tous les continents de la planète, et envoyé en réponse de nombreuses communications aux gouvernements. Ces dossiers font état de violations du droit de donner un consentement préalable libre et éclairé, en ce qui concerne surtout l'extraction des ressources naturelles et le déplacement ou l'éviction des communautés autochtones; du déni des droits des autochtones sur les terres et les ressources; de la situation des autochtones volontairement isolés; des menaces de violence visant les groupes autochtones, les autochtones et les défenseurs de leur cause; des réformes constitutionnelles et législatives dans les domaines intéressant les autochtones. On trouvera à l'additif 1 au présent rapport le résumé complet des communications envoyées, des réponses reçues des gouvernements et des observations du Rapporteur spécial.

34. Avec ses ressources limitées, le Rapporteur spécial ne peut pas répondre à toutes les plaintes qui sont portées à son attention. De manière générale cependant, il fait de son mieux pour donner suite aux dossiers sérieux et détaillés qui exposent une situation grave relevant de son mandat et dans laquelle une intervention a une chance réelle d'avoir un effet positif, soit qu'elle attire l'attention sur la situation dont il s'agit, soit qu'elle amène les pouvoirs publics ou les autres parties en cause à y remédier. Le Rapporteur spécial peut aussi intervenir quand la situation décrite est représentative ou complémentaire d'un schéma général de violations des droits des autochtones. Il prend garde à répondre à des plaintes émanant de régions et de pays très divers.

35. Normalement, la première réaction devant des informations de ce genre consiste à écrire au gouvernement mis en cause et à le prier de donner sa réponse. Le Rapporteur spécial a dû dans certains cas faire paraître des déclarations publiques pour attirer l'attention sur les violations dont il s'agissait ou exprimer les inquiétudes qu'elles lui inspiraient. Si les circonstances l'y engagent et le gouvernement y consent, le Rapporteur spécial peut se rendre dans le pays pour s'y rendre compte de la situation; c'est ce qu'il a fait au Panama et au Pérou. Il peut aussi, comme il l'a fait pour la situation régnant dans ces deux pays et comme il entend le faire à l'avenir, rendre publiques des constatations détaillées assorties d'analyses et de recommandations, dans l'espoir qu'elles seront utiles au gouvernement et aux autochtones en cause dans leur effort de règlement. Le Rapporteur spécial, soucieux d'éviter le système de la «porte tournante» qui consiste à envoyer une communication à un gouvernement et à attendre sa réponse, cultive activement ses

relations avec les États, les autochtones et les autres intervenants afin de suivre et d'évaluer précisément les situations, de trouver les causes profondes de problèmes immédiats, de favoriser l'adoption de mesures précises développant les acquis et de rédiger des recommandations à la fois pratiques, appuyées sur des faits connus et conformes aux normes des droits de l'homme applicables.

II. LA QUESTION FONDAMENTALE DE L'OBLIGATION DE CONSULTER

36. Le Rapporteur spécial a recherché ce que les problèmes auxquels les autochtones du monde entier font face ont en commun et les mesures qui les cibleraient directement. Il a fréquemment relevé dans des situations extrêmement diverses que les États ne respectaient pas vraiment l'obligation de consulter les autochtones avant toute décision susceptible de les affecter, et constaté qu'il fallait donner aux gouvernements et aux autres responsables des orientations quant à la manière de le faire; il a constaté que si l'on n'implique pas les autochtones par voie de consultation dès le lancement d'une initiative officielle, les programmes publics, même ceux qui se veulent particulièrement avantageux pour les autochtones, perdent dès le départ de l'efficacité. Tout déficit de consultations conduit inmanquablement à des situations conflictuelles, dans lesquelles les autochtones expriment leur colère et leur méfiance, et qui dans certains cas dégénèrent en violences.

37. Il n'existe pas de formule unique applicable en tous lieux et en toutes circonstances pour la consultation des autochtones. L'article 34 de la Convention n° 169 de l'OIT dit à ce propos: «La nature et la portée des mesures à prendre pour donner effet à la présente Convention doivent être déterminées avec souplesse, compte tenu des conditions particulières à chaque pays.». Les effets de l'obligation de consulter sont multiples et variés mais le Rapporteur spécial a touché l'an dernier à cette question dans deux grands contextes: celui des réformes conventionnelles et législatives qui concernent la question autochtone, et celui des initiatives de développement et d'exploitation des ressources naturelles, avec dans certains cas une opération de réinstallation des autochtones. Il consacra le reste du présent rapport à ses réflexions sur des aspects de l'obligation de consulter et de son application qui sont en rapport avec les questions qu'il a eu à résoudre, dans l'espoir qu'on y trouvera des éclaircissements et des pistes utiles.

A. Fondement normatif et caractère général de l'obligation de consulter

38. Il faut insister sur le fait que l'obligation qu'ont les États de consulter les autochtones avant toute décision les affectant est mise en avant dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et s'est fermement ancrée dans le droit international des droits de l'homme. Elle est mentionnée tout au long de la Déclaration à propos de questions particulières (art. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 et 38) et l'article 19 en fait un principe primordial en ces termes: «Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.».

39. Comme la Déclaration, la Convention n° 169 de l'OIT exige que les États consultent les autochtones de bonne foi afin d'obtenir leur accord ou leur consentement aux opérations d'aménagement ou aux projets de développement qui les touchent, et leur demande de procéder

à des consultations avec les collectivités autochtones dans des contextes très divers (art. 6, par. 1 et 2; art. 15, par. 2; art. 17, par. 2; art. 22, par. 3; art. 27, par. 3; et art. 28). Un comité tripartite du Conseil d'administration de l'OIT a d'ailleurs déclaré: «l'esprit de consultation et de participation est la pierre angulaire de la Convention n° 169 et il est à la base de toutes les dispositions de cet instrument»³. La jurisprudence de l'OIT précise les contours de cette obligation comme on le verra ci-dessous.

40. L'obligation de consulter se fonde également sur les grands traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, dont la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁴ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Plus récemment, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, qui contrôle l'application de la Convention a demandé à beaucoup de gouvernements de procéder à des consultations avec les autochtones sur les questions touchant à leurs droits et à leurs intérêts, dans ses conclusions sur les rapports du Canada⁵, de l'Indonésie⁶, de la Nouvelle-Zélande⁷, de la République démocratique du Congo⁸, des États-Unis d'Amérique⁹, de l'Équateur¹⁰, de la Suède¹¹ et de la Namibie¹² pour être précis ainsi que dans les conclusions de son examen des situations particulières examinées dans le cadre de la procédure d'urgence et d'alerte rapide, à savoir le Belize¹³, le Brésil¹⁴, le Chili¹⁵, le Panama¹⁶ et le Pérou¹⁷. De son côté, le Comité des droits de

³ Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Équateur de la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération équatorienne des syndicats libres (CEOSL), par. 31.

⁴ Les États sont censés «veiller à ce que les membres des populations autochtones jouissent de droits égaux en ce qui concerne la participation effective à la vie publique et qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement informé». (Recommandation générale n° XXIII (1997) concernant les droits des populations autochtones) (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, par. d).

⁵ CERD/C/CAN/CO/18, par. 15 et 25.

⁶ CERD/C/IDN/CO/3, par. 17.

⁷ CERD/C/NZL/CO/17, par. 20.

⁸ CERD/C/COD/CO/15, par. 18.

⁹ CERD/C/USA/CO/6, par. 29.

¹⁰ CERD/C/ECU/CO/19, par. 16.

¹¹ CERD/C/SWE/CO/18, par. 19.

¹² CERD/C/NAM/CO/12, par. 18.

¹³ Lettre datée du 7 mars 2008, à consulter à l'adresse: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Belize070308.pdf.

l'homme a parlé de l'obligation de consulter dans plusieurs des rapports qu'il a adressés aux gouvernements sur la façon dont ils appliquent le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et récemment dans ses observations finales relatives au Chili¹⁸, au Costa Rica¹⁹, au Panama²⁰, au Botswana²¹ et au Nicaragua²². Enfin, l'obligation de consulter découle de l'obligation à laquelle les États ont souscrit en adhérant à la Convention interaméricaine sur les droits de l'homme, comme l'a réaffirmé la Cour interaméricaine des droits de l'homme²³.

41. Cette obligation est le corollaire d'une myriade de droits fondamentaux universellement acceptés, dont le droit à l'intégrité de sa culture, le droit à l'égalité et le droit de propriété, comme l'indiquent les déclarations et les décisions qu'on a citées du Comité des droits de l'homme, du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Elle dérive plus fondamentalement du droit supérieur qu'ont les autochtones de déterminer leur destin, et des principes connexes de la démocratie et de la souveraineté populaire. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme en son article 3 que «Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.». Cela répond aux aspirations des autochtones du monde entier qui souhaitent maîtriser leur propre destin dans des conditions d'égalité et participer effectivement aux décisions qui les intéressent. Le droit à l'autodétermination est un droit fondateur, sans lequel les autres droits des autochtones, qu'ils soient collectifs ou individuels, ne peuvent s'exercer pleinement. Les principes connexes de la souveraineté des peuples et de la démocratie s'unissent pour s'opposer au régime de la coercition et soutenir l'impératif du régime du consentement. Conformément à ces principes, l'obligation qu'ont les États de consulter les autochtones avant toute décision qui les touche inverse la tendance historique à l'exclusion des autochtones de la chaîne d'autorité, évite qu'à l'avenir des décisions

¹⁴ Lettre datée du 7 mars 2008, à consulter à l'adresse: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Brazil070308.pdf.

¹⁵ Lettre datée du 24 août 2007, à consulter à l'adresse: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/chile_letter.pdf.

¹⁶ Lettre datée du 15 août 2008, à consulter à l'adresse: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/Panama_letter150808.pdf.

¹⁷ Lettre datée du 7 mars 2008, à consulter à l'adresse: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Peru070308.pdf.

¹⁸ CCPR/C/CHL/CO/5, par. 19

¹⁹ CCPR/C/CRI/CO/5, par. 5.

²⁰ CCPR/C/PAN/CO/3, par. 21.

²¹ CCPR/C/BWA/CO/1, par. 24.

²² CCPR/C/NIC/CO/3, par. 21.

²³ *Saramaka v. Suriname*, arrêt du 28 novembre 2007, par. 133 et 134.

importantes ne soient imposées aux autochtones et permet à ceux-ci de prospérer comme collectivités sociales distinctes sur des terres auxquelles leur culture reste attachée.

42. D'une manière générale, les décisions d'État devraient être prises à l'issue d'un travail démocratique dans lequel les intérêts de la société auront été dûment représentés. Souvent, des procédures de préavis et d'enquête publique soutiennent à juste titre la marche de la démocratie représentative. Il n'en faut pas moins des procédures de consultation particulières lorsque les décisions d'un État touchent les intérêts propres des autochtones. Ces procédures particulières se justifient par la nature de ces intérêts, qui prennent naissance dans des schémas culturels et une histoire autochtone spécifique et par le fait que la démocratie représentative normale ne peut faire dûment droit aux préoccupations de peuples le plus souvent en marge de la vie politique. L'obligation de consulter qu'ont les États et ses divers aspects normatifs postulent, comme le dit la Déclaration, le respect général des singularités des autochtones ainsi que l'adoption de certains correctifs pour compenser leurs désavantages.

B. Situations dans lesquelles s'applique l'obligation de consulter

43. Il serait illusoire de penser que l'obligation qu'ont les États de consulter directement les peuples autochtones selon des procédures particulières s'applique littéralement, au sens le plus large, chaque fois qu'une décision d'État peut affecter les autochtones. En effet, la quasi-totalité des décisions législatives et administratives peuvent affecter d'une manière ou d'une autre les autochtones autant que le reste de la population. Une interprétation intentionnelle des dispositions de la Déclaration à la lumière des autres instruments internationaux et de la jurisprudence qui les accompagne conduit à définir en ces termes le champ d'application de cette obligation: il y a obligation de consulter chaque fois qu'une décision d'État peut affecter les autochtones de telle façon que les autres membres de la société ne sont pas touchés. Le cas se produit lorsque les intérêts ou la situation spécifiques des autochtones sont touchés par la décision, même si celle-ci a des effets plus larges, comme c'est le cas de certains textes législatifs. Par exemple, le Code de l'exploitation des terres et des ressources naturelles a des effets généraux, mais il touche en même temps de façon particulière les intérêts des autochtones, en raison de leur régime foncier traditionnel et de leurs schémas culturels: il y a obligation de consulter.

44. L'obligation de consulter ne se limite pas aux cas dans lesquels une décision affecte ou risque d'affecter un droit ou un titre déjà reconnu. Le Rapporteur spécial constate avec préoccupation que certains États ont adopté, sciemment ou non, une certaine position qui veut que les consultations directes avec les autochtones à propos d'activité minière ou d'autres réalisations à fort impact écologique (par exemple un barrage) ne sont nécessaires que lorsque les terres que les activités en question affecteront sont reconnues en droit interne comme terres autochtones. Ce n'est pas la bonne attitude parce que les autochtones sont le plus souvent en situation de vulnérabilité et que l'obligation de consulter, qui est en équation avec le droit à l'autodétermination et les principes de la démocratie, prend naissance chaque fois que les intérêts propres aux autochtones sont en jeu, même lorsqu'ils ne correspondent pas à un droit foncier reconnu ou à quelque autre titre. Un comité tripartite du Conseil d'administration de l'OIT a dit expressément à ce propos: «Cette consultation s'applique en ce qui concerne les ressources appartenant à l'État qui se trouvent sur les terres que les peuples intéressés occupent ou utilisent

d'une autre manière, qu'ils détiennent un titre de propriété sur ces terres ou non.»²⁴. On imagine sans peine les angles innombrables sous lesquels les autochtones et leurs intérêts peuvent être touchés par un projet d'aménagement ou une initiative législative si les intéressés ne détiennent pas le titre officiel nécessaire.

45. La nature de la procédure de consultation requise varie évidemment selon la décision dont il s'agit et l'étendue de ses effets sur les peuples autochtones. Les réformes constitutionnelles ou législatives qui concernent ou affectent l'ensemble des autochtones d'un pays supposent l'existence de mécanismes de consultation et de représentation appropriés, ouverts à tous et utiles à chacun. Les mesures qui touchent au contraire une population ou une communauté autochtone précise – par exemple s'il s'agit d'extraction minière sur ses terres – appellent des consultations axées sur ses intérêts et sur un échange de vues avec elles.

C. Consultations de bonne foi en vue d'obtenir un accord ou un consentement

46. La procédure de consultation et l'objet qu'elle poursuit dépendent aussi de la nature du droit ou de l'intérêt des autochtones qui est en jeu et des effets prévisibles de la décision envisagée. Selon la Déclaration, les consultations avec les peuples autochtones doivent se tenir «de bonne foi [...] afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause». Il ne faut pas voir dans cette clause une disposition donnant aux peuples autochtones un droit de veto général sur les décisions qui les concernent, elle ne fait que fixer le consentement comme but aux consultations. À ce propos, la Convention n° 169 de l'OIT dit que ces consultations doivent viser à «parvenir à un accord ou [...] obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées» (art. 6, par. 2). Sa formulation quelque peu différente donne à penser que la Déclaration envisage les consultations plutôt comme la négociation d'un accord mutuellement acceptable avant que la décision soit prise, que comme un mécanisme permettant de faire passer aux autochtones des informations sur une décision déjà prise ou en passe de l'être, sans leur permettre d'influer réellement sur son adoption.

47. L'importance ou le pouvoir d'attraction du but qu'est le consentement ne peut que varier selon les circonstances et les intérêts autochtones en jeu. Si les effets sur la vie ou les terres des autochtones sont directs et sensibles, on est presque certain que la décision ne doit pas être prise sans le consentement des intéressés. Dans certains contextes, cette éventualité peut se renforcer jusqu'à devenir une interdiction de lancer la mesure ou d'entreprendre le projet si les autochtones n'y consentent pas. La Déclaration envisage deux cas dans lesquels l'État est tenu d'obtenir le consentement des autochtones concernés, en plus de l'obligation générale de consulter. Il y a le cas où le projet envisagé obligera à évincer un groupe de ses terres traditionnelles, et le cas du stockage ou de l'élimination de déchets toxiques en territoire autochtone (art. 10 et 29, par. 2). Dans la même optique, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé, dans une affaire mettant en cause les Saramakas du Suriname, que «pour ce qui est des projets d'investissement ou de développement à grande échelle qui auraient des effets

²⁴ Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Guatemala de la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Fédération des travailleurs des campagnes et des villes (FTCC), par. 48.

majeurs en territoire saramaka, l'État a le devoir non seulement de consulter les Saramakas mais aussi d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé, selon leurs us et coutumes»²⁵.

48. Chaque fois que les intérêts particuliers des autochtones seront touchés par la mesure que l'on envisage, c'est leur consentement qui doit être, dans une certaine mesure, le but des consultations. Comme on l'a dit, cette règle ne donne pas aux autochtones un «droit de veto», elle ne fait que fixer la nécessité d'organiser la consultation de telle façon que tout soit fait pour obtenir le consensus de toutes les parties. Le Rapporteur spécial regrette que la discussion sur l'obligation de consulter – et le principe connexe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause – se ramène souvent à la question de savoir si les autochtones ont ou non un droit de veto qu'ils peuvent exercer pour enrayer un projet d'aménagement. Cette façon d'orienter la discussion n'est conforme ni à l'esprit ni à la nature de l'obligation de consulter et du principe du consentement, tels que le droit international des droits de l'homme les a développés et tels qu'ils sont consacrés dans la Déclaration.

49. Ces principes visent à instaurer un dialogue auquel l'État et les autochtones concourent de bonne foi pour réunir un consensus en s'efforçant sincèrement d'aboutir à un accord mutuellement satisfaisant. Comme on l'a déjà souligné, l'obligation de consulter et les principes qui lui sont liés sont venus inverser des tendances historiques à imposer aux autochtones des décisions et des conditions d'existence menaçant leur survie. Parallèlement, les principes de consultation et de consentement ne confèrent pas aux autochtones le droit d'imposer littéralement leur volonté aux États lorsque ceux-ci agissent de manière légitime et servent de bonne foi l'intérêt public. Ils visent plutôt à éviter qu'une partie n'impose sa volonté à l'autre et à favoriser au contraire la compréhension mutuelle et les décisions consensuelles.

D. Éléments favorisant la confiance et donc le consensus

50. Un effort de bonne foi en direction de la procédure consensuelle exige que les États «s'efforcent de parvenir à un consensus sur [les procédures à suivre], d'assurer par une diffusion suffisante que chacun y a accès et de créer un climat de confiance avec les peuples indigènes en vue de favoriser un dialogue productif»²⁶. Un climat de confiance est particulièrement important dans les relations avec les autochtones, «et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de peuples indigènes qui éprouvent une certaine méfiance pour les institutions de l'État et un sentiment de marginalisation dus à une réalité historique extrêmement ancienne et complexe qui n'a pas encore été dépassée»²⁷. Comme l'a fait remarquer un comité tripartite du Conseil d'administration de l'OIT dans une affaire mettant en cause la réforme constitutionnelle au Mexique, «le climat d'affrontements, de violences et de méfiance réciproque n'a pas permis aux

²⁵ *Saramaka v. Suriname*, par. 134.

²⁶ Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'exécution par le Guatemala de la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Fédération des travailleurs des campagnes et des villes (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), par. 53.

²⁷ Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Mexique de la Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Front authentique du travail (FAT), par. 107.

consultations de se dérouler de façon plus productive»²⁸. De surcroît, les autochtones souffrent le plus souvent d'un désavantage sur le plan de l'influence politique, des moyens financier et de l'accès à l'information et à l'éducation, par rapport aux institutions publiques et aux parties privées, par exemple les entreprises qui sont leurs interlocutrices dans les consultations.

51. Pour créer ce climat de confiance et de respect mutuel, la procédure de consultation doit elle-même être fixée par consensus. Le Rapporteur spécial a constaté qu'elle est souvent théorique et que les autochtones ne lui font pas confiance parce qu'ils n'ont pas participé comme ils l'auraient dû aux discussions qui ont conduit à la définir et à la mettre en place. D'autre part, les États doivent régler le problème du déséquilibre des pouvoirs en faisant en sorte de fournir aux autochtones des moyens financiers et techniques et l'aide dont ils ont besoin sous d'autres formes, mais sans faire de cette assistance un bras de levier pour faire pression sur eux ou influencer sur leurs positions de négociation.

52. L'instauration de la confiance et un consensus authentique exigent une procédure qui respecte pleinement les institutions représentatives et décisionnelles des autochtones, comme l'exigent explicitement la Déclaration (art. 19) et la Convention n° 169 de l'OIT (art. 6, al. 1 a)). Les autochtones peuvent aussi avoir à développer ou réformer leurs propres institutions, selon leurs propres structures de décision, pour définir les instances représentatives qui faciliteront les consultations. Le Rapporteur spécial a observé que les consultations ralentissent et deviennent confuses quand les autochtones ne précisent pas leur mécanisme de représentation. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que la Déclaration veut que les institutions autochtones fonctionnent «en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme» (art. 34) et qu'elle attire particulièrement l'attention «sur les droits et les besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones», et sur l'élimination de toutes les formes de discrimination et violences contre les enfants et les femmes autochtones (art. 22).

53. Quand c'est l'exploitation des ressources naturelles ou un projet de développement qui touche les terres indigènes, il faut, pour qu'elles puissent prendre une décision libre et éclairée, que les populations concernées disposent d'informations complètes et objectives sur tous les aspects de la réalisation qui les concernent, notamment les effets du projet sur leur mode de vie et leur milieu. Il est donc indispensable que l'État procède à des études d'impact environnemental et social pour connaître les conséquences auxquelles il faut s'attendre. Ces études doivent être présentées aux autochtones concernés dès le début de la consultation, afin qu'ils aient assez de temps pour en comprendre les résultats, présenter leurs observations et recevoir les réponses aux préoccupations qu'ils pourraient exprimer. De plus, dans ce genre de contexte, une consultation orientée sur le consensus ne doit pas seulement porter sur les mesures susceptibles d'atténuer ou de compenser les effets négatifs du projet, elle doit aussi s'intéresser aux moyens d'en partager équitablement les bénéfices en véritables partenaires.

²⁸ Ibid.

E. L'obligation de consulter et la responsabilité de l'entreprise privée

54. Les questions de consultation se présentent souvent lorsqu'un gouvernement accorde à une entreprise privée une concession d'exploitation des richesses naturelles, de construction d'un barrage ou de réalisation de quelque autre projet de mise en valeur à l'intérieur ou à proximité de terres autochtones. L'État lui-même a alors la responsabilité de procéder ou de faire procéder aux consultations voulues, même lorsque c'est une société privée qui, d'un point de vue pratique, est le promoteur ou le maître d'œuvre des activités qui peuvent affecter les droits et les terres des autochtones. Selon des principes bien ancrés en droit international, le devoir qu'a l'État de protéger les droits de l'homme des autochtones, y compris l'obligation qu'il a de les consulter avant d'entreprendre quoi que ce soit qui pourrait les affecter, n'est pas une obligation dont on peut se défaire en la sous-traitant à une entreprise ou à quelque autre entité. De plus, comme dans les autres contextes, les consultations autour des activités d'extraction ou d'aménagement qui touchent les peuples autochtones doivent se tenir aussi en amont que possible et se poursuivre pendant toutes les phases de la prise de décisions, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir lieu avant que la société privée ne reçoive sa concession.

55. Le Rapporteur spécial a relevé plusieurs exemples d'États qui déléguaient à une société privée impliquée dans tel ou tel projet son obligation de consulter. Le fait de confier ainsi à une entité privée une obligation d'État en matière des droits de l'homme, outre qu'il n'exonère pas l'État de sa responsabilité première, n'est sans doute pas non plus souhaitable et peut être même problématique parce que les intérêts privés, qui ont en général un but lucratif, ne peuvent jamais se concilier totalement avec l'intérêt public ou les intérêts des peuples autochtones en cause. Il ne faut pas pour autant écarter l'éventualité d'une convergence fondamentale de tous ces intérêts dans le sens du consensus, à l'issue de négociations où auront été effacés les déséquilibres des positions.

56. Les entreprises privées qui lancent ou réalisent des activités d'extraction ou d'aménagement qui touchent les autochtones doivent s'efforcer de leur côté, dans le cadre de leur politique sociale, de rendre toujours leur comportement conforme aux normes internationales régissant les droits des peuples autochtones, y compris celles qui s'appliquent à la consultation. En termes strictement juridiques, le droit international n'impose pas directement aux entreprises, sauf dans certaines circonstances, l'obligation de respecter les droits de l'homme, mais ces entreprises sont de plus en plus fréquemment jugées selon le respect qu'elles accordent aux normes internationales relatives aux droits de l'homme. Il paraît de plus en plus normal qu'elles les appliquent dans leur sphère d'influence respective, comme l'ont dit la société civile internationale, les institutions internationales de protection des droits de l'homme, les États et les entreprises elles-mêmes²⁹. D'ailleurs, lorsque ses activités ont des répercussions sensibles sur les communautés autochtones, une entreprise est mal avisée, pour des raisons pratiques, d'ignorer les normes internationales applicables. Comme le Rapporteur spécial l'a constaté au cours de ses travaux, s'écarter de ces normes l'expose à des difficultés, par exemple des contretemps et des pertes financières, et l'empêche de se donner ou de cultiver l'image d'une entreprise ayant le sens de ses responsabilités sociales.

²⁹ Voir le rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, «Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme» (A/HRC/8/5) (2008).

57. Le Rapporteur spécial a observé que beaucoup de sociétés comprenaient mal les normes internationales relatives aux droits de l'homme qui concernent les autochtones et qui s'appliquent dans les pays où elles opèrent, et que beaucoup encore ne disposaient pas d'un code de conduite consacrant les principes relatifs aux droits de l'homme. Pour que ces entreprises appliquent correctement les normes relatives aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence respective, il faut qu'elles connaissent, incorporent et mettent en application les normes concernant les droits autochtones dans tous les aspects des activités dont il s'agit. De plus, son obligation de vigilance impose à chaque entreprise privée travaillant à proximité de peuples autochtones de veiller à ne pas approuver par son comportement un acte de l'État susceptible de violer les droits de l'homme des autochtones et de ne pas concourir à un tel acte, par exemple, quand l'État n'a pas consulté les autochtones avant de procéder. De son côté, l'État doit contrôler en permanence ce que fait l'entreprise pour s'assurer qu'elle respecte pleinement les droits des autochtones et que les consultations nécessaires se déroulent bien.

III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Exécution du mandat

1. Coopération avec d'autres mécanismes et organes

58. **La coordination avec l'Instance permanente sur les questions autochtones et le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones est un aspect important du mandat du Rapporteur spécial. Les trois mécanismes, qui ont été créés à des époques différentes et à diverses phases du mouvement international de protection des droits des autochtones, sont complémentaires mais leurs activités se chevauchent sous certains aspects. Les efforts de coordination entre les trois instances doivent être plus énergiques et devenir un élément permanent de leurs travaux, que ceux-ci soient réalisés collectivement ou séparément.**

59. **De le même ordre d'idée, le Rapporteur spécial se félicite de l'occasion qui lui est donnée de coopérer avec les institutions et les programmes de tout le système des Nations Unies et avec les institutions régionales et spécialisées. Cette coopération devrait se poursuivre dans le sens de la sensibilisation à la question autochtone et de l'aménagement des programmes pour y intégrer cette problématique et mettre effectivement en application les normes relatives aux droits autochtones qui sont consacrés dans les instruments internationaux.**

2. Domaines de travail

60. **Le travail que réalise le Rapporteur dans le cadre de son mandat relève de quatre domaines connexes, qui se renforcent l'un l'autre: promotion de saines pratiques; études thématiques; rapports de pays; plaintes pour violation des droits de l'homme – cette dernière catégorie étant celle qui exige actuellement le plus d'attention. Le Rapporteur spécial sait gré aux États, aux autochtones et aux autres parties intéressées qui ont collaboré à ses travaux. Il invite instamment les États qui ne l'ont pas fait à répondre à ses communications relatives aux plaintes pour violation des droits de l'homme. Il invite l'ensemble des États à répondre favorablement à ses demandes de séjour sur leur territoire.**

3. L'obligation de consulter

61. L'un des problèmes fondamentaux que le Rapporteur spécial a rencontré à plusieurs reprises est le manque de consultation des peuples autochtones sur les questions qui touchent à leur mode de vie ou concernent leurs territoires. Cet état de choses se traduit par des situations conflictuelles et des manifestations de mécontentement et de méfiance, et même par une profonde colère, chez tous les peuples autochtones de la planète quelle que soit leur situation précise. Le Rapporteur spécial croit comprendre que les États et les autres parties concernées ont besoin de directives quant aux paramètres normatifs qu'ils auraient à appliquer et aux mesures qu'ils auraient à prendre pour exécuter l'obligation de consulter comme le veulent les normes internationales. Dans les paragraphes qui vont suivre, le Rapporteur spécial résume ses conclusions sur certains aspects de cette obligation de consulter, en ajoutant quelques recommandations.

4. Cadre normatif et législation, politiques et pratiques nationales

62. Selon la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et la Convention n° 169 de l'OIT, les États sont tenus de consulter les peuples autochtones selon une procédure particulière sur toutes les questions qui les touchent, en vue d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Cette obligation, qui répond à l'idée que les peuples autochtones sont relativement marginalisés et défavorisés dans le jeu démocratique normal, découle du droit supérieur qu'ont les peuples autochtones de s'autodéterminer et des principes de la souveraineté populaire et du gouvernement par consentement; c'est un corollaire des principes connexes relatifs aux droits de l'homme.

63. Les consultations sont obligatoires chaque fois qu'une décision législative ou administrative risque d'affecter les peuples autochtones alors que le reste de la population n'est pas touché; en tel cas, l'obligation vaut pour ceux qui, parmi les groupes autochtones, sont particulièrement touchés et pour leurs intérêts particuliers. Elle ne vaut pas quand les droits fondamentaux qui ont déjà été reconnus par la législation interne – par exemple sous forme de titres fonciers – sont impliqués dans la mesure.

64. Les États devraient se doter de mécanismes permettant de savoir exactement dans quelle mesure une décision législative ou administrative – y compris en matière d'extraction minière et d'aménagement – affecte les intérêts particuliers des autochtones, et dans quelle mesure une procédure de consultation spéciale s'impose, et ce bien avant que la décision soit prise.

65. La procédure de consultation qui doit être mise en place aura des caractéristiques différentes selon la nature de la décision, l'étendue de ses effets sur les peuples autochtones et les intérêts ou les droits de ceux-ci qui sont en jeu. Mais, dans tous les cas où il y a obligation de consulter, le but des consultations doit être d'obtenir le consentement ou l'accord des autochtones concernés. Les consultations doivent donc se tenir dans les premières phases de la préparation du projet, de sorte que les autochtones puissent participer à la prise de décisions et influencer sur ses résultats.

66. **Le principe qui veut que le but des consultations soit le consentement des autochtones ne signifie pas que l'obtention de ce consentement soit une exigence absolue dans tous les cas. Ce qui importe, quelle que soit la situation, c'est que l'État fasse un effort de bonne foi pour aboutir à un accord. Les autochtones doivent également rechercher de bonne foi le consensus sur le projet et éviter de se montrer rigides quand il s'agit d'une entreprise inspirée par le principe légitime de l'intérêt public.**

67. **Même si la procédure de consultation varie nécessairement selon le contexte, les États devraient en prévoir dans la législation pour certaines catégories d'activités – par exemple l'extraction des ressources naturelles touchant ou concernant un territoire autochtone. Les dispositifs législatifs ou réglementaires mis en place devraient, comme la procédure particulière de consultation, être élaborés en consultation avec les autochtones.**

68. **Le fait de consulter les autochtones sur la procédure de consultation elle-même non seulement garantit l'efficacité du futur dispositif mais offre aussi un bon moyen, un moyen indispensable, de faire naître la confiance. Mais il faut aussi savoir la cultiver en prenant d'autres mesures.**

69. **Sur ce plan, les États devraient tout faire pour permettre aux autochtones de s'organiser et décider librement de qui les représentera aux consultations, et pour inculquer une attitude de respect et de soutien des pouvoirs des représentants. Les autochtones devraient quant à eux s'efforcer chaque fois qu'il le faut de préciser et renforcer leurs associations et leurs structures représentatives afin qu'elles puissent fonctionner effectivement pendant les consultations.**

70. **Les États devraient également procéder à des analyses et des études d'impact des décisions législatives ou administratives qu'ils envisagent et en mettre les résultats à la disposition des autochtones concernés longtemps avant les négociations, en même temps que toutes les autres informations nécessaires. Les États devraient aussi faire en sorte que les autochtones aient les moyens techniques et financiers de participer aux consultations, mais sans faire de cette assistance un bras de levier pour exercer une pression ou une influence sur les autochtones pendant les consultations.**

71. **Les institutions et les programmes compétents du système des Nations Unies et les ONG concernées devraient chercher à donner aux autochtones accès aux moyens techniques et financiers dont ils ont besoin pour participer efficacement aux consultations et aux négociations.**

72. **Même lorsque c'est une entreprise privée qui, sur le plan pratique, s'occupe de promouvoir et de réaliser les activités, par exemple dans le domaine de l'extraction minière, qui vont affecter des autochtones, les États conservent la responsabilité de l'ouverture et du bon déroulement des consultations. De son côté, l'entreprise privée doit, par calcul politique sinon par obligation légale, toujours conformer son comportement aux normes internationales concernant les droits des autochtones, y compris les règles qui régissent les consultations.**

73. Une entreprise privée qui travaille ou entend travailler à proximité ou à l'intérieur d'un territoire autochtone doit adopter un code de conduite l'obligeant à respecter les droits de ces autochtones conformément aux instruments internationaux, en particulier la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Les États devraient se doter de mécanismes expressément chargés de contrôler le comportement de l'entreprise considérée afin de veiller à ce que les droits des autochtones soient pleinement respectés et les consultations prévues pleinement utiles.

74. Les États doivent améliorer les capacités de médiation de leurs administrations publiques, au besoin en partenariat avec les entreprises privées, pour faire face à d'éventuels conflits d'intérêts autour des terres et des richesses autochtones, concourir avec les autres parties concernées au bon fonctionnement des mécanismes de consultation et garantir les peuples autochtones de la discrimination et de la disparité des chances dans ce domaine.
