

L'ENGAGEMENT DES ÉTATS À TRAVERS LA RÉOLUTION 61/295 PORTANT DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

Boris Marlin

Volume 21, numéro 1, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068943ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/1068943ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Marlin, B. (2008). L'ENGAGEMENT DES ÉTATS À TRAVERS LA RÉOLUTION 61/295 PORTANT DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(1), 211–242. <https://doi.org/10.7202/1068943ar>

Résumé de l'article

La résolution 61/295 portant *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* peut être analysée à la lumière de l'engagement des États tant du point de vue de l'*instrumentum* de l'acte que de son *negotium*. Les États membres de l'ONU se trouvent engagés formellement par la résolution 61/295, sur la base du principe de la bonne foi qui leur est opposable. Leur engagement doit traduire une volonté de mettre en oeuvre effectivement la résolution. L'engagement des États à travers la résolution 61/295 se prolonge dans le *negotium* de l'acte car sa nature est normative. Sur le terrain coutumier, l'engagement des États par le *negotium* peut se confondre avec des obligations de *lex lata* ou se limiter à des propositions de *lex ferenda*.

L'ENGAGEMENT DES ÉTATS À TRAVERS LA RÉOLUTION 61/295 PORTANT DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

*Boris Marlin**

La résolution 61/295 portant *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* peut être analysée à la lumière de l'engagement des États tant du point de vue de l'*instrumentum* de l'acte que de son *negotium*. Les États membres de l'ONU se trouvent engagés formellement par la résolution 61/295, sur la base du principe de la bonne foi qui leur est opposable. Leur engagement doit traduire une volonté de mettre en œuvre effectivement la résolution. L'engagement des États à travers la résolution 61/295 se prolonge dans le *negotium* de l'acte car sa nature est normative. Sur le terrain coutumier, l'engagement des États par le *negotium* peut se confondre avec des obligations de *lex lata* ou se limiter à des propositions de *lex ferenda*.

The resolution 61/295 containing the *Declaration of United Nations on the rights of indigenous peoples* can be analyzed in the light of the commitment of States both from the point of view of the instrumentum of the act and its negotium. The Member states of the United Nations are committed formally by the resolution 61/295, on the basis of the principle of the good faith which is opposable to them. Their commitment has to demonstrate a will to implement effectively the resolution. The commitment of States through the resolution 61/295 goes on in the negotium of the act because its nature is normative. On the customary ground, the commitment of States by the *negotium* can reach *lex lata* obligations or limit itself to *lex ferenda* propositions.

* L'auteur, docteur en sciences juridiques, exerce actuellement les fonctions de chargé d'enseignement en droit public à l'Institut d'enseignement supérieur de la Guyane (Université des Antilles et de la Guyane). Ses recherches doctorales sur les droits des Indiens au Brésil l'ont amené à se pencher plus particulièrement sur la question autochtone selon une approche comparée et internationaliste.

La genèse de la résolution 61/295¹ remonte à l'année 1971 lorsque le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations unies a autorisé la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités² à réaliser « une étude du problème de la discrimination à l'encontre des peuples autochtones » et à proposer des mesures visant à éliminer cette discrimination³. En 1982, le Conseil économique et social décidait la création d'un Groupe de travail sur les populations autochtones⁴. Ce Groupe de travail était notamment chargé de présenter un projet de déclaration en matière de droits autochtones fondés sur les « différents droits nationaux, les instruments internationaux et autres critères juridiques »⁵. En 1985, le Groupe de travail entreprenait l'élaboration d'un projet de déclaration en tenant compte des observations et suggestions des représentants gouvernementaux et des organisations non gouvernementales⁶. En juin 1993, ce Groupe de travail arrêta la version définitive du projet⁷. Le 26 août 1994, la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités adoptait, sans vote, le projet de déclaration et le soumettait à la Commission des droits de l'homme pour examen⁸. Le 29 juin 2006, le Conseil des droits de l'homme⁹ adoptait le projet de la *Déclaration*

¹ *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés. AG, Doc. Off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/RES/61/295 (2007) [*Déclaration*].

² La Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités a été créée par la Commission des droits de l'homme en vertu de la résolution 9 (II) du Conseil économique et social du 21 juin 1946. Le 27 juillet 1999, elle est devenue la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme par une décision 1999/256 du Conseil économique et social; *Rationalisation des travaux de la Commission des droits de l'homme*, Déc. CES 1999/256, Doc. off. CES NU, 1999, supp. n°1, Doc. NU E/1999/99 (2000); La Sous-commission a terminé ses travaux en août 2006.

³ *Le problème des populations autochtones*, Rés. CES 1589(L), Doc. off. CES NU, 1971, supp. n°1, Doc. NU E/5044. L'étude comprend cinq volumes dont le dernier apporte une synthèse et formule certaines recommandations; Voir José Martínez Díaz, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Doc. off. CES NU, 1987, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Il convient de préciser que cette étude publiée sous le nom de José Martínez Cobo est constituée essentiellement par les travaux menés par le juriste guatémaltèque Cesar A. Willemsen Diaz.

⁴ *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Rés. CES 1982/34, Doc. off. CES NU, 1982, supp. n°1, Doc. NU E/1982/82.

⁵ *Rapport de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les travaux de sa trente-septième session*, Doc. off. CES NU, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1984/43.

⁶ Sur le rôle des ONG. dans le développement des normes internationales de protection des autochtones, voir Anthony Simpson, « The role of indigenous non governmental organizations in developing human rights standards applicable to indigenous peoples » (1987) 81 *American Society of International Law Proceedings* 282 à la p. 285.

⁷ Commission des droits de l'homme, *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 1993, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/26.

⁸ *Rapport de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les travaux de sa quarante-sixième session*, Doc. off. CES NU. 1994, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1994/56.

⁹ Le Conseil des droits de l'homme a été créé le 15 mars 2006 par l'Assemblée générale en remplacement de la Commission des droits de l'homme. *Conseil des droits de l'homme*, Rés. AG 60/251, Doc. off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/251. Conformément à cette résolution, tous les mandats, mécanismes, fonctions et attributions de la Commission des droits de l'homme, incluant la

sur les droits des peuples autochtones¹⁰. Il recommandait aussi à l'Assemblée générale l'adoption de cette déclaration. La Troisième Commission de l'Assemblée générale (traitant des questions sociales, humanitaires et culturelles) était alors chargée de préparer un projet de résolution¹¹. L'épilogue juridique de ce récit procédural intervenait finalement le 13 septembre 2007 avec le vote et l'adoption par l'Assemblée générale des Nations unies, à la 61^e session et 107^e séance plénière, de la résolution 61/295 portant *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*¹².

La négociation particulièrement laborieuse de la *Déclaration* n'a cependant, pas débouché sur un consensus. La résolution 61/295 a, en effet, été adoptée par un vote à la majorité des membres présents et votants selon la procédure prévue aux articles 18 de la *Charte des Nations unies*¹³ et 88 à 95 du règlement intérieur de l'Assemblée générale¹⁴. Le résultat a été le suivant ; membres présents et votants cent quarante-huit : votent pour cent quarante-quatre¹⁵, votent contre quatre (Australie, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande). Onze États s'abstiennent (Colombie, Azerbaïdjan, Bangladesh, Géorgie, Burundi, Fédération de Russie,

Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme, ont été transférés, depuis le 19 juin 2006 au Conseil des droits de l'homme.

¹⁰ Conseil des droits de l'homme, *Résolution 1/2. Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme, chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 1994*, Rés. HRC 2006/2, Doc. off. HRC NU, 1^e sess., Doc. NU A/HRC/RES/1/2; La résolution 2006/2 du Conseil des droits de l'homme a été adoptée à la majorité de trente voix pour, deux voix contre (Canada et Fédération de Russie) et douze abstentions.

¹¹ Conseil des droits de l'homme, *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : projet de résolution*, Doc. off. AG NU, 61^e sess., Doc. NU A/61/L.67 (2007).

¹² *Déclaration*, *supra* note 1.

¹³ *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, art. 13, para. 1 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), art. 18 [*Charte*].

¹⁴ *Règlement intérieur de l'assemblée générale*, Doc. off. AG NU, Doc. NU A/520/Rev.17, art. 88-95 [*Règlement intérieur*].

¹⁵ Afghanistan, Afrique du Sud, Albanie, Algérie, Allemagne, Andorre, Angola, Antigua-et-Barbuda, Arabie saoudite, Argentine, Arménie, Autriche, Bahamas, Bahreïn, Barbade, Bélarus, Belgique, Belize, Bénin, Bolivie, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brésil, Brunéi Darussalam, Bulgarie, Burkina Faso, Cambodge, Cameroun, Cap-Vert, Chili, Chine, Chypre, Comores, Congo, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Djibouti, Dominique, Égypte, El Salvador, Émirats arabes unis, Équateur, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Gabon, Ghana, Grèce, Guatemala, Guinée, Guyana, Haïti, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Iraq, Irlande, Islande, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Jamaïque, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Koweït, Lesotho, Lettonie, Liban, Libéria, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malawi, Maldives, Mali, Malte, Maurice, Mexique, Micronésie (États fédérés de), Moldova, Monaco, Mongolie, Mozambique, Myanmar, Namibie, Népal, Nicaragua, Niger, Norvège, Oman, Pakistan, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, République arabe syrienne, République centrafricaine, République de Corée, République démocratique du Congo, République démocratique populaire Lao, République dominicaine, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sainte-Lucie, Saint-Marin, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Sénégal, Serbie, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Sri Lanka, Suède, Suisse, Suriname, Swaziland, Thaïlande, Timor-Leste, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Uruguay, Venezuela (République bolivarienne du), Viet Nam, Yémen, Zambie, Zimbabwe, voir *Déclaration*, *supra* note 1.

Samoa, Nigeria, Ukraine, Bhoutan et Kenya), et trente-trois sont absents¹⁶. Il faut préciser que le vote s'est déroulé à l'aide du dispositif mécanique ou « vote enregistré »¹⁷ à la demande expresse des représentants de l'Australie, des États-Unis, et de la Nouvelle-Zélande contrairement à la pratique normale du vote à main levée¹⁸. L'adoption de la résolution 61/295 par un vote démontre surtout l'impossibilité d'un consensus. Or, il convient de souligner que le consensus a trouvé une place dominante dans la pratique de l'Assemblée générale c'est-à-dire que ses résolutions sont le plus souvent adoptées sans vote y compris celles portant sur les questions autochtones¹⁹. En l'espèce, le formalisme du vote a été considéré comme un gage de sécurité juridique par certains États. Ils ont ainsi pu donner à leur comportement une interprétation explicite et sans équivoque. En outre, et comme deux précautions en valent mieux qu'une, pas moins de quarante-cinq représentants gouvernementaux ont tenu à s'expliquer sur leurs positions respectives à travers des déclarations reproduites officiellement aux procès-verbaux de la séance plénière. Ces éléments procéduraux tendent à montrer l'importance particulière et la solennité que les États ont témoignées à l'égard de la *Déclaration*. L'entrée en vigueur de cette déclaration au sein du *corpus juris gentium* a, en effet, été ressentie comme une étape « historique » par la plupart des États ou des acteurs impliqués dans la négociation²⁰. Le texte de la

¹⁶ *Règlement intérieur*, *supra* note 14 art. 86. « Aux fins du présent règlement, l'expression "membres présents et votants" s'entend des membres votant pour ou contre. Les membres qui s'abstiennent de voter sont considérés comme non votants ».

¹⁷ *Ibid.* art. 87 b). « Tout représentant peut demander un vote enregistré. Dans le cas d'un vote enregistré, il n'est pas procédé, à moins qu'un représentant n'en fasse la demande, à l'appel des noms des membres; toutefois, les résultats du vote sont consignés au compte rendu de la même manière que les résultats d'un vote par appel nominal ».

¹⁸ *Ibid.* art. 87 a). « L'Assemblée générale vote normalement à main levée ou par assis et levé, mais tout représentant peut demander le vote par appel nominal ».

¹⁹ Selon notre recensement, l'Assemblée générale a adopté par consensus pas moins de 24 résolutions portant directement et exclusivement sur les peuples et individus autochtones : A/RES/61/295, A/RES/60/142, A/RES/59/174, A/RES/58/158, A/RES/57/193, A/RES/57/192, A/RES/57/191, A/RES/56/140, A/RES/55/80, A/RES/54/150, A/RES/53/130, A/RES/53/129, A/RES/52/108, A/RES/51/78, A/RES/50/157, A/RES/50/156, A/RES/49/214, A/RES/48/163, A/RES/48/133, A/RES/47/75, A/RES/46/128, A/RES/45/164, A/RES/41/182, A/RES/40/131; Seules deux résolutions portant sur les peuples autochtones ont été adoptées par vote : la 61/295 et la 45/164 (« Année internationale des populations autochtones », 150 pour; 0 contre; 4 abstentions; 5 non votants); Voir Organisation des Nations unies, « Système d'information bibliographique de l'ONU », en ligne : <<http://unbisnet.un.org>>.

²⁰ Le Secrétaire général des Nations unies, M. Ban Ki-moon avait alors déclaré, sur un ton emphatique, qu'il accueillait « chaleureusement et comme un triomphe pour les peuples autochtones du monde entier, l'adoption de la Déclaration sur leurs droits », tel que cité dans Organisation des Nations unies, Communiqué SG/SM/11156 HR/4931, (13 septembre 2007), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/SGSM11156.doc.htm>>; Mme Haya Rashed Al-Khalifa (Présidente de l'Assemblée générale) : « Je voudrais remercier tous les membres de l'Assemblée générale pour le travail qu'ils ont réalisé pour élaborer cette Déclaration historique », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 (2007) à la p. 11; M. Choquehuanca Céspedes (Bolivie) : « Cette étape historique permet de porter un regard neuf sur la réalité autochtone », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 (2007) à la p. 8; M. Riofrio (Équateur) : « Cet instrument historique et important, qui a nécessité plus de 20 ans pour devenir réalité, constituera sans nul doute la charte fondamentale pour la protection des droits de l'homme des peuples autochtones partout dans le monde », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 (2007) à la p. 10; M. Briz Gutiérrez (Guatemala) : « Ma

Déclaration compte quarante-six articles qui traitent largement des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones (près de 400 millions d'individus à travers le monde). Elle reconnaît notamment le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et leurs droits sur les terres qu'ils occupent traditionnellement. Les peuples autochtones se voient également garantir la protection et la promotion de leurs spécificités culturelles. La *Déclaration* pose aussi le principe de la participation des peuples autochtones aux décisions qui ont une incidence sur leur vie. En somme, elle vient préciser les droits fondamentaux universels dans le contexte culturel, économique, social et politique spécifique des peuples autochtones²¹.

Un an après le vote, quelle analyse peut-on faire de la résolution 61/295 à la lumière de l'engagement des États? En guise d'entrée en matière, il convient de partir du constat établi, en 1996, par le Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de déclaration, en ces termes :

Certains gouvernements ont fait observer que ce projet de déclaration énonçait des aspirations sociales ou politiques et non pas des droits, tandis que d'autres, appuyés par beaucoup de représentants de populations autochtones, ont dit qu'à leur avis ce texte énonçait des normes minimales.

délégation tient à reconnaître les efforts, la ténacité, la souplesse et la bonne volonté du mouvement autochtone et des délégations gouvernementales qui [...] ont réussi à produire cet extraordinaire instrument historique », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 (2007) à la p. 9; M. Talbot (Guyana) : « En réalité, le Guyana considère que l'adoption de la Déclaration marque une importante étape historique dans la reconnaissance des droits des peuples autochtones et de leur égalité avec tous les peuples du monde », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 107^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.107 (2007) à la p. 28; M. Mbuende (Namibie) : « Aujourd'hui, nous avons atteint un nouveau jalon historique », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 à la p. 2; M. Acharya (Népal) : « Le Népal se félicite de l'occasion qui nous a été donnée de nous prononcer sur cette déclaration historique », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 108^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 à la p. 3; M. Akindele (Nigéria) : « Pour en venir à l'essentiel, aujourd'hui, le 13 septembre 2007, est un jour historique. Nous venons d'être témoins de l'adoption de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 107^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.108 à la p. 6; M. Mac-Donald (Surinam) : « En adoptant aujourd'hui ce document historique, la communauté internationale a défini les principes qui régissent les droits des peuples autochtones », voir Doc. off. AG NU, 61^e sess., 107^e séance plén., Doc. NU A/61/PV.107 à la p. 29.

²¹ Le dispositif de la *Déclaration* se décline sommairement de la façon suivante : les articles 1 à 6 posent des principes généraux et affirment l'égalité des peuples autochtones avec les autres groupes, leur droit à la participation, à maintenir leurs spécificités et leur droit à l'autodétermination; les articles 7 à 10 garantissent le droit des peuples autochtones à la vie et condamne les politiques visant à l'ethnocide et au génocide; les articles 11 à 16 insistent sur les droits des peuples autochtones à leur culture et traditions ainsi que le droit à l'éducation et à la langue; les articles 17 à 24 énumèrent diverses dispositions relatives aux droits économiques et sociaux des peuples autochtones; les articles 25 à 32 concernent les droits sur les terres et les ressources; les articles 33 à 35 établissent le droit à l'autonomie et insistent sur la reconnaissance des institutions politiques et juridiques des peuples autochtones; l'article 36 porte sur le droit des peuples autochtones d'avoir des relations transfrontalières avec d'autres peuples autochtones; l'article 37 prévoit le droit pour les peuples autochtones de voir les « traités, accords et autres arrangements constructifs » conclus avec les États reconnus et effectivement appliqués; enfin, les articles 38 à 46 identifient un certain nombre de mesures incombant aux États et aux Nations unies ainsi que des principes généraux notamment celui affirmant que les droits énumérés dans ce texte constituent le standard minimum pour la survie, la dignité et le bien être des peuples autochtones.

Plusieurs gouvernements ont rappelé qu'une déclaration était dépourvue de force obligatoire. Pour d'autres, ce fait était certes incontestable, mais la déclaration n'en créait pas moins une forte obligation morale de respecter ses dispositions.²²

L'adoption de résolution 61/295 par l'Assemblée générale a-t-elle contribué à rapprocher les positions des États? L'inefficacité et l'irréalisme habituellement attachés à la production normative de l'Assemblée générale continuent-ils de peser aussi lourd dans la balance de l'engagement des États à travers la résolution 61/295? Notre proposition consiste à analyser la nature et la portée de « l'engagement » des États à travers la résolution 61/295 selon une démarche de type positiviste en nous appuyant notamment sur les déclarations d'explication formulées après le vote par les représentants gouvernementaux. Ces données doivent permettre d'éclairer le résultat brut de la votation et de mieux comprendre les positions respectives des États y compris de ceux qui ont choisi de façon souvent controversée de s'opposer à la résolution. En effet, une controverse s'étant élevée sur la question de la valeur, de la portée des dispositions de la résolution et de leur application, nous tenterons d'apporter des éléments de réponse quant à l'intensité des « obligations » des États en l'espèce. L'analyse du contenu normatif de la résolution c'est-à-dire du dispositif de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* sera donc volontairement écartée ici.

On peut dire en généralisant que les résolutions adoptées par l'Assemblée générale ne sont, en vertu de l'article 13 de la *Charte*, que de simples « recommandations ». La résolution 61/295 entre manifestement dans cette catégorie prévue formellement par l'article 13 (1) de la *Charte*²³. La recommandation est, selon la définition proposée, en 1956, par Michel Virally : « [La] résolution d'un organe international adressée à un ou plusieurs destinataires et impliquant une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention »²⁴. En ce sens, la recommandation reste une offre adressée aux États afin qu'ils adoptent un certain comportement actif ou bien passif. Les recommandations sont, ainsi, le plus souvent considérées comme de pures incantations de l'ordre du souhaitable, des instruments « de caractère exhortatif » qui ne lient pas leurs destinataires. D'où la question faussement naïve de savoir pourquoi certains États ont-ils pris un soin particulier à manifester leur désapprobation ou leur abstention au moment de la négociation et du vote de la résolution 61/295? Ces précautions préserveraient-elles ces États de tout

²² Commission des droits de l'homme, *Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 de la Commission des droits de l'homme en date du 3 mars 1995*, Doc. off. CES NU, 1996, Doc. NU E/CN.4/1996/84 au para. 22.

²³ *Charte des Nations unies*, *supra* note 13, art. 13 (1) : « L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de : a. développer la coopération internationale dans le domaine politique et encourager le développement progressif du droit international et sa codification; b. développer la coopération internationale dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique, et faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

²⁴ Michel Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales » (1956) 2:2 A.F.D.I. 66 aux pp. 69-96.

engagement juridique? D'autres États ont revendiqué, au contraire, leur « engagement » ou n'ont pas contesté la possibilité qu'ils puissent s'engager par la résolution 61/295²⁵. Quel est donc l'« engagement » juridique des États à travers la résolution 61/295? Pour apporter une réponse, il convient certainement de porter l'analyse de la résolution 61/295 au-delà des apparences formelles souvent trompeuses en droit international. En outre, il est convenu que le caractère non contraignant d'un instrument international ne lui ôte pas toute valeur juridique. Enfin, il est également reconnu que la portée juridique des recommandations est une question d'espèce. Cette série de « commandements » dans l'analyse des résolutions adoptées par l'Assemblée générale découle précisément du débat sur la valeur normative des recommandations qui a agité la doctrine dans les années 1970²⁶. Ces résultats doctrinaux nous amènent à distinguer, dans l'analyse de la résolution 61/295, l'engagement des États à travers l'*instrumentum* c'est-à-dire le support formel de l'acte d'une part, et, leur engagement à travers le *negotium* c'est-à-dire l'opération juridique qui constitue l'acte, d'autre part²⁷. Nous examinerons, en effet, la possibilité que les États membres de l'ONU se trouvent engagés formellement par la résolution 61/295, sur la base du principe de la bonne foi (I). En outre, en adoptant un tel instrument, les États réalisent une opération juridique; celle d'accepter la normativité de la *Déclaration* qui s'y trouve annexée et qu'ils ont librement négociée (II).

²⁵ M. González (Costa Rica) : « Nous nous sommes portés coauteur de cette résolution, nous joignant à l'*engagement historique pris* pour payer notre dette à nos frères et nos soeurs autochtones en votant pour la Déclaration [Nos italiques] », Doc. NU AG A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 11; M. Riofrio (Équateur) : « L'Équateur est un pays connu pour sa diversité culturelle et pluriethnique, et c'est dans ce contexte que je prends la parole au cours de cette séance plénière de l'Assemblée générale, soulignant le *ferme engagement* pris par mon gouvernement avec l'adoption de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones [Nos italiques] », Doc. NU AG A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 10; M. Talbot (Guyana) : « À la lumière de *notre engagement*, le Guyana espérait que la Déclaration puisse être adoptée par consensus. Nous estimons qu'il est très regrettable que la Déclaration, qui aurait dû être adoptée à l'unanimité, soit devenue une source de division. Le Guyana espère toutefois qu'à l'avenir, la communauté internationale sera en mesure de parvenir à un consensus pour garantir le respect et la promotion des droits des peuples autochtones [Nos italiques] », Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 29; M. Park Hee-kwon (République de Corée) : « L'adoption de cette Déclaration constitue un *engagement solennel* qui envoie un message sans équivoque à la communauté internationale en faveur de la survie et du bien-être des peuples autochtones, en particulier en appui, entre autres choses, à leurs cultures et à leurs langues déclinantes et à leur droit de poursuivre la vision qui est la leur en matière de développement économique, social et culturel [Nos italiques] », Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 25; M^{me} Pierce (Royaume-Uni) « Le Royaume-Uni comprend également *les engagements pris* dans l'article 11 d'accorder des réparations par des mécanismes efficaces et dans l'article 12 de favoriser l'accès et/ou le rapatriement par le biais de mécanismes efficaces [Nos italiques] », Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 23.

²⁶ Jorge Castañeda, « La valeur juridique des résolutions des Nations unies » (1970) 129 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 205 aux pp. 307-325; Voir aussi Jean-Flavien Lalive, « Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères » (1977) 104 *J.D.I.* 319 à la p. 350.

²⁷ Selon le professeur Jean Salmon, l'instrument (*instrumentum*) est « de manière générale, l'acte formel opposé à l'acte substantiel » (*negotium*). Voir Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001. En l'espèce, l'*instrumentum* est, à notre sens, le support formel de l'acte, c'est-à-dire la résolution (recommandatoire) n°61/295 et son *negotium* consiste dans le contenu de l'acte c'est-à-dire les dispositions de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*.

I. L'engagement de bonne foi par l'*instrumentum*

Il convient d'abord de dresser un tableau des comportements étatiques au moment de la négociation et du vote de la résolution 61/295. Ces comportements peuvent, en effet, témoigner d'un véritable engagement juridique sur le terrain de la bonne foi (A). Un tel engagement doit normalement s'accompagner d'actes susceptibles de le rendre effectif. L'effectivité reste, en effet, le seul critère valable de l'engagement des États (B).

A. Le vote de la résolution 61/295 comme moment décisif de l'engagement des États sur le fondement de la bonne foi

Le principe général de la bonne foi s'applique aux comportements des États membres de l'ONU (1). Les États qui se sont engagés par la résolution 61/295 à travers leur vote peuvent se voir opposer ce principe (2).

1. LA BONNE FOI ET LES DIFFÉRENTS COMPORTEMENTS DES ÉTATS AU MOMENT DU VOTE

Nous retenons ici la bonne foi au sens juridique, objectif, comme principe général de droit c'est-à-dire « celle notamment qui protège la confiance et l'attente légitimes qu'un acte, une omission, une déclaration et plus généralement un comportement, a fait naître chez autrui »²⁸. On sait que la bonne foi s'applique aux relations internationales²⁹. En l'espèce, elle concerne les relations à travers la résolution 61/295 entre les États et entre les États et les peuples autochtones. La *Déclaration* annexée à la résolution 61/295 rappelle le principe de la bonne foi à plusieurs reprises dans son préambule ainsi que dans son dispositif³⁰. Ainsi, le

²⁸ Voir notamment Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public : contributions à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, Presse universitaire de France, 2000 aux pp. 111-113 et aux pp. 143-153.

²⁹ *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 457 à la p. 473, para. 49 : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable ».

³⁰ Préambule : « *Convaincue* que la reconnaissance des droits des peuples autochtones dans la présente Déclaration encouragera des relations harmonieuses et de coopération entre les États et les peuples autochtones, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi »; art. 19 : « Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés – par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives – avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause »; art. 32 para. 2 : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui

comportement des États doit être marqué par la bonne foi au moment du vote de la résolution 61/295 et a posteriori lors de son application. Mais le principe de la bonne foi joue-t-il de la manière pour tous les États?

Selon la *Charte des Nations unies*, un État qui n'a pas souhaité exprimer son consentement à la résolution 61/295 avait le choix entre voter contre et s'abstenir. Un tel comportement signalait clairement aux autres qu'il n'acceptait pas les dispositions de la résolution et qu'il restait à l'écart. Cet État peut difficilement se voir opposer le principe de la bonne foi vis-à-vis de la résolution même s'il ne saurait ignorer ou nier l'existence d'un instrument soutenu par cent quarante-quatre États et qui a fait l'objet d'une négociation longue de vingt années. À l'inverse, un État qui consentait à la résolution 61/295 a voté logiquement pour son adoption. Il acceptait alors les dispositions de la résolution. Par son vote positif, un tel État s'est engagé de bonne foi par la résolution 61/295. *A posteriori*, il est logique d'attendre de la part de cet État une attitude conforme à son intention manifestée au moment du vote. La bonne foi empêche notamment un tel État de reprocher à un autre d'appliquer les dispositions de la résolution. La bonne foi exige aussi des États qui se sont abstenus ou qui ont voté contre la résolution de ne rien faire qui puissent empêcher l'engagement des autres. C'est notamment la position exprimée par le représentant canadien au sein de l'Instance permanente sur les questions autochtones (UNPFII)³¹. De manière positive cette fois, les États qui sont restés à l'écart de la résolution 61/295 peuvent se voir conduits dans certaines circonstances à un engagement minimum d'examen des dispositions de la *Déclaration*. Ainsi, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) a recommandé aux États-Unis qui ont pourtant voté contre l'adoption de la résolution 61/295 de prendre en compte les dispositions de la *Déclaration* comme moyen auxiliaire d'interprétation de la *Convention internationale sur l'élimination de la discrimination raciale*³² dans le cas de son application aux Amérindiens américains³³. Les États-Unis se retrouvent ici engagés de façon

concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres »; art. 46 para. 3 : « Les dispositions énoncées dans la présente Déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi »; Voir *supra* note 15.

³¹ « Pour répondre à certaines questions posées à sa délégation, M. Paul Gibrard (Canada) a reconnu qu'il fallait prendre des mesures concrètes sur des questions affectant les droits des autochtones, comme les changements climatiques. Le Canada n'a pas appuyé la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, a-t-il rappelé, précisant toutefois qu'il n'a pas l'intention d'empêcher les autres gouvernements d'aller dans la direction qu'ils veulent prendre. Nous sommes en faveur de la protection des droits de l'homme des autochtones, a-t-il aussi assuré », voir Conseil économique et social, Communiqué, DH/4949, « L'instance permanente sur les questions autochtones examine les violations actuelles des droits de l'homme et les mécanismes permettant des les éviter » (28 avril 2008), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>.

³² *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195, (entrée en vigueur : 4 janvier 1969).

³³ « Le Comité recommande en outre à l'État partie de reconnaître le droit des Amérindiens de participer à la prise des décisions les concernant, et d'engager de bonne foi des consultations et une coopération avec les populations autochtones concernées, avant de planifier et d'exécuter toute activité dans des régions ayant une signification spirituelle et culturelle pour les Amérindiens. Le Comité prend note de la position de l'État partie au sujet de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones (A/RES/61/295), mais il recommande en définitive que la Déclaration soit considérée

paradoxale à considérer les dispositions de la résolution 61/295 à laquelle ils se sont opposés par leur vote. À cet égard, il convient de citer le juge Hersch Lauterpacht qui estimait aussi que : « L'État en question, s'il n'est pas tenu d'accepter la recommandation, est tenu de l'examiner de bonne foi »³⁴. Ici, la notion « d'examen » reste évidemment d'intensité variable selon les États. Dans cet ordre d'idée, la Nouvelle-Zélande, pourtant opposée à la résolution 61/295, a déclaré qu'elle « prenait très au sérieux les affirmations figurant dans la Déclaration »³⁵.

De toute évidence, la valeur simplement recommandatoire de l'*instrumentum* n'écarte pas l'application du principe de la bonne foi surtout en présence d'un lien de connexité substantielle entre le contenu de la résolution et celui d'un traité international opposable. Malgré tout c'est bien parce que les États savaient que la résolution 61/295 n'était formellement qu'une recommandation qu'ils ont choisie de l'adopter en toute sécurité³⁶. Par précaution, certains États ayant voté pour la résolution ont insisté sur sa portée politique pour mieux en souligner le caractère non contraignant en toute hypothèse³⁷. Cette *opinio non juris* ne les soustrait pas cependant au principe de la bonne foi. De cette façon, le principe de la bonne foi n'a pas non plus pour effet de modifier la valeur de l'*instrumentum*. Ainsi, le juge André Gros pouvait estimer : « Il n'y a donc pas d'autres conséquences pour les États que l'obligation d'examiner de bonne foi la mise en oeuvre des recommandations faites

comme un ensemble de principes pour interpréter les obligations de l'État partie au titre de la Convention en ce qui concerne les populations autochtones », voir *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Doc. off. AG NU, 73^e sess., supp. n°18, Doc. NU A/63/18 au para. 500.

³⁴ *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, [1955] C.I.J. rec. 45 à la p. 119. En l'espèce, il s'agissait de l'Afrique du Sud administrant le territoire du Sud-Ouest africain sur le fondement d'un mandat de la Société des Nations.

³⁵ M^{me} Banks (Nouvelle-Zélande) : « Les partisans de la Déclaration la décrivent comme un instrument représentant un objectif à atteindre, un document visant à inspirer plutôt qu'à avoir des conséquences juridiques. La Nouvelle-Zélande ne peut cependant pas accepter qu'un État responsable adopte une telle position à l'égard d'un document qui prétend énoncer la teneur des droits des peuples autochtones. Nous prenons très au sérieux les affirmations figurant dans la Déclaration, et c'est pour cette raison que nous nous sentons obligés d'adopter la position qui est la nôtre », voir Doc AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 aux pp. 15-16.

³⁶ M. Acharya (Népal) : « Le Népal comprend que les principes mentionnés dans la présente Déclaration sont la manifestation collective des bonnes intentions de la communauté internationale, tenant lieu de lignes directrices pour la protection et la promotion des droits des peuples autochtones, et ne créent donc aucune obligation juridique ou politique contraignante à laquelle seraient tenus les États qui ont voté pour la Déclaration », voir Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 4; M^{me} Pierce (Royaume-Uni) : « Le Royaume-Uni insiste sur le fait que cette Déclaration n'est pas juridiquement contraignante et ne propose pas d'application rétroactive à des épisodes historiques », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 23.

³⁷ M. Aksen (Turquie) : « La Déclaration n'est pas juridiquement contraignante. Elle peut cependant constituer un important outil politique à la disposition des États qui reconnaissent l'existence de peuples autochtones sur leur territoire », voir Doc. AG. NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 5; M. Mac-Donald (Suriname) : « La République du Suriname reconnaît qu'il s'agit d'un document politique visant à exprimer et prouver la volonté de l'État de promouvoir et défendre tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, en particulier des peuples autochtones. Nous reconnaissons également que la Déclaration représente un instrument de sensibilisation et un document de référence pour les questions d'envergure internationale qui touchent les peuples autochtones », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 29.

par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sur la situation de la Namibie »³⁸. Prétendre le contraire entraînerait l'insécurité juridique des États et la paralysie de l'Assemblée générale. Cependant, le caractère non contraignant de la résolution 61/295 n'isole pas les États membres de l'ONU des obligations qu'ils ont assumées aux termes de la *Charte*³⁹. Le Préambule de la *Déclaration* annexée à la résolution 61/295 rappelle, d'ailleurs, que : « Guidée par les buts et principes énoncés dans la *Charte des Nations unies* et convaincue que les États se conformeront aux obligations que leur impose la *Charte* ». Le rappel des obligations souscrites en vertu de la *Charte* renforce en quelque sorte l'engagement de bonne foi des États par l'*instrumentum*. Ainsi, la valeur non contraignante de l'*instrumentum* ne peut servir d'argument aux États pour réduire leurs obligations en tant que membres de l'O.N.U. à l'égard des peuples autochtones. Les États membres de l'ONU qui ont accepté la résolution 61/295 se trouvent donc engagés par l'*instrumentum* sur le fondement du principe de la bonne foi formellement rappelé dans la *Charte*. La non-observation persistante de la résolution 61/295 constituerait une forme de déloyauté à l'égard des buts et principes de la *Charte*. Ainsi, la bonne foi limite la marge discrétionnaire dont les États bénéficient du fait de la valeur formelle de la résolution 61/295.

2. L'OPPOSABILITE DE LA BONNE FOI AUX ÉTATS ENGAGÉS PAR LEUR VOTE POSITIF

Le principe de la bonne foi joue de façon renforcée à l'égard des États qui ont voté pour l'adoption de la résolution 61/295. Cette attitude positive a généré une dynamique favorable à la mise en œuvre de la résolution et a fait naître des attentes et des espoirs. Les peuples autochtones, sont en droit d'escompter des mesures d'application de la résolution de la part des États qui l'ont adoptée. Ils ont placé leur confiance dans le comportement positif des États qui ont voté en faveur de la résolution. Tout changement d'attitude de ces États vis-à-vis des dispositions de la résolution impliquerait alors que les peuples autochtones ont été trompés et ont éventuellement subi des désavantages. Un État ayant de cette manière soufflé le chaud et le froid sur les droits reconnus par la résolution 61/295 pourrait se voir opposer le principe de l'estoppel c'est-à-dire « l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui » dans un cadre contentieux par exemple⁴⁰. En effet, si la résolution

³⁸ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif [1971] C.I.J. rec. 100 à la p. 341, art. 36; Voir aussi la position de la Belgique au moment de la négociation de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. off. AG NU, 3^e sess., 108^e séance, Doc. NU A/C.3/SR.108 (1948) à la p. 200.

³⁹ *Supra* note 23 art. 2, para. 2. « Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte ».

⁴⁰ Sur la notion d'estoppel, voir Robert Kolb, *supra* note 28 aux pp. 357-393; On peut retenir la définition suivante de l'estoppel donnée par l'auteur suisse : « Le contenu du principe consiste en ce qu'une partie s'est fondée sur les assurances ou les comportements suffisamment clairs d'une autre partie, établissant que la confiance qu'elle accordée à la conduite de l'autre l'a amenée à modifier sa position, à prendre des dispositions d'une manière telle qu'elle subirait un préjudice si l'autre partie était autorisée à revenir sur ses comportements », voir *supra* note 28 à la p. 359.

demeure inopposable, car formellement non contraignante, le manquement à la bonne foi est toujours invocable contre l'État lorsqu'il adopte une attitude manifestement contraire à celle qu'il a antérieurement prise c'est-à-dire en l'espèce lorsqu'il ne met pas en œuvre les dispositions de la résolution 61/295 ou lorsqu'il les méconnaît ouvertement en alléguant leur caractère non obligatoire. Ici, la différence entre un instrument formellement contraignant tel qu'un traité international et la résolution 61/295 paraît donc disparaître par le jeu de la bonne foi.

Il reste, néanmoins, la question de l'opportunité de soulever un principe comme l'estoppel qui joue habituellement *inter partes*, pour résoudre des questions portant sur des obligations *erga omnes* tels que celles découlant d'un instrument protecteur de droits de l'homme ou de l'environnement⁴¹. Cependant, l'observation de la pratique permet de recenser des applications de l'estoppel dans le contentieux portant sur des questions *erga omnes*. Ainsi, un certain nombre d'arrêts rendus par les organes juridictionnels des conventions américaine et européenne des droits de l'homme se fondent sur l'estoppel⁴². À cet égard, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a retenu l'estoppel dans le règlement d'un litige entre la communauté autochtone Mayagna (Sumo) Awas Tingni et le Nicaragua⁴³. Même si dans ces affaires l'estoppel a été invoqué dans le cadre de l'application de traités internationaux, nous ne pouvons exclure à priori qu'il puisse être soulevé également dans un contentieux lié à l'application de la résolution 61/295. Ainsi, certains États ayant voté en faveur de la résolution 61/295 tentent d'échapper au jeu de la bonne foi en justifiant juridiquement que ses dispositions ne sont pas applicables sur leur territoire. Des États ont, en effet, utilisé l'argument suivant lequel la notion de « peuples autochtones » n'est pas définie dans les dispositions de la résolution, ou que leur population entière est « autochtone » ce qui revient à nier *a priori* l'effet de toute définition internationale y compris celle proposée par la *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*⁴⁴ de l'Organisation internationale du travail (OIT) à

⁴¹ Voir l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Opinion individuelle du juge Weeramantry, [1997] C.I.J., rec. 203 aux pp. 115-18.

⁴² Se reporter aux affaires les plus récentes jugées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir par exemple *Affaire Acevedo Jaramillo (Pérou)* (2006), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. E), aux para. 176-178; *Affaire Caracazo (Venezuela)* (2002), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°95, aux para. 52-54; *Affaire Durand et Ugarte (Pérou)* (1999), Exceptions préliminaires, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°50, au para. 38; La Cour européenne des droits de l'homme a également appliqué le principe de l'estoppel dans les affaires suivantes (les plus récentes). *Mizzi c. Malte*, n°26111/02, [2006] I CEDH, aux para. 43-48; *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*, n°60665/00, [2005] C.E.D.H., aux para. 26-32.

⁴³ *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) des Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 79, au para. 104. « Regarding article 25 of the Convention, the Commission alleged that: [...] m) the principle of estoppel does not allow the State to argue that the Community has no legitimate claim based on traditional or historic land tenure, since that allegation is contrary to positions maintained by the State before the Commission and before the Community on several occasions »; *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) des Awas Tingni (Nicaragua)* (2000). Exceptions préliminaires, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°66, au para. 57. « The Court, in turn, observes that, in its brief of May 6, 1998, replying to the Inter-American Commission's Report No. 27/98, Nicaragua explained how it was "comply[ing] with the recommendations [of the Commission]" and once again did not allege the failure to exhaust domestic remedies, so that it is impeded from filing this objection now (estoppel) » [*Communauté Mayagna*].

⁴⁴ *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux*, 27 juin 1989, 28 I.L.M. 1382 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991) [*Convention n° 169*].

l'article 1 (b)⁴⁵. D'autres États conditionnent *a priori* l'application des dispositions de la résolution 61/295 à leur compatibilité avec leur droit national respectif⁴⁶. Une telle « réserve » de compétence nationale relève d'un certain « arriérisme juridique ». Nonobstant une pratique contraire durant les années soixante-dix, l'adoption d'une recommandation par l'Assemblée générale ne saurait, en effet, constituer une « intervention » dans les affaires relevant essentiellement de la compétence nationale des États⁴⁷. En outre, ces États feignent d'ignorer que l'entrée en vigueur de la résolution 61/295 a établi de manière objective et définitive la compétence internationale dans le domaine des droits des peuples autochtones. Or, il est

⁴⁵ M. Malhorta (Inde) : « La Déclaration ne définit pas ce qui constitue les peuples autochtones. Pourtant, nous croyons comprendre que la question des droits autochtones a trait à des peuples de pays indépendants considérés comme autochtones car ils descendent de populations qui habitaient le pays, ou une zone géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. C'est là précisément la définition que l'on trouve dans la *Convention n° 169* de l'Organisation internationale du travail de 1989. Conformément à cette définition, nous considérons que l'intégralité de la population de l'Inde au moment de l'indépendance, et la population qui lui a succédé, est autochtone », Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 1; Il faut rappeler ici que la présence de peuples autochtones en Chine et en Inde était indiquée sur une carte produite pour la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 25 juin 1993, voir NU, *Where Indigenous People live*, New York, [ST/DPI/1316 (1992)]. Mais, cette carte a été retirée de la circulation à la suite des protestations de certains États asiatiques; M. Anshor (Indonésie) : « Même après le long processus de négociation sur la Déclaration, on ne peut que regretter que plusieurs aspects importants du document demeurent non réglés, en particulier ceux qui concernent la définition de ce que constitue un peuple autochtone. L'absence d'une telle définition ne nous permettra pas de nous forger une idée claire des individus ou groupes d'individus auxquels les droits énoncés dans la Déclaration sont censés être accordés ni des situations exactes auxquelles la Déclaration est applicable. [...] Étant donné que l'ensemble de la population indonésienne n'a pas changé depuis l'époque de sa colonisation et de l'indépendance qui a suivi et que l'Indonésie est un pays multiculturel et multiethnique qui ne pratique aucune discrimination à l'encontre de sa population pour quelque raison que ce soit, les droits énoncés dans la présente Déclaration accordés exclusivement aux peuples autochtones ne sont pas applicables dans le contexte de l'Indonésie », Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 4; Pourtant, la présence de « peuples autochtones » dans l'archipel indonésien est reportée dans la doctrine, voir notamment Sahabat Alam Malaysia, « Native customary Rights in Sarawak » (1987) 10:2 Cultural Survival Quarterly en ligne : <<http://www.culturalsurvival.org/>>.

⁴⁶ M. Buffa (Paraguay) : « Je tiens également à exprimer la position de mon pays à l'égard de la Déclaration qui vient d'être adoptée, et en particulier de son article 26. Je souhaite préciser que la Déclaration et l'article précité seront interprétés conformément aux dispositions pertinentes de notre constitution nationale et aux dispositions de notre système juridique national qui prévalent en la matière », voir Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 5; M^{me} Rovirosa (Mexique) : « Le Mexique interprète ainsi les dispositions suivantes. Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes, tels qu'énoncés aux articles 3, 4 et 5 de la Déclaration, s'exerceront dans les termes de la Constitution de manière à garantir l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État. Les dispositions des articles 26, 27 et 28 de la Déclaration sur les droits de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources ne sauraient être comprises de telle façon qu'elles modifient ou sapent les formes et les modes de propriété et de jouissance des terres définis dans notre constitution, ainsi que les lois y relatives et les droits acquis par des parties tierces. Les procédures mentionnées aux articles 27 et 28 sont subordonnées à la législation nationale », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 25.

⁴⁷ Charte, *supra* note 23, art. 2 (7); *Certaines dépenses des Nations unies (Article 17, paragraphe 2, de la Charte)*, Avis consultatif, [1962] C.I.J. rec. 78 à la p. 165.

généralement convenu que le droit international prime sur le droit interne⁴⁸. Certains États citent, pourtant, à l'appui de cette position, l'article 46 (2) de la *Déclaration* qui dispose que : « Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration est soumis uniquement aux restrictions prévues par la loi ». Mais, la phrase se poursuit ainsi : « et conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme ». L'article 46 (2) rappelle ainsi le principe du respect du droit international des droits de l'homme dans la mise en œuvre de la *Déclaration*. À cet égard, les États sont soumis à une obligation générale de respecter les droits de l'homme⁴⁹. La formulation de l'article 46 (2) ne permet pas aux États d'écarter les dispositions de la *Déclaration* simplement contraires aux lois nationales sauf l'hypothèse généralement admise de la loi plus favorable⁵⁰. Certains États ont donc concouru à l'adoption de la résolution en ayant déjà conscience qu'il leur serait difficile, voire impossible, d'appliquer la *Déclaration* eu égard à certaines contradictions fondamentales avec les dispositions de leur droit national⁵¹. Ces différents comportements témoignent du soin mis par certains États à évacuer toute présomption d'illégalité de leur position. On peut penser que ces États cherchent ainsi à éviter de se voir reprocher par la suite l'écart entre leur attitude au moment du vote et leur comportement postérieur du fait de leur droit national.

Mais pour aller un peu plus loin, il convient de se demander maintenant si l'engagement de bonne foi des États au moment du vote se réalise a posteriori dans l'application de la résolution 61/295?

B. La question de l'effectivité de l'engagement des États

Les États qui se trouvent engagés par leur vote de la résolution 61/295 doivent avoir un comportement traduisant la volonté de la mettre en œuvre (1). L'engagement de ces États doit, en effet, aller au-delà de la fiction juridique opérant sur le fondement de la bonne foi. On attend de ces États qu'ils démontrent concrètement leur engagement. Pour cela des mécanismes juridiques sont prévus dans le cadre onusien afin d'accompagner les États dans la mise en œuvre de la résolution 61/295 (2).

1. L'ENGAGEMENT DE METTRE EN ŒUVRE LA RESOLUTION 61/295

Sur le fondement de la bonne foi, les États sont conduits à se comporter comme si l'*instrumentum* avait une portée formellement contraignante. Une « main

⁴⁸ Voir *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* (1932), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n°44 à la p. 24.

⁴⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, [1986] C.I.J. réc. 137 au para. 267.

⁵⁰ Voir *Communauté Mayagna*, *supra* note 43 au para. 147.

⁵¹ M^{me} Banks (Nouvelle-Zélande) : « De nombreux États, y compris ceux qui vont voter aujourd'hui pour son adoption, ne pourront manifestement pas appliquer ce texte », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 15.

invisible » les poussera à mettre en œuvre la résolution de crainte de se voir critiquer par l'opinion publique ou opposer l'estoppel. À cet égard, l'explication de vote donnée par le représentant australien souligne que les États « seront jugés » lorsqu'ils appliqueront la résolution 61/295⁵². Telle est également la position officielle de la Namibie⁵³. Or, dix-neuf mois après l'entrée en vigueur de la résolution, l'engagement des États reste de faible intensité dans la pratique pour la majorité d'entre eux. Pourtant, l'engagement des États comprend nécessairement les mesures propres à atteindre les buts de la *Déclaration*⁵⁴. Certains États, tels que la Bolivie, l'Équateur et le Népal, ont, effectivement mené des réformes constitutionnelles manifestant une pratique claire de mise en œuvre de la résolution 61/295⁵⁵. Les Philippines ont également informé par la voix de leur représentant à l'Assemblée générale de l'ONU que des lois spécifiques avaient été votées pour garantir les droits contenus dans la *Déclaration*⁵⁶. En outre, la pratique des États peut consister dans les décisions rendues par les juridictions nationales. Ainsi, la Cour suprême du Belize s'est notamment fondée, en rappelant que le Belize avait voté pour la résolution, sur « les principes généraux du droit international des peuples autochtones » contenus par l'article 26 de la *Déclaration* pour se prononcer en faveur des droits des communautés mayas sur

⁵² M. Hill (Australie) : « Évidemment, même si l'Australie et les autres États ne seront pas tenus d'appliquer la déclaration en vertu du droit international, nous savons que les États prendront en compte les aspirations qui y sont énoncées dans la définition des normes régissant leurs relations avec les peuples autochtones et d'après lesquelles ils seront jugés », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* aux pp. 12-13.

⁵³ M. Mbuende (Namibie) : « L'argument selon lequel cette Déclaration n'est pas contraignante ne nous a pas beaucoup plu. Nous prenons nos obligations au sérieux. Une fois que nous avons adopté un instrument, nous voulons le promouvoir, le défendre et le protéger », voir Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 3.

⁵⁴ *Déclaration*, *supra* note 1, art. 38. : « Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration ».

⁵⁵ En Bolivie, la loi n° 3760 reçoit la Déclaration dans l'ordre juridique bolivien, voir *Loi n°3760*, Journal officiel de Bolivie n°3039, 2007; La loi n°3897 élève les dispositions de la Déclaration au rang de loi, voir *Loi n°3897*, Journal officiel de Bolivie n°3103, 2008; Voir également *Instance permanente sur les questions autochtones, Informations reçues des gouvernements : Bolivie*, Doc off. CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5/Add.3 au para. 57 : « Conscient de ses engagements à l'égard des mouvements autochtones et paysans, le Gouvernement bolivien a transposé la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* dans son droit interne par la loi 3760 du 7 novembre 2007. La Déclaration revêt une valeur non seulement politique et morale mais encore légale en devenant un instrument juridiquement contraignant. La Bolivie est à l'avant-garde des autres pays du monde s'agissant des droits autochtones »; En outre, la nouvelle Constitution bolivienne adoptée par referendum le 25 janvier 2009 intègre les droits et les principes de la Déclaration, voir *Nueva constitución política del estado* (Bolivie), 2008, en ligne : Agence bolivienne de l'information <<http://www.abi.bo/#>>.

⁵⁶ « La population autochtone aux Philippines était estimée à un peu plus de 14 millions de personnes, soit 16 % de la population totale du pays. Rappelant que les Philippines soutenaient la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, il a expliqué que ces droits étaient inscrits dans la Constitution de son pays, et que des lois spécifiques avaient été votées pour les garantir. Ainsi, la loi sur les droits des peuples autochtones a-t-elle permis la création d'une commission nationale sur ce sujet, chargée d'élaborer et de mettre en œuvre les politiques et programmes visant à garantir le bien-être des autochtones », voir Organisation des Nations unies, Communiqué AG/SHC/3923, « Troisième Commission : l'application de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* exige un engagement plus déterminé des États membres » (20 octobre 2008), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>.

certaines terres traditionnelles⁵⁷. Dans l'ordre juridique international, le projet de la *Déclaration* avait déjà été évoqué par la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Mary et Carrie Dann c. États-Unis*⁵⁸. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a, quant à elle, fait expressément référence à l'article 32 de la *Déclaration* dans l'arrêt *Saramaka people c. Suriname* rendu le 8 novembre 2007⁵⁹. Dans son arrêt, la Cour cite également un extrait de l'explication du vote du représentant surinamien à la négociation afin de mieux préciser l'engagement du Suriname vis-à-vis de l'article 32 de la *Déclaration* qui prévoit l'obligation de consulter les peuples autochtones et de coopérer avec eux en vue d'obtenir leur consentement avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres⁶⁰. En l'espèce, la Cour a jugé, à la faveur d'une interprétation spécifique, que le Suriname, en autorisant l'exploitation de ressources naturelles sur les terres des Saramaka sans le consentement de ces derniers, a manqué aux dispositions de l'article 21 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁶¹ qui reconnaît le droit de propriété⁶². Par ailleurs, un certain nombre de résolutions adoptées par l'Assemblée générale citent expressément la *Déclaration* dans leurs dispositions et la reproduisent dans leurs annexes⁶³. Les États membres de l'ONU manifestent donc aussi leur engagement à mettre en œuvre la résolution 61/295 en adoptant des résolutions qui y font référence.

⁵⁷ *Manuel Coy c. Belize (Procureur général)*, 2007 Cour suprême du Belize, requêtes n° 171-172, aux para. 131-133 en ligne : Ministère du procureur général <<http://www.belize-law.org/index.html>>; Voir également Maia S. Campbell et James S. Anaya, « The Case of the Maya Villages of Belize: Reversing the Trend of Government Neglect to Secure Indigenous Land Rights » (2008) 8 Human Rights Law Review 377.

⁵⁸ *Mary et Carrie Dann c. États-Unis* (2002), Inter-Am. Comm. H.R. No. 75/02, au para 118; *Maya Indigenous Communities of the Toledo District c. Belize* (2004), Inter-Am. Comm. H.R. No. 40/04, au para. 118.

⁵⁹ *Affaire Saramaka People (Suriname)* (2007), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°172, aux para. 132 et 138.

⁶⁰ M. MacDonald (Suriname) : « Nous admettons qu'un État doit préalablement engager des consultations afin d'empêcher que les droits de l'homme soient gratuitement bravés. Le degré, la nature et l'étendue de ces consultations varient selon les circonstances. Ces consultations ne doivent pas être considérées comme une fin en soi mais contribuer au respect des intérêts des habitants et usagers traditionnels des terres. Nous parlons des peuples aussi bien autochtones que non autochtones. », Doc. AG NU A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 29.

⁶¹ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, O.A.S.T.S. n° 36 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

⁶² *Saramaka People (Suriname)*, *supra* note 59; Sur ce sujet, voir également Lisl Brunner, « The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court on Human Rights » (2008) 7 Chinese Journal of International Law 699.

⁶³ *Le droit au développement*, Rés. AG 62/161, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/161 (2008) au para. 32; *Le droit à l'alimentation*, Rés. AG 62/164, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/164 (2008) au para. 12; *Efforts déployés au niveau mondial pour éliminer totalement le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée et pour assurer la mise en oeuvre intégrale et le suivi de la Déclaration et du Programme d'action de Durban*, Rés. AG 62/220, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/220 (2008) au para. 25; *Fonds de développement des Nations unies pour la femme*, Rés. AG 62/135, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/135 (2008) au para. 21; *Amélioration de la condition de la femme en milieu rural*, Rés. AG 62/136, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/136 (2008), préambule; *Suite donnée au Sommet mondial pour le développement social et à la vingt-quatrième session extraordinaire de l'Assemblée générale*, Rés. AG 62/131, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/RES/62/131 (2008) au para. 20.

Mais à partir de quel moment et dans quelles conditions peut-on estimer que les États n'ont pas respecté leur engagement vis-à-vis de la résolution 61/295? Faut-il considérer que les États qui déclarent que leur droit national reçoit déjà les dispositions de la *Déclaration* annexée à la résolution 61/295 sont toujours présumés de bonne foi? Faut-il attendre une décision judiciaire pour vérifier le degré d'effectivité dans la mise en œuvre de la résolution? Doit-on escompter une réaction de l'opinion publique? Une partie de la réponse se trouve sans doute dans l'action de mécanismes collectifs d'accompagnement ou de contrôle.

2. LES MECANISMES D'ACCOMPAGNEMENT OU DE CONTROLE DE L'ENGAGEMENT DES ÉTATS

L'article 42 de la *Déclaration* pose le principe de sa propre application « efficace » à travers un engagement commun de l'ONU et des États : « L'Organisation des Nations unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité ». Cette formule favorise l'émulation entre les États qui en règle générale préfèrent éviter la publicité sur leurs manquements au droit international. L'expert espagnol de l'Instance permanente estime, de cette façon, que l'article 42 est essentiel dans la démonstration de la « force contraignante » de la *Déclaration*⁶⁴. Il s'agit sans doute d'une formule empruntant un raccourci. Il serait plus juste de dire que l'article 42 est essentiel, car il permet de confirmer ou d'infirmer l'engagement des États à appliquer la *Déclaration* annexée à la résolution 61/295. À cet égard, l'Instance permanente sur les questions autochtones (UNPFII) a, déjà, souligné les progrès qui restent à réaliser par les États dans l'application de la *Déclaration*⁶⁵. On rappellera ici que l'Instance permanente bénéficie comme organe subsidiaire du Conseil économique et social de l'ONU d'une

⁶⁴ « M. Bartolome Calverto Salvador, a regretté que les documents publiés par le Groupe d'appui interorganisations ou encore par l'Organisation internationale du Travail (OIT) dans le cadre de cette session partent du point de vue que la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones n'est pas juridiquement contraignante. Il a regretté que l'OIT nie la nature contraignante de la Déclaration en ne faisant jamais référence dans son document à l'article 42 qui est un article clef. Il a suggéré la nécessité de mettre en exergue les éléments contraignants de cette déclaration en allant même plus loin pour dénoncer tout texte ou intervention qui insinuerait que cette Déclaration n'est pas juridiquement contraignante », voir Organisation des Nations unies, Communiqué DH/4946, « Instance permanente : les intervenants insistent sur l'indispensable participation des autochtones aux négociations relevant du climat » (22 avril 2008), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/DH4946.doc.htm>>.

⁶⁵ Le 28 avril 2008, l'Instance permanente sur les questions autochtones (UNPFII) constatait, déjà, que « [m]algré une étape historique franchie en septembre 2007 avec l'adoption de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, ceux-ci souffrent toujours d'un déni et de violations de ces droits, ont constaté aujourd'hui de nombreux participants aux travaux de l'Instance permanente sur les questions autochtones », voir Organisation des Nations unies, Communiqué DH/4949, « L'instance permanente sur les questions autochtones examine les violations actuelles des droits de l'homme et les mécanismes permettant de les éviter » (28 avril 2008) en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/DH4949.doc.htm>>.

légitimité indirecte à agir sur le fondement de l'article 64 de la *Charte*⁶⁶. On soulignera aussi que l'Instance permanente s'est engagée à faire de la *Déclaration* « un document dont elle tiendra pleinement compte dans l'ensemble de ses travaux »⁶⁷. Elle a ainsi entrepris de nouer des « relations de partenariat directes avec les États dans le cadre d'un dialogue constructif sur les progrès réalisés, les défis à relever et les mesures à prendre conformément à la *Déclaration* pour ce qui est des peuples autochtones dans chaque pays »⁶⁸. En outre, suite à une recommandation de l'Instance permanente, approuvée par la décision 2008/249⁶⁹ du Conseil économique et social, une première « Réunion internationale du Groupe d'experts sur l'application de l'article 42 de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* » s'est tenue au siège de l'ONU à New York du 14 au 16 janvier 2009⁷⁰. La réflexion menée par l'Instance permanente sur son rôle dans l'application de la *Déclaration* témoigne du caractère relativement novateur de l'action onusienne dans la défense des droits autochtones⁷¹. Le rapport issu de cette réunion propose

⁶⁶ L'Instance permanente sur les questions autochtones (UNPFII) a été créée par la résolution 2000/22 du 28 juillet 2000, voir *Création d'une instance permanente sur les questions autochtones*, Rés. CES 2000/22, Doc. off. AG NU, 45^e scéance plén., Doc. NU E/RES/2000/22 (2000); Par cette résolution, l'Instance a reçu le mandat de « discuter des questions autochtones sur le développement économique et social, l'environnement, la culture, l'éducation, la santé et les droits de l'homme ». L'Instance permanente, composée de 16 experts indépendants nommés par les États et par les organisations autochtones, est notamment appelée à faire des recommandations sur les questions autochtones au sein du système des Nations unies.

⁶⁷ Instance permanente sur les questions autochtones, *Rapport sur les travaux de sa septième session*, Doc. off. AG NU, 7^e sess., supp. n°23, Doc. NU E/C.19/2008/13 (2008) au para. 128.

⁶⁸ *Ibid.* au para. 133.

⁶⁹ Doc. NU E/2008/43 (2008), en ligne : <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2008/decision%202008-249.pdf>>

⁷⁰ La définition du rôle de l'Instance permanente peut s'appuyer sur le modèle du groupe de travail chargé de surveiller l'observation de la *Déclaration des droits des personnes appartenant aux minorités*. Voir *Examen de l'application de la déclaration sur le renforcement de la sécurité internationale*, Doc. off. AG NU, 47^e sess., 1992, Doc. NU A/47/135; Voir également *Rapport du Groupe de travail sur les minorités concernant sa première session*, Doc. off. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1996/2 aux para. 37-46; Le contrôle de l'application de la *Déclaration* par un organe permanent et représentatif des peuples autochtones avait été vivement souhaité en 1993 par la présidente du Groupe de travail M^{me} Erica-Irene Daes, voir Erica-Irene A. Daes, *Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits de peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 1993, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1 aux para. 39-40.

⁷¹ Il convient de signaler également une série de rapports établis au sein de l'Instance permanente sur la *Déclaration* et les moyens d'appliquer la *Déclaration*, voir *Structures, procédures et mécanismes qui existent actuellement ou qui pourraient être mis en place pour examiner effectivement la situation des droits de l'homme des peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 2007, Doc. NU E/C.19/2008/2 (2008) aux para. 34-47; *Rapport du secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones sur les priorités et thèmes actuels*, Doc. off. CES NU, 2000, Doc. NU E/C.19/2008/8 aux para. 9, 15, 23-24, 26, 28-29 et 32; Bartolomé Clavero, *Note sur la portée du mandat donné par l'article 42 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones et le meilleur moyen de le remplir par l'Instance permanente sur les questions autochtones* [Notre traduction], Doc. off. CES NU, 2007, Doc. NU E/C.19/2008/CRP.6 (2008). Les informations reçues des gouvernements en 2008 participent aussi de la réflexion menée au sein de l'Instance permanente. Voir également *Informations reçues des gouvernements : Mexique*, Doc. off. CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5/Add.2 aux para. 56-57; *Informations reçues des gouvernements : Pérou*, Doc. off. CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5/Add.4 aux para. 65-68; *Informations reçues des gouvernements : Équateur*, Doc. off.

notamment la création d'un « organisme analogue à ceux créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, au sein duquel les États pourraient présenter des rapports sur les mesures qu'ils ont adoptées pour assurer le respect des droits fondamentaux des peuples autochtones et auquel les peuples autochtones pourraient faire appel pour défendre leurs droits en vertu de la Déclaration »⁷². En 2007, la création par le Conseil des droits de l'homme d'un « [m]écanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones » établissait, déjà, très clairement le lien entre la résolution 61/295 et le contrôle des engagements des États en matière de droits de l'homme⁷³. Ce mécanisme d'experts a pour finalité d'aider le Conseil des droits de l'homme en lui apportant une « compétence thématique [...] essentiellement axé sur le conseil fondé sur des études et des travaux de recherche »⁷⁴. Les experts pourront présenter des « propositions au Conseil pour examen et approbation, dans le cadre de ses travaux fixés par le Conseil »⁷⁵. L'action de ce groupe d'experts pourra porter sur la mise en œuvre de la résolution 61/295. D'ailleurs, le Conseil des droits de l'homme a déjà prié le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones de formuler des propositions en ce sens afin qu'il les examine en 2009⁷⁶. Enfin, il incombe naturellement au « Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones » de promouvoir la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones* en exerçant une forme de pression sur les États à travers ses rapports⁷⁷. M. James Anaya a rendu son premier

CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5 aux para. 32-34; *Informations reçues des gouvernements : Venezuela*, Doc. off. CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5/Add.7, au para. 76.

⁷² *Report of the international expert group meeting on the role of the Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Doc. off. CES NU, 2009, Doc. NU E/C.19/2009/2 au para. 24.

⁷³ Le 14 décembre 2007, le Conseil des droits de l'homme a adopté par consensus le projet de résolution A/HRC/6/L.42 (Rés. 6/36) qui crée un nouveau mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, voir *Organismes et mécanismes de défense des droits de l'homme*, Rés. AG 6/36, Doc. off. AG NU, 6^e sess., Doc. NU A/HRC/6/L.42 (2007); Le mécanisme est composé de cinq experts indépendants sélectionnés conformément à la procédure que le Conseil a établi dans l'annexe de sa résolution 5/1 du 18 juin 2007. Les cinq experts qui ont été sélectionnés par le Président du Conseil pour la période 2008-2011 sont : M^{me} Catherine Odimba Kombe (Congo), M^{me} Jannie Lasimbang (Malaisie), M. John Henrikson (Norvège), M. José Carlos Morales Morales (Costa Rica), M. José Mencia Molintas (Philippines). Le mécanisme d'experts a tenu sa première session du 1^{er} au 3 octobre 2008 à l'Office des Nations unies à Genève, voir Conseil des droits de l'homme, *Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme*, Doc. off. AG, Rés. 5/1, Doc. off. AG NU, 5^e sess., Doc. NU A/HRC/RES/5/1 (2007).

⁷⁴ *Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, *ibid.* au para 1 a).

⁷⁵ *Ibid.*, au para 1 b).

⁷⁶ Conseil des droits de l'homme, *Protection et promotion de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Doc. off. AG NU, 9^e sess., Doc. NU A/HRC/9/L.17 (2008) au para. 3.

⁷⁷ Le mandat du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones a été établi à l'origine en 2001 par la Commission des droits de l'homme, voir Commission des droits de l'homme, *Droits de l'homme et questions relatives aux populations autochtones*, Rés. CES 2001/57, Doc. off. AG NU, 76^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/2001/57; Le 28 septembre 2007, le Conseil des droits de l'homme a décidé de proroger le mandat du Rapporteur spécial pour une nouvelle période de trois ans, en remaniant la résolution initiale de la Commission, voir Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme et peuples autochtones : mandat du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Rés. AG 6/12, 6^e sess., Doc. NU A/HRC/6/22 (2007); L'article 1 g) prévoit que le

rapport le 11 août 2008; il contient une analyse de la *Déclaration* ainsi qu'un recensement des « dispositifs » nationaux ou internationaux « destinés à donner effet aux droits inscrits dans la déclaration »⁷⁸. Dans ce rapport, il conclut à la nécessité d'« engagements positifs dans un esprit de partenariat, faute de quoi la *Déclaration* ne se traduira jamais dans les faits »⁷⁹. On retrouve ici les thèmes généralement évoqués de « partenariat »⁸⁰ et de « réconciliation »⁸¹ entre les peuples autochtones et les États. Il revient aux États individuellement ou collectivement de mettre en place ces formes renouvelées de relation avec les peuples autochtones dans l'application de la *Déclaration*.

Au final, ces différents mécanismes d'accompagnement ou de contrôle de l'application de la résolution 61/295 ne reposent pas sur la notion de sanction et ne confèrent pas à l'instrument un caractère formellement contraignant. Ils obéissent bien davantage à la technique du *contrôle-information* opéré de façon diffuse au sein de l'ONU. La *Déclaration* n'est rattachée à aucun système de contrôle particulier et exclusif. Les instances et les mécanismes des droits de l'homme de l'ONU peuvent se fonder sur la *Déclaration* pour aborder les questions posées par sa mise en œuvre dans le cadre de leurs mandats respectifs y compris à l'égard d'États n'ayant pas voté en faveur de la *Déclaration*⁸². La *Déclaration* est donc susceptible de recevoir une

Rapporteur a la tâche de « promouvoir la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones et les instruments internationaux favorisant la promotion des droits des peuples autochtones, s'il y a lieu ». Le 28 mars 2008, à sa 7^e session, le Conseil a désigné M. James Anaya, (États-Unis) nouveau titulaire du mandat.

⁷⁸ M. S. James Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, Doc. off. AG NU, 2008, Doc. NU, A/HRC/9/9 aux para. 34-84 [*Rapport sur la situation des droits de l'homme*].

⁷⁹ *Ibid.*, au para. 74.

⁸⁰ « Dans ses remarques de clôture, la Présidente de l'Instance permanente, M^{me} Victoria Tauli-Corpuz (Philippines), a souligné que la septième session marquait un jalon essentiel dans l'histoire de la cause autochtone. Elle a déclaré que la première session tenue après l'adoption de la Déclaration indiquait clairement que le partenariat entre les organisations autochtones et les États Membres était lancé. Mme Tauli-Corpuz a estimé que ce cadre était le seul à même de mettre fin à la marginalisation des peuples autochtones du monde entier », voir Organisation des Nations unies, Communiqué, DH/4953, « L'instance permanente engage les États et l'ONU à surveiller les effets des changements climatiques sur les peuples autochtones » (2 mars 2008), en ligne : Recherche de communiqué de presse des Nations unies en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/DH4953.doc.htm>>.

⁸¹ De même, le Secrétaire général Ban Ki-moon estime que « [l]a Déclaration est une mesure en avance sur son temps qui vise à garantir les droits de l'homme des populations autochtones. Elle établit un cadre sur lequel les États peuvent faire fond pour établir ou rétablir leurs relations avec les populations autochtones. Fruit de plus de deux décennies de négociations, elle offre aux États et aux populations autochtones une occasion capitale de renforcer leurs relations, de promouvoir la réconciliation et d'éviter que les problèmes du passé ne réapparaissent. J'encourage les États Membres et les populations autochtones à joindre leurs efforts dans un esprit de respect mutuel et de tirer parti du document à caractère dynamique qu'est la Déclaration, de façon à ce que celle-ci ait un effet réel et positif dans le monde entier », voir Organisation des Nations unies, Communiqué SG/SM/11715, « La déclaration des droits des populations autochtones doit avoir un effet réel, en particulier pour protéger des langues en péril » (23 juillet 2008), en ligne : Recherche de communiqué de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2008/SGSM11715.doc.htm>>.

⁸² Dans son rapport des sessions de 2008, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) « recommande à l'État partie [Fidji qui n'a pas participé au vote de la Déclaration] de réfléchir encore à la notion de Fidjiens « autochtones » pour déterminer comment elle se situe par rapport à l'interprétation donnée des peuples autochtones en droit international, en particulier telle

force exécutoire indirecte par le truchement des actions intentées devant les organismes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme tels que le Comité des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ou encore le Comité des droits de l'enfant.

En dépit de la valeur formellement non contraignante de la résolution 61/295, les États se trouvent engagés par l'*instrumentum* sur le fondement de la bonne foi. Cet engagement doit s'accompagner d'une mise en oeuvre effective susceptible d'être accompagnée et contrôlée par des mécanismes internationaux liés aux instruments conventionnels des droits de l'homme ou organisés par l'Instance permanente des peuples autochtones de l'ONU. Mais l'engagement des États par la résolution 61/295 atteint également son *negotium* c'est-à-dire le contenu de la *Déclaration*.

II. L'engagement normatif par le *negotium*

L'engagement des États à travers la résolution 61/295 se prolonge dans les dispositions de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*. Un tel engagement par le *negotium* se réalise à travers des normes juridiques (A). De cette manière, l'engagement des États pose la question de la valeur normative de la résolution 61/295 au regard du droit international. Sur le terrain de la coutume, l'engagement des États par le *negotium* peut, en effet, arriver à se confondre avec des obligations juridiques (B).

A. La *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* comme contenu normatif de la résolution 61/295

Comme tout acte juridique, la résolution 61/295 est destinée à produire des effets de droit. Son caractère formellement non obligatoire ne lui ôte pas la capacité de production normative. Elle possède déjà une posture normative eu égard au fait qu'elle contienne une « Déclaration sur les droits » (1). En outre, les dispositions de la *Déclaration* empruntent une part de leur normativité aux droits de l'homme déjà reconnus en droit international (2).

qu'elle ressort de la Convention n° 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants et la Déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones », voir *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Doc. off. AG NU, 73^e sess., supp. n°18, Doc. NU A/63/18 au para. 168.

1. LA VOCATION NORMATIVE DE LA RESOLUTION 61/295 EN DROIT INTERNATIONAL

La résolution 61/295 fait-elle partie de la catégorie identifiée par la doctrine des « résolutions éventuellement dotées d'une incidence normative générale »⁸³? Afin d'identifier une telle catégorie, il convient d'abord d'écarter, de manière classique, les résolutions qui concernent le fonctionnement interne de l'Organisation telles que celles créant des organes subsidiaires ou relatives au budget. Doivent être retenues les « résolutions à vocation externe » c'est-à-dire celles portant sur la conduite des États dans leurs relations et affirmant clairement des tendances normatives. En l'espèce, l'intitulé même de la résolution 61/295 laisse peu de doute quant à son caractère normatif : « Déclaration des Nations unies sur les *droits* des peuples autochtones [Nos italiques] ». Le sens de cet intitulé est particulièrement clair ; les termes pris dans leur sens ordinaire suffisent à révéler l'intention des États c'est-à-dire celle de « déclarer » des droits subjectifs au bénéfice des peuples et des individus autochtones. À cet égard, la « déclaration de droits » dont la nature normative saute aux yeux est à priori moins suspecte de « *soft law* » que la « déclaration de principes ».

Le préambule de la *Déclaration* renforce si besoin était la démonstration de cette intention normative. Il comprend, en effet, la mention que la *Déclaration* s'inscrit dans une démarche de « reconnaissance, de promotion et de protection des droits et libertés des peuples autochtones »⁸⁴. L'article 43 de la *Déclaration* vient encore confirmer très clairement la normativité de la résolution 61/295 : « Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les *normes* minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde [Nos italiques] ». À moins d'en faire un instrument purement politique; ce qui serait contrarier l'évidence et postuler l'illusoire, la résolution 61/295 possède sans contestation sérieuse possible une valeur normative. Elle constitue un apport positif au sein du droit international. Ainsi que le remarquait, d'ailleurs, le juge Hersch Lauterpacht,

[i]l serait tout à fait incompatible avec les principes d'une saine interprétation comme avec l'intérêt international supérieur, qui n'est jamais sans pertinence juridique, de minimiser la valeur des résolutions de l'Assemblée générale – l'un des principaux instruments d'élaboration de la volonté et du jugement collectif de la communauté des nations représentée par l'Organisation des Nations unies – et, aux fins du présent avis comme dans d'autres domaines, de les considérer comme théoriques, insignifiantes et ne pouvant prétendre exercer une influence sur la conduite des Membres. L'intérêt international exige que l'on n'accorde pas d'appui judiciaire, même indirect, à une conception des résolutions de l'Assemblée générale qui les ferait être considérées comme dénuées d'importance.⁸⁵

⁸³ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000 à la p. 365.

⁸⁴ Préambule : « *Convaincue* que la présente Déclaration est une nouvelle étape importante sur la voie de la reconnaissance, de la promotion et de la protection des droits et libertés des peuples autochtones et dans le développement des activités pertinentes du système des Nations unies dans ce domaine », voir *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, *supra* note 15.

⁸⁵ *Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest Africain*, Avis consultatif, Opinion individuelle jointe, [1955] C.I.J. rec. 88 à la p. 122.

Au vu de ces considérations, il paraît difficile de venir toute normativité juridique à la *Déclaration* même si elle peut aussi présenter des aspects politiques. Cette appréciation est exprimée de manière confuse par le représentant du Guyana dans son explication de vote : « Nous notons aussi le fait que la *Déclaration* est d'une nature politique, et n'est donc pas juridiquement contraignante, bien qu'elle puisse avoir des conséquences juridiques »⁸⁶.

Il semble, ainsi, que la valeur normative de la résolution 61/295 ne souffre pas de contestation y compris de la part des États qui ont voté contre son adoption ou qui se sont abstenus. En effet, à la lecture des explications de vote données par les représentants de ces États, certains droits proclamés par la *Déclaration* ont été clairement et de manière répétée identifiés comme posant des problèmes d'interprétation. *A contrario*, les autres droits ne poseraient pas de problème d'interprétation et d'application. L'opposition de certains États à l'adoption de la résolution doit donc être relativisée. Ces États ne rejettent pas le principe d'une reconnaissance de droits des peuples autochtones. Ils ont entendu manifester leur opposition à la résolution 61/295 eu égard à certains droits qu'elle renferme ou aux formulations qu'elle utilise⁸⁷. Ainsi, on peut considérer que les États qui ont voté contre l'adoption de la résolution ont confirmé en partie sa normativité en droit international même s'ils n'ont pas eu l'intention affichée de lui reconnaître cet effet.

2. LA VALEUR JURIDIQUE DE LA RESOLUTION 61/295 A TRAVERS LES DROITS DE L'HOMME

Il s'avère que pour la majorité des États et pour certains commentateurs, la normativité de la résolution 61/295 apparaît aussi par le truchement des droits de l'homme. En effet, l'objet de la résolution 61/295 est la protection des droits de l'homme⁸⁸. Ainsi, l'article premier de la *Déclaration* énonce que « [l]es peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la *Charte des Nations unies*, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le droit international relatif aux droits de l'homme ». La *Déclaration* n'a pas été adoptée pour le bénéfice mutuel des États, mais pour le bien des « peuples et individus

⁸⁶ Doc. NU AG A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 28.

⁸⁷ M. Rogachev (Russie) : « Nous ne pouvons pas approuver les dispositions du document qui concernent en particulier les droits des peuples autochtones à la terre et aux ressources naturelles, ainsi qu'à l'exercice des droits à l'indemnisation et à la réparation », voir *ibid.* à la p. 17; M^{me} Banks (Nouvelle-Zélande) : « La Nouvelle-Zélande appuie sans réserve les principes et objectifs de la *Déclaration* sur les droits des peuples autochtones. Depuis de nombreuses années, elle met en œuvre la plupart des normes contenues dans la *Déclaration* [...] Malheureusement, nous sommes gênés par un certain nombre de dispositions dans ce texte. Quatre sont fondamentalement incompatibles avec les cadres légal et constitutionnel de la Nouvelle-Zélande », voir *ibid.* aux pp. 14-15.

⁸⁸ Voir également *Déclaration*, *supra* note 1, préambule et à l'art. 22.

autochtones » relevant de leur juridiction⁸⁹. Pour reprendre une expression dégagée par le professeur Gerald Fitzmaurice dans l'étude du droit des traités, cette déclaration possède une valeur normative « intégrale »⁹⁰. De cette façon, l'intérêt des peuples et individus autochtones transcende le jeu normal des intérêts nationaux fondé sur la réciprocité. À cet égard, la *Déclaration* reconnaît des droits fondamentaux de l'individu tels que ceux à l'égalité et à la non-discrimination, à la vie et à l'intégrité de la personne, à la liberté, à une nationalité et à l'accès à la justice. Elle prévoit aussi qu'une attention particulière doit être accordée aux droits et aux besoins spéciaux des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones. Ces droits ne paraissent pas souffrir de contestation de la part des États, car ils dérivent de droits fondamentaux de l'homme déjà reconnus et acceptés par la communauté internationale dans son ensemble. Le sociologue mexicain, Rodolfo Stavenhagen, rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones de 2001 à 2007, a, de cette façon, souligné que « [c]ette Déclaration faisait partie du corpus normatif qui guidera les efforts des organes des droits de l'homme dans leur interprétation évolutive des instruments existants en matière des droits de l'homme »⁹¹. Ainsi, le Rapporteur spécial, Rodolfo Stavenhagen, s'est déclaré satisfait que

[l]a Déclaration soit contraignante pour tous les États, dans le cadre des principes d'universalité, d'indivisibilité et d'interdépendance des droits humains, comme l'affirme la Déclaration de Vienne et son Programme d'action. Elle renforce les dispositions des traités régionaux relatifs aux droits de l'homme et fait partie du corpus normatif qui guidera les efforts des organes des droits de l'homme dans leur interprétation évolutive des instruments existants en la matière.⁹²

Certains États sont venus renforcer la démonstration de la filiation entre les droits de l'homme et les droits des peuples et individus autochtones en devenant parties à la *Convention n° 169*⁹³. Ces États démontrent aussi que leur engagement par la résolution 61/295 ne reste pas sans effet juridique. En outre, les États parties à la *Convention n° 169* sont amenés à interpréter ses dispositions à la lumière de la *Déclaration*, l'instrument le plus récent. Ainsi, l'article 26(2) de la *Déclaration* dispose que « [l]es peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre

⁸⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°3 : *Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national*, Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 1994, Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6; Voir également *The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)* (1982), Avis consultatif OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), n°2 au para. 29.

⁹⁰ Voir G. G. Fitzmaurice, *Fourth report on the Law of Treaties*, Doc. Off. CDI NU, 1959, vol. II, Doc. NU A/CN.4/120.

⁹¹ Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations unies, Communiqué AG/SHC/3891, « Troisième Commission : l'Adoption en septembre de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* perçue comme un jalon historique » (22 octobre 2007), en ligne : Recherche de communiqué de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Il s'agit du Chili (*Convention n° 169* ratifiée le 15 septembre 2008), de l'Espagne (*Convention n° 169* ratifiée le 15 février 2007) et du Népal (*Convention n° 169* ratifiée le 14 septembre 2007).

en valeur, et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement ainsi que ceux qu'ils ont acquis ». L'utilisation de cette série de verbes paraît donc étendre de *lege ferenda* les qualifications possibles du droit des peuples autochtones sur les terres. De *lege lata*, le droit des peuples autochtones sur les terres est qualifié de « propriété » dans la *Convention relative aux populations autochtones et tribales* (n° 107)⁹⁴ de l'OIT et de « propriété » et « possession » à l'article 14 de la *Convention* n° 169. Le Bureau international du travail (BIT) précise aussi qu'en matière de « droits fonciers » « [l]es dispositions du projet de déclaration (articles 25 à 28 et 30) sont compatibles, d'une manière générale, avec les articles 13 à 19 de la *Convention* n° 169, encore qu'à certains égards le projet de déclaration prévoie une gamme plus étendue de droits [Nos italiques] »⁹⁵. À titre d'exemple, il convient de citer le droit à réparation sous forme de restitution des terres (article 28). La *Déclaration* se démarque aussi de la *Convention* n° 169 dans la proclamation du droit à l'autodétermination (article 3). Ainsi, le lien de connexité substantielle déjà évoqué plus haut entre les droits de l'homme reconnus dans un instrument conventionnel et les droits prévus dans la *Déclaration* ne fonde pas à lui seul la normativité de la résolution 61/295. Il est, en effet, reconnu que « l'effet du consentement au texte de telles résolutions ne peut être interprété comme celui d'un simple rappel ou d'une simple spécification de l'engagement conventionnel pris dans la Charte. Il peut au contraire s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou à la série de règles déclarées par la résolution et prise en elles-mêmes »⁹⁶. La question de la normativité de la résolution 61/295 en droit international mérite donc d'être serrée de plus près encore à travers le révélateur de la coutume.

B. L'engagement juridique des États ayant adopté la résolution 61/295 par le jeu de la coutume internationale

L'autorité de l'Assemblée générale de l'ONU pour initier la formation de nouvelles normes coutumières a été démontrée par une pratique longue de plus d'un demi-siècle⁹⁷. À titre d'exemple, la résolution 1514 (XV)⁹⁸ du 14 décembre 1960 a participé de façon décisive à la formation du droit à la décolonisation. En outre, on peut rappeler ici que la Cour de La Haye, dont les arrêts et les avis sont présumés traduire l'état du droit, a admis que

[l]es résolutions de l'Assemblée générale peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir

⁹⁴ *Convention relative aux populations autochtones et tribales* (n° 107), 26 juin 1957, en ligne : <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C107>> (entrée en vigueur : 2 juin 1959) [*Convention* n° 107].

⁹⁵ Commission des droits de l'homme, *Commentaires sur le projet de déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. off. CES NU, 51^e sess., Doc. NU E/CN.4/1995/119 au para. 7.

⁹⁶ *Supra* note 49 au para. 188.

⁹⁷ Voir Alain Pellet, « La formation du droit international dans le cadre des Nations unies » (1995) 6:3 E.J.I.L. 401.

⁹⁸ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 1514 (XV), Doc. off. AG NU, 15^e sess., (1960).

l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai, il faut examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption [...] Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle.⁹⁹

Cependant, l'analyse du *negotium* de la résolution 61/295 n'implique pas *a priori* la conclusion parfois souhaitée ou souhaitable de l'existence de normes de *lex lata* opposables aux États (1). Le propre de la démarche scientifique est de n'exclure aucune conclusion même contraire à ce que devrait être le droit. Une démarche sérieuse ne doit pas non plus écarter *a priori* l'hypothèse d'un engagement des États de *lege ferenda* (2). Cela reviendrait, en effet, à réduire fortement les potentialités de l'analyse juridique notamment dans le domaine des droits de l'homme. Ainsi, il convient de retenir les deux hypothèses d'engagement normatif des États par le jeu de la coutume déjà formée ou en formation.

1. L'ENGAGEMENT NORMATIF DE *LEGE LATA*

De *lege lata*, il faut estimer que la *Déclaration* ne crée pas de droits nouveaux distincts des droits fondamentaux déjà reconnus et acceptés par la communauté internationale dans son ensemble. De cette manière, la *Déclaration* se contente de réciter les droits de l'homme tout en les appliquant au contexte particulier des peuples autochtones. Les dispositions de la *Déclaration* reprennent alors des normes que les États se sont déjà engagées conventionnellement à appliquer. Pour ces normes déjà reconnues dans des instruments conventionnels généraux, la *Déclaration* apporte une interprétation supplémentaire et surtout spécifique. Sur le fond, ces normes n'ajoutent rien au contenu du droit positif. Elles sont seulement réinterprétées à la lumière des spécificités autochtones. L'engagement des États consiste ici à reconnaître et à appliquer les nouvelles interprétations proposées par la *Déclaration*. Le rapporteur spécial, James Anaya, estime, ainsi, que

[l]a *Déclaration* n'affirme ni n'établit de droits spéciaux distincts des droits fondamentaux réputés être d'application universelle; en revanche elle précise ces derniers en les situant dans les sphères culturelle, historique, sociale et économique propres aux peuples autochtones. Il s'agit notamment des principes fondamentaux d'égalité et de non-discrimination, ainsi que d'autres droits fondamentaux d'application générale dans des domaines comme la culture, la santé ou la propriété, qui sont inscrits dans d'autres instruments internationaux et qui sont d'application universelle.¹⁰⁰

⁹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, Avis consultatif [1996] C.I.J. rec. 206 aux pp. 254-55.

¹⁰⁰ M. S. James Anaya, *supra* note 78 au para. 40.

Mais, le rapporteur spécial, soutient, aussi, que « [d]ès lors qu'ils se rapportent à une pratique internationale et étatique constante, *certaines éléments des dispositions* de la Déclaration peuvent aussi être considérés comme reflétant *des normes de droit international coutumier* [Nos italiques] »¹⁰¹. Dans un article publié en octobre 2007, le professeur Anaya avait déjà soutenu que

*[i]ndigenous peoples have a right under customary international law to "demarcation, ownership, development, control and use of the lands they have traditionally owned or otherwise occupied and used." This customary norm, found partly as the result of our global surveys of state practice, was cited by the Inter-American Commission in its referral of the Awas Tingni community's complaint against Nicaragua to the Inter-American Court of Human Rights.*¹⁰²

De même, le professeur Siegfried Wiessner relève la coïncidence du contenu des instruments internationaux déjà adoptés ou en phase d'élaboration et les pratiques nationales et il conclut à la création d'un nouvel ensemble d'attentes partagées sur le statut et les droits des populations autochtones qui a mûri et s'est cristallisé dans le droit international coutumier : « *Today, many of those proposed or actual prescriptions, coinciding, as they do, with domestic state practice [...] have created a new set of shared expectations about the legal status and rights of indigenous people that has matured and crystallized into customary international law* »¹⁰³. Parmi les principes relevant de cette pratique concordante, le professeur Wiessner relève notamment les droits des peuples autochtones à la possession et à l'utilisation des terres qu'ils possédaient traditionnellement ou qu'ils occupaient et utilisaient (article 26 de la *Déclaration*). Il faudrait donc distinguer dans la *Déclaration* les droits déjà inscrits dans des instruments universels qui font l'objet d'une interprétation spécifique et certains autres droits qui relèveraient de la coutume internationale spéciale (*lex specialis*). Selon cette analyse, les États se verraient engagés par toutes les normes inscrites au *negotium* de la résolution 61/295 à partir de la démonstration de leur nature coutumière.

Quid alors des États qui ont voté contre l'adoption de la résolution? Ont-ils marqué leur objection à tout engagement par voie coutumière? Ou ont-ils seulement rejeté leur engagement par de nouvelles normes coutumières propres au droit international des peuples autochtones (*lex specialis*)? Concernant précisément, le droit à l'autodétermination reconnu à l'article 3 de la *Déclaration*, James Anaya estime que : « *Looking at state practice, very widespread agreement persists, as stated in 1999, that indigenous peoples "hold the right to political, economic and social self-determination, including a wide range of autonomy and the maintenance*

¹⁰¹ *Ibid.* aux para. 41 et 18.

¹⁰² M. S. James Anaya et Siegfried Wiessner, « OP-ED: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment », en ligne: (2007) *Jurist* à la p. 4 ; Voir également *supra* note 43 au para. 140 d). « There is an international customary law norm which affirms the rights of indigenous peoples to their traditional lands ».

¹⁰³ Siegfried Wiessner, « Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis » (1999) 12 *Harv. Hum. Rts. J.* 57 à la p. 109.

and strengthening of their own system of justice »¹⁰⁴. La pratique interne des États qui se sont opposés à l'adoption de la résolution 61/295 ne serait donc pas contraire au principe même de l'autodétermination des peuples autochtones. Il en irait de même, selon James Anaya, pour le droit des peuples autochtones sur les terres : « *The domestic practice of the four states opposing the Declaration likewise is not opposed to the principle of recognizing indigenous peoples' right to lands* »¹⁰⁵. Ainsi, il faudrait distinguer le droit lui-même dont la valeur coutumière n'est pas contestée et son application ou interprétation qui peut faire l'objet de divergences entre les États : « *Thus, any potential disagreement with the Declaration is a matter of a possibly limiting interpretation, not a denial of the right itself* »¹⁰⁶. Le rapporteur spécial, James Anaya, estime, ainsi, que « [l]es quatre pays qui ont voté contre (Australie, Canada, États-Unis d'Amérique et Nouvelle-Zélande) ont exprimé leur désaccord avec le libellé d'articles spécifiques ou leurs préoccupations face au processus d'adoption, mais ils ont néanmoins déclaré accepter de façon générale les principes et valeurs clefs énoncés dans la Déclaration »¹⁰⁷. Pour une partie de la doctrine, il semble donc que le fait d'avoir voté contre la résolution 61/295 n'empêche pas les États concernés d'être engagés par les « principes » de la *Déclaration* sur le fondement de la coutume. Une telle affirmation apparaît, cependant, peu convaincante au regard des déclarations d'explication de vote des États. À cet égard, le représentant américain rejette toute possibilité que la *Déclaration* soit ou devienne du droit international coutumier¹⁰⁸. En outre, le Canada a réfuté tout caractère coutumier aux dispositions de la *Déclaration*¹⁰⁹. Enfin, la Colombie oppose même sa pratique nationale à certaines dispositions de la *Déclaration* et exclue qu'elle puisse lui être opposable de manière coutumière¹¹⁰. Les positions clairement exprimées de refus,

¹⁰⁴ M. S. James Anaya et Siegfried Wiessner, *supra* note 102 à la p. 3.

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 4.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Rapport sur la situation des droits de l'homme, *supra* note 78 au para. 35.

¹⁰⁸ M. Hagen (États-Unis) : « *With respect to the nature of the declaration, it was the clear intention of all States that it be an aspirational declaration with political and moral, rather than legal, force. Its persuasiveness and usefulness to the international community therefore critically depends upon the extent to which it enjoys unqualified support among States. This text contains recommendations regarding how States can promote the welfare of indigenous peoples. It is not in itself legally binding nor reflective of international law. The United States rejects any possibility that this document is or can become customary international law. We have continually expressed our rejection of fundamental parts of the former Subcommittee text, and of this text, as have numerous other States. As this declaration does not describe current State practice or actions that States feel obliged to take as a matter of legal obligation, it cannot be cited as evidence of the evolution of customary international law. This declaration does not provide a proper basis for legal actions, complaints, or other claims in any international, domestic, or other proceedings* [Nos soulignés] », voir en ligne : <http://www.usunewyork.usmission.gov/press_releases/20070913_204.html>.

¹⁰⁹ M. Mc Nee (Canada) : « Pour être clairs, nous précisons également que nous comprenons que cette Déclaration n'est pas un instrument juridique contraignant. Il n'a aucune portée juridique au Canada, et ses dispositions ne constituent pas un élément du droit international coutumier », voir Doc. NU AG A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 14.

¹¹⁰ M. Montoya (Colombie) : « Mais, bien que cette Déclaration ne constitue ni un instrument juridiquement contraignant pour l'État, ni une preuve de l'existence de dispositions conventionnelles ou coutumières contraignantes pour la Colombie, ma délégation estime que certains aspects de la Déclaration contredisent manifestement l'ordre juridique interne colombien, ce qui a obligé la Colombie à s'abstenir dans le vote », voir *ibid.* à la p. 19; Cette déclaration colombienne a été

d'abstention ou de réserve de certains États bloquent visiblement le processus de formation coutumière à leur encontre. D'un point de vue « procédural », l'opposition d'États particulièrement représentatifs de peuples autochtones tels que les États-Unis et le Canada fait même échec à la démonstration d'une *opinio juris* collective. Le Canada marque aussi une objection persistante à la *Déclaration* depuis son vote négatif au moment de l'adoption du texte en 2006 par le Conseil des droits de l'homme¹¹¹. Au surplus, les travaux préparatoires de la résolution 61/295 ont révélé le défaut de consensus entre les États et les oppositions entre les pratiques nationales. Et, il ne s'agit donc pas seulement de divergences d'interprétation. La représentante néo-zélandaise relève, en effet, que « [l]a façon dont la Déclaration a été négociée et les divisions qui ont précédé son adoption, indiquent que le texte, en particulier les articles que j'ai mentionnés, n'énoncent pas des propositions qui reflètent la pratique des États ou qui sont ou seront reconnues comme étant des principes généraux du droit »¹¹². Les délégations gouvernementales dont notamment le « groupe africain »¹¹³ emmené par la Namibie n'ont pourtant pas ménagé leurs efforts pour parvenir à un texte acceptable par tous les États en supprimant notamment les dispositions relatives au droit à l'autodétermination. Elles n'ont visiblement pas pu aboutir à ce résultat du fait de l'opposition d'un certain nombre d'entre elles¹¹⁴.

Au regard de ces déclarations, une série de remarques s'impose. En premier lieu, il est préférable d'interpréter la pratique des États pour ce qu'elle est et non pour ce qu'elle devrait être au risque de tomber dans le « *wishful thinking* ». Ensuite, la coutume internationale ne naît pas du plus petit dénominateur commun établi en comparant les différentes pratiques nationales. Si tel était le cas, on ne pourrait

confirmée dans *Information received from Governments : Colombia*, Doc. off. CES NU, 2008, Doc. NU E/C.19/2008/5/Add.5 au para. 51.

¹¹¹ Voir *supra* note 109, à la p. 2.

¹¹² Doc. NU AG A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 16.

¹¹³ M. Mbuende (Namibie) : « Les membres se souviendront que c'est la Namibie, alors qu'elle présidait le Groupe africain en novembre 2006, qui a présenté une motion d'ajournement de l'examen du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones par l'Assemblée générale afin de permettre aux États Membres de se consulter en vue d'adopter la déclaration avant la fin de la soixante et unième session. Nous avons fait tout ce qui était en notre pouvoir pour tenir cette promesse. Nous avons mené de longues consultations et négociations avec les États qui avaient des préoccupations, et nous avons également tenu des audiences avec des représentants de plusieurs organisations autochtones », voir Doc. AG NU A/61/PV.108, *supra* note 20 à la p. 3; M^{me} Banks (Nouvelle-Zélande) : « La Nouvelle-Zélande s'enorgueillit de son rôle dans l'amélioration du texte au cours des trois dernières années, avec pour objectif de parvenir à un projet de déclaration que les États soient en mesure de soutenir, de mettre en oeuvre et de promouvoir. Nous avons travaillé dur jusqu'à la toute fin pour préciser nos préoccupations et être en mesure d'appuyer ce texte. Nous apprécions les efforts déployés par les autres acteurs, et notamment par le Groupe africain », voir Doc. NU AG A/61/PV.107, *ibid.* à la p. 15.

¹¹⁴ M. Hill (Australie) : « Le Gouvernement australien s'est efforcé, tout au long des négociations, d'obtenir une déclaration judicieuse, applicable et soutenue par une grande partie de la communauté internationale [...] cette déclaration ne répond malheureusement à aucun de ces critères, l'Australie se trouve dans l'impossibilité de l'approuver », voir Doc. AG NU A/61/PV.107, *ibid.* note 20 à la p. 13; M. Hagen (États-Unis d'Amérique) : « Nous regrettons de devoir voter contre l'adoption de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, annexée au projet de résolution A/61/L.67. Nous avons œuvré avec acharnement pendant 11 ans à Genève pour parvenir à un consensus sur cette Déclaration, mais le document dont nous sommes saisis est un texte qui a été établi et présenté après la fin des négociations. Les États n'ont pas eu l'occasion d'en débattre ensemble », voir *ibid.* à la p. 16.

opposer à un État sa propre législation au motif qu'elle a concouru à la formation de normes internationales qu'il n'a pas reconnues ou auxquelles il a objectées. Enfin, la *Déclaration* a comme finalité de fixer des standards communs à tous les États. Dès lors, il est peu concevable qu'elle soit en même temps le modèle abouti des pratiques nationales comme le soutient une partie de la doctrine.

2. L'ENGAGEMENT NORMATIF DE *LEGE FERENDA*

La *Déclaration* propose un certain nombre de droits collectifs pour venir s'ajouter au *corpus juris* des droits de l'homme. Il en est ainsi, du droit des peuples autochtones à l'autodétermination (articles 3 et 4), du droit sur les terres, territoires et ressources naturelles (article 26), du droit d'entretenir des liens de coopération au-delà des frontières (article 36), ou encore du droit de conclure des traités, des accords et autres arrangements constructifs (article 37). Ainsi, des États ont expressément remarqué que certaines dispositions de la *Déclaration* portaient création de nouvelles normes. L'Équateur a ainsi estimé que « [l']article 29 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones *crée* le droit des peuples à la conservation de leur environnement [Nos italiques] »¹¹⁵. Le représentant du Royaume-Uni a, pour sa part, relevé que : « Nous comprenons l'article 3 de la Déclaration comme promouvant *la création d'un nouveau droit* à l'autodétermination distinct qui soit spécifique aux populations autochtones [Nos italiques] »¹¹⁶. De cette façon, l'engagement des États consiste à participer à la formation de nouvelles normes sur le terreau coutumier; ce qui n'ôte pas d'ailleurs à la *Déclaration* le bénéfice d'en comprendre certaines déjà consacrées par voie conventionnelle.

La *Déclaration* portée par la résolution 61/295 peut donc à tout moment devenir l'objet d'un « désir de normativité » encore refoulé chez certains États. En effet, le « génie propre » du droit international est de pouvoir fertiliser constamment les comportements de ses principaux sujets sur le plan normatif. Dans la société internationale, tout engagement étatique peut générer du droit. Cette latitude des États leur a donné l'impression qu'en s'engageant par la résolution 61/295, ils restaient finalement maîtres de la normativité internationale en matière de droits des peuples autochtones. Les États qui ont choisi de voter contre la résolution 61/295 ou de s'abstenir ont exprimé leur volonté souveraine. Leur position est juridiquement fondée tant sur la forme que sur le fond. Le vote négatif ou abstentionniste de ces États ne les ostracise pas pour autant de la « Cité du Monde ». Ces États participent au jeu normatif avec les autres d'autant plus que certains d'entre eux ont une légitimité reconnue pour discuter de la question autochtone. On ne peut donc pas écarter la possibilité pour ces États de changer d'attitude et de décider de s'engager juridiquement par le *negotium* de la résolution 61/295. Le 3 avril 2009, l'Australie a ainsi décidé de « changer sa position » et de « rejoindre la communauté

¹¹⁵ Organisation des Nations unies, Communiqué DH/4946, « Instance permanente : Les intervenants insistent sur l'indispensable participation des autochtones aux négociations relevant du climat » (22 avril 2008), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>.

¹¹⁶ Doc. NU AG A/61/PV.107, *supra* note 20 à la p. 23.

internationale » en apportant son soutien à la *Déclaration* annexée à la résolution 61/295¹¹⁷. Le 24 avril, la Colombie qui s'était abstenue au moment du vote de la résolution 61/295, a également décidé de soutenir la *Déclaration*¹¹⁸. Ces deux revirements de position ont logiquement pour effet d'isoler davantage les États qui ont choisi de s'opposer ou de s'abstenir au moment du vote de la résolution 61/295. Cette évolution débouchera peut-être sur la formation d'un consensus pourtant introuvable au moment de la négociation et sur une accélération de la formation coutumière de nouvelles normes du droit des peuples autochtones. Sur le fond, il convient néanmoins de s'interroger sur un tel revirement de position : comment les arguments juridiques développés avec conviction en septembre 2007 ont-ils perdu leur pertinence en avril 2009 ? La question de l'effectivité de l'engagement de ces pays par la résolution 61/295 se pose donc aussi et avec encore plus d'acuité sur le terrain de la bonne foi.

Pour qualifier certains droits portés par la résolution 61/295 de *lex ferenda*, il faudrait pouvoir prédire la légalité de demain. Comment être sûr que la *Déclaration* porte des idées et des principes qui seront repris par le droit positif ? Aujourd'hui, la *lex ferenda* n'est qu'une hypothèse qu'il convient certes de retenir, mais qui ne signifie pas que les dispositions de la résolution 61/295 correspondront nécessairement à l'état futur du droit positif. En effet, seul le constat d'une telle pratique permet d'affirmer le caractère coutumier d'un principe affirmé par voie de résolutions successives. Or, en matière de droits autochtones, le moteur de la « diplomatie parlementaire »¹¹⁹ tourne encore à bas régime. Ainsi, comme le remarquait en 1996 le professeur Norbert Rouland : « Les reconnaissances et déclarations de droits auxquelles nous assistons ne figent pas le statut des autochtones. Elles posent plutôt les jalons normatifs d'un processus en cours, dont l'issue ne sera pas perceptible avant longtemps »¹²⁰. Il reste évidemment souhaitable que l'*instrumentum* des droits des peuples autochtones s'accorde avec leur *negotium*

¹¹⁷ Voir Organisation des Nations unies, Communiqué DH49/51, « Les jeunes et les migrants au cœur des préoccupations de l'Instance permanente sur les questions autochtones », (30 avril 2008), en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>. « M. Roy Ah See, New South Wales Land Council, a recommandé à l'Instance permanente de prévoir, pour ses travaux futurs, les questions de l'eau, de la viabilité culturelle et du suivi de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. [...] En Australie, nous travaillons avec le Gouvernement qui envisage maintenant de signer la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. J'espère que cela encouragera les trois autres États qui n'ont pas encore signé la Déclaration à le faire, a indiqué le représentant ». Voir également Ministère de la famille, du logement, des services à la communauté et des affaires autochtones d'Australie, Déclaration ministérielle, « Statement on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples » (3 avril 2009), en ligne : <<http://www.jennymacklin.fahcsia.gov.au/statements/>>.

¹¹⁸ Organisation des Nations unies, Communiqué DH/4990, « L'Instance permanente sur les questions autochtones insiste sur le respect du principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause » (29 mai 2009) en ligne : Recherche de communiqués de presse des Nations unies <<http://www.un.org/News/fr-press/>>.

¹¹⁹ *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, Exceptions préliminaires, [1962] C.I.J. rec. 84 à la p. 346.

¹²⁰ Norbert Rouland, Stéphane Pierré-Caps et Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, à la p. 427.

dans un laps de temps raisonnable c'est-à-dire, que les États négocient et adoptent un traité international sur les droits des peuples autochtones.

* * *

Au terme de notre étude, il ressort certaines conclusions pouvant servir à faire avancer les réflexions sur l'engagement des États par la résolution 61/295 en droit international. En premier lieu, l'analyse des comportements étatiques au moment critique du vote de la résolution et à travers les déclarations d'explication de vote a permis de conclure à un « engagement » des États. En deuxième lieu, cet engagement par l'*instrumentum* de l'acte c'est-à-dire par une « recommandation » de l'Assemblée générale de l'ONU consiste à examiner et à mettre en œuvre la résolution. L'examen et la mise en œuvre de la résolution sont essentiellement motivés par le principe de la bonne foi qui s'applique généralement dans les relations interétatiques et qui présente, en l'espèce, une légitimité renforcée eu égard à l'objectif de promotion des droits des peuples autochtones. À ce niveau d'analyse, l'engagement des États par la résolution 61/295 consiste aussi dans la soumission à des mécanismes de contrôle dans le cadre général des droits de l'homme et dans celui particulier des droits des peuples autochtones. En troisième lieu, l'engagement des États à travers la résolution 61/295 implique de questionner la valeur juridique du *negotium* de l'acte c'est-à-dire de « plonger » la *Déclaration* dans le révélateur de la coutume internationale. Cette manipulation suppose que les États aient reconnu le caractère normatif de la résolution et qu'ils participent déjà à la formation de la coutume internationale dans le domaine des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones. Or, il s'est avéré que la *Déclaration* portée par la résolution 61/295 est bien un instrument contenant des normes relatives aux droits de l'homme et aux droits des peuples autochtones. En outre, la plupart des normes de la *Déclaration* se retrouvent dans des instruments conventionnels relatifs aux droits de l'homme. Il existe ainsi une filiation matérielle entre les droits de l'homme et les droits des peuples autochtones. D'autres normes, qui pourraient relever de la *lex specialis*, c'est-à-dire d'un « sous régime spécial » par rapport aux droits de l'homme tels que le droit à l'autodétermination (article 3) ou le droit sur les terres (article 26) sont encore de *lege ferenda*¹²¹. La démonstration doctrinale de leur caractère de *lege lata* n'a, en effet, pas été retenue au regard des déclarations de certains États particulièrement représentatifs. Le débat quant à la nature coutumière ou non des normes de la *Déclaration* pose aussi la question sous-jacente de leur force contraignante. Ainsi, et en quatrième lieu, nous retenons la possibilité que l'engagement par le *negotium* de la résolution puisse se traduire à terme par des obligations juridiques opposables sur le fondement de la coutume internationale.

¹²¹ Sur la notion de régime spéciale ou autonome, voir Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc. off. CDI NU, 56^e sess., supp. n°10, Doc. NU A/59/10 (2004) au chap. X, pp. 265-307.