

Groupe de travail créé conformément à
la résolution 1995/32 de la Commission des
droits de l'homme, en date du 3 mars 1995
Onzième session
Genève, 4-16 décembre 2005

Le droit des peuples autochtones à la restitution

Présenté conjointement par Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Inuit Circumpolar Conference (ICC), Na Koa Ikaika Kalāhui Hawai'i, Comité de Coordination des Peuples Autochtones d'Afrique (IPACC), Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) Programa de Pueblos Indígenas de Panamá, Saami Council, Taungya (Bangladesh), International Organization of Indigenous Resource Development (IOIRD), Foundation for Aboriginal and Islander Research Action (FAIRA), Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organisation (MPIDO-Kenya), Tebtebba Foundation, First Peoples Human Rights Coalition, Organisation africaine des femmes autochtones (OAFSA)/TIN HINAN, Association des femmes autochtones du Canada (AFAC), Servicios del Pueblo Mixe (SER) México, Kus Kura Sociedad Civil (Costa Rica), Assemblée des Premières Nations, Comisión de Juristas Indígenas en la Republica Argentina (CJIRA), American Indian Law Alliance (AILA), Indigenous World Association, Communauté des Autochtones Rwandais (CAURWA), Warã Instituto Indígena Brasileiro, Maasai Civil Society Forum (MCSF), ECUARUNARI, CONAIE (Ecuador), Caribbean Antilles Indigenous Peoples Caucus & the Diaspora (CAIPCD), Nepal Indigenous Peoples Development and Information Service Centre (NIPDISC), United Confederation of Taino Peoples, YABOA Native Women's Coalition, Traditional Kirati Peoples' Alliance (Nepal), Consejo General de Taino Boricanos, South African First Indigenous and Human Rights Organization (SAFIHRO), Droits et Démocratie, Canadian Friends Service Committee, Centre néerlandais pour les peuples autochtones (NCIV), Initiatives canadiennes œcuméniques pour la justice – KAIROS.

Novembre 2005

RÉSUMÉ

Certains États affirment qu'il n'y a pas de droit à la restitution dans le droit international. Le présent document démontre le contraire. Quand il s'agit de terres, de ressources et de territoires, le droit à la restitution est essentiel pour les peuples autochtones. La restitution est la première forme de réparation ou de recours. Lorsqu'elle n'est pas possible, d'autres formes de réparation, telle la compensation, s'appliqueraient. L'indemnisation prendra la forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, à moins que les peuples autochtones en conviennent autrement.

De l'avis de certains États, à défaut de mentionner les droits des tierces parties, le droit à la restitution de l'article 27 reviendrait à être un droit absolu. Cela est tout simplement inexact. Les droits humains sont en général relatifs par nature, et non absolus. Cela est largement reconnu, et cela vaut également pour le droit à la restitution.

L'article 27 reconnaît que la restitution peut ne pas être possible dans chaque situation. En déterminant si la restitution est « possible » ou non, les droits de toutes les parties intéressées – notamment des gouvernements des États et autres tierces parties – seraient systématiquement considérés. Cette approche contextuelle est reconnue dans le droit international autant que national. Nulle nécessité, donc, de référer explicitement aux droits des tierces parties dans le projet de *Déclaration de l'ONU*.

Les États exigent en général la restitution quand leurs propres intérêts nécessitent une réparation efficace. Aussi ne doivent-ils pas appliquer une norme moins efficace quand il s'agit des droits humains des peuples autochtones.

Le droit à une réparation efficace est un droit reconnu dans les principaux instruments internationaux des droits humains. Considérant la signification profonde que les terres, les territoires et les ressources ont pour nous, peuples autochtones, et pour notre survie et notre bien-être, le droit à une réparation efficace doit inclure le droit à la restitution.

La proposition d'ajouter l'obligation pour les États d'offrir des « mécanismes de réparation efficaces » pourrait s'avérer positive. Mais elle ne constitue pas une modalité adéquate pour remplacer le droit des peuples autochtones à la restitution de leurs terres, territoires et ressources. Et, dans les cas où la restitution n'est pas possible, cette proposition des États vise à éliminer toute référence au droit à une compensation sous la forme de terres, territoires et ressources de remplacement égales par leur qualité, leur étendue et leur statut juridique.

Le droit des peuples autochtones à la restitution

Introduction

Notre droit, comme peuples autochtones, à la restitution de nos terres, territoires et ressources est déjà inscrit ou considéré dans différents textes de droits humains (voir l'annexe I). En particulier, l'article 27 du projet de *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté à l'unanimité en 1994 par la Sous-Commission de l'ONU, affirme que :

Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. Sauf si les peuples concernés en ont librement décidé autrement, l'indemnisation se fera sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents du point de vue de leur qualité, de leur étendue et de leur régime juridique¹.

Pourtant, parmi les mécanismes d'établissement des normes, aux Nations Unies et à l'Organisation des États Américains (OEA), certains États prétendent qu'il n'existe pas de droit à la restitution dans le droit international. Dans une situation donnée, dit-on, la restitution figure simplement comme l'une des mesures de réparation possibles.

Ces prétentions sont inexactes, comme il sera démontré ci-après. Omettre notre droit à la restitution ne serait pas conséquent avec le droit international et ses développements progressifs. Trois raisons permettent d'affirmer de manière explicite le droit des peuples autochtones à la restitution dans les projets de déclaration envisagés par l'ONU et l'OEA. Ces raisons sont élaborées ci-dessous.

I. Le droit à la restitution selon le droit international

Il importe de souligner dès le départ que le droit à la restitution est prévu explicitement à l'article 21(2) de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* :

¹ En ce qui concerne les autres formes de propriété, voir aussi l'article 12 du projet de *Déclaration* : « Les peuples autochtones ont [...] droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient consenti librement et en toute connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes. »

Tout important que soit l'article 12, le présent texte portera principalement sur le droit à la restitution des terres, territoires et ressources, énoncé à l'article 27. Toutefois, beaucoup des arguments que nous avançons s'appliqueraient également à la restitution des biens, dont parle l'article 12.

En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate.

Au niveau national, dans les mécanismes de « revendication territoriale » de nombreux États la restitution des terres et territoires des peuples autochtones est une pratique évidente. En Afrique du Sud, par exemple, le droit individuel et collectif à la restitution des terres est reconnu explicitement dans le droit interne et dans la constitution du pays².

Au niveau international, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a fait ressortir le droit des peuples autochtones de « posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux »³. Dans ce contexte crucial, le droit des peuples autochtones à la restitution est souligné de la façon suivante :

... lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et informé, de prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus. Ce n'est que dans les cas où il est factuellement impossible de le faire que le droit à la restitution devrait être remplacé par le droit à une indemnisation juste, équitable et rapide. Cette indemnisation devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et de territoires.⁴

Cette norme de restitution – pleinement reflétée dans l'article 27 du projet de *Déclaration* (voir ci-dessus et l'annexe II *infra*) – le Comité l'a constamment appliquée à la réalité d'États tels que le Japon⁵, le Costa Rica⁶ et le Mexique⁷. Le Comité des droits de l'homme⁸ et le Comité des

² Dans la loi 22 dite de *Restitution of Land Rights*, consentie le 17 novembre 1994, entrée en vigueur le 2 décembre 1994, et telle qu'amendée, s. 2(1) : [traduction] « Une personne [ou communauté] a droit à la restitution d'un droit foncier si... (d) c'est une communauté ou une partie d'une communauté qui a été dépossédée d'un droit foncier après le 19 juin 1913 en raison de lois ou de pratiques raciales discriminatoires passées... »

Voir également la *Constitution of the Republic of South Africa 1996*, adoptée le 8 mai 1996 et modifiée le 11 octobre 1996 par l'Assemblée constitutionnelle, Loi 108 de 1996, s. 25(7) : [traduction] « Une personne ou une communauté, dépossédée de son bien après le 19 juin 1913 en raison de lois ou de pratiques raciales discriminatoires passées, a droit, dans la mesure prévue par une loi du parlement, soit à la restitution dudit bien soit à une réparation équitable. »

³ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Recommandation générale XXIII concernant les droits des populations autochtones*, CERD/C/51/Misc.13/Rev.4, (adoptée à la 1235^e réunion du Comité, le 18 août 1997), par. 5.

⁴ *Idem*.

⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Japan*, Doc. ONU CERD/C/304/Add.114, 27 avril 2001, par. 17.

⁶ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Costa Rica*, Doc. ONU CERD/C/60/CO/3, 20 mars 2002, par. 11.

⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Mexico*, Doc. ONU CERD/C/304/Add.30, 11 décembre 1997, par. 27.

⁸ Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme: Guatemala*, Doc. ONU CCPR/CO/72/GTM, 27 août 2001, par. 29.

droits économiques, sociaux et culturels⁹ de l'ONU ont également appliqué aux terres traditionnelles des peuples autochtones le droit *collectif* à la restitution.

Il importe de noter que le droit à la restitution, à l'article 27 du projet de *Déclaration*, est aussi conséquent avec le même droit, tel que reconnu en général dans le droit international. Au niveau international, la restitution peut viser toute une gamme de réalités, que la *Commission du droit international* (CDI), dans son Rapport 2001, décrit notamment comme « une restitution de territoire, de personnes ou de biens, ou bien encore d'une annulation d'un acte juridique, voire d'une combinaison de ces différentes hypothèses »¹⁰.

Quand un État a commis un acte fautif au regard du droit international, la restitution est considérée comme une des principales formes de réparation. La CDI conclut ainsi :

... la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu d'«effacer» les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation¹¹.

La primauté de la restitution en tant que mesure efficace a également été soulignée dans d'autres contextes précis du droit international, telle « la restitution des logements et des biens »¹²

Ce qui précède montre clairement que le droit à la restitution existe dans le droit international. Toutefois, dans le Groupe de travail inter-sessions qui examine en ce moment le projet de *Déclaration*, des États ont avancé une autre raison de s'opposer à l'article 27. Selon eux, le droit à la restitution permettrait aux peuples autochtones de revendiquer à peu près tous les États existants, ou au moins des portions importantes de ceux-ci. Il en résulterait, pour les non-autochtones ou pour toute autre tierce partie, des effets injustes, sinon totalement déplacés.

Ces arguments extrêmes ne résistent pas à l'examen. Ils n'ont aucun fondement dans le droit. Nous nous y attaquons dans le titre qui suit puisqu'ils empêchent ledit Groupe de travail de parvenir à un consensus.

⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels: Argentina*, Doc. ONU F/C.12/1/Add.38, 8 décembre 1999, par. 4.

¹⁰ *Rapport de la Commission du droit international*, Cinquante-troisième session (23 avril - 1er juin et 2 juillet - 10 août 2001), Assemblée générale des Nations Unies, Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), (Commentaire sur l'article 35), page 258, par. (5).

¹¹ *Idem*, à la page 257, par. (3) [soulignement ajouté].

¹² « Restitution des logements et des biens », Résolution 2004/2, adoptée le 9 août 2004, par. 3 (dans le contexte du retour des réfugiés et personnes déplacées à l'intérieur du pays), dans le *Rapport de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur sa cinquante-sixième session*, Genève, 26 juillet-13 août 2004, Rapporteur: M. Paulo Sérgio Pinheiro, E/CN.4/2005/2, E/CN.4/Sub.2/2004/48, 21 octobre 2004, page 17 :

Affirme que l'indemnisation, en tant que moyen de réparation, ne devrait être utilisée que lorsque la restitution n'est pas possible ou lorsque la partie lésée accepte librement et en toute connaissance de cause que l'indemnisation remplace la restitution...

II. Le droit à la restitution est un droit « relatif »

Les droits humains sont en général relatifs et non absolus par nature. Cela est reconnu largement¹³. Cela vaut également pour le droit à la restitution.

Cela ne signifie pas que les tierces parties ou les gouvernements des États seraient privés de leurs droits, même si le projet de *Déclaration* ne dit rien sur ces derniers. À notre connaissance il n'existe aucun précédent suggérant le contraire. De plus, et bien que que l'adoption du projet de *Déclaration* par l'ONU constituerait un premier pas crucial, ce texte demeure un instrument d'aspiration et il n'est pas obligatoire en droit.

De plus, relativement aux peuples autochtones, l'article 27 du projet de *Déclaration* indique que « Lorsque [la restitution] n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. » Là encore, cela est totalement conséquent avec le droit international.

Par exemple, la Commission du droit international dit que, si la restitution n'est pas possible, une compensation doit être payée¹⁴ :

La primauté de la restitution a été confirmée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, au sujet de laquelle elle avait décidé que l'État responsable avait l'obligation «de restituer [l'usine] et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible¹⁵.

Il est dit que, dépendamment des circonstances, la restitution peut ou non « être possible » quand la situation implique les droits de tierces parties :

... si la position d'un tiers empêche la restitution dépend des circonstances de l'espèce, notamment du point de savoir si le tiers, lorsqu'il s'est engagé dans la transaction ou qu'il a assumé les droits en litige, agissait de bonne foi et sans avoir connaissance de la demande de restitution¹⁶.

Nulle nécessité, donc, de référer explicitement aux droits des tierces parties dans le projet de *Déclaration de l'ONU*. Advenant un différend, les droits de toutes les parties intéressées – notamment des gouvernements des États et autres tierces parties – seraient systématiquement considérés pour déterminer si le droit à la restitution est « possible ». Comme dans toutes les

¹³ S.J. Toope, *Cultural Diversity and Human Rights (F.R. Scott Lecture)*, (1997) 42 McGill L.J. 169, pages 177-178 : [traduction] « Cela ne signifie toutefois que les droits soient absolus. Dans certaines circonstances ils sont défaisables par d'autres droits et parfois, par nécessité... les droits sont sujets à un mécanisme d'équilibrage. »

¹⁴ *Rapport de la Commission du droit international*, note 10, *ci-dessus*, pages 257, par. (3).

¹⁵ *Usine de Chorzów, fond*, 1928 C.P.J.I., série A, n° 17, p. 48.

¹⁶ *Rapport de la Commission du droit international*, note 10, *ci-dessus*, page 261, par. (10).

autres affaires, le résultat dépendrait, dans chaque cas, des circonstances historiques et contemporaines¹⁷.

III. Le droit à une réparation efficace

Il est intéressant de noter que, quand leurs propres intérêts nécessitent une réparation efficace, les États exigent la restitution¹⁸. Aussi ne doivent-ils pas appliquer une norme moins efficace quand il s'agit des droits humains des peuples autochtones.

Dans les cas impliquant l'application de normes péremptoires, « la restitution peut être exigée en ce qu'elle constitue un aspect du respect de l'obligation primaire¹⁹ ». La violation d'une norme péremptoire, par exemple l'interdiction de toute discrimination raciale, a une pertinence toute particulière pour les peuples autochtones.

Outre le déni de leur autodétermination et les autres violations de leurs droits humains, globalement les peuples autochtones ont été soumis à une discrimination/dépossession généralisée en lien avec leurs terres, territoires et ressources. Ces abus à leurs droits ont eu, et ont encore, des effets néfastes lourds de conséquences sur les peuples autochtones.

L'appauvrissement grave et débilitant qui a le plus souvent résulté de ces violations continue de nous interdire, à nous peuples autochtones, voire nous empêche, de jouir de nos droits humains fondamentaux.

La pauvreté grave qui afflige les peuples autochtones ne fait pas juste affecter grièvement nos droits humains, elle sape aussi nos droits démocratiques dont le droit de participer. Pour éliminer toutes les formes de discrimination, il est essentiel d'éliminer la pauvreté. C'est pour cette raison, et pour d'autres aussi, que la dépossession des terres, territoires et ressources des peuples autochtones doit être réparée. Les réparations à envisager doivent, au minimum, faire en sorte d'assurer une base adéquate de terres et de ressources.

Le droit à une réparation *efficace* est un droit reconnu dans les principaux instruments des droits humains²⁰. Considérant la signification profonde que les terres, les territoires et les ressources ont

¹⁷ R. McCorquodale, *Self-Determination: A Human Rights Approach*, (1994) 43 Int'l & Comp. L.Q. 857, pages 884-885 :

[traduction]... l'approche des droits humains ... offre un cadre qui permet de considérer chaque situation et de prendre en compte, équilibrer et analyser l'ensemble des droits et intérêts concernés. Chercher cet équilibre signifie reconnaître et tenir compte du contexte géopolitique du droit revendiqué – ses circonstances historiques particulières – ainsi que de l'ordre constitutionnel actuel de l'État et de la société internationale.

¹⁸ *Rapport de la Commission du droit international*, note 10, *ci-dessus*, page 257, par. (3) : « ... les États ont souvent fait valoir qu'ils préféreraient ce mode de réparation à l'indemnisation. »

¹⁹ *Idem*

²⁰ Voir par exemple le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, G.A. Res 2200 (XXI), 21 ONU GAOR, Supp. (n° 16) à 52, Doc. ONU A/6316, Can. T.S. 1976 n° 47 (1966). Adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 16 décembre 1966 et entrée en vigueur le 23 mars 1976, article 2 par. 3; et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 660 U.N.T.S. 195, (1966) 5 I.L.M. 352. Adoptée par

pour nous, peuples autochtones, et pour notre survie et notre bien-être, le droit à une réparation efficace doit inclure le droit à la restitution.

Comme l'a souligné la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* :

... le lien étroit entre les autochtones et la terre doit être reconnu et compris comme la base fondamentale de leur culture, de leur vie spirituelle, de leur intégrité, et de leur survie économique. Pour les communautés autochtones, la relation avec la terre n'est pas juste une affaire de possession et de production, mais un élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir pleinement, même pour préserver leur héritage culturel et pour le transmettre aux générations futures²¹.

Également, à la sortie de leur réunion à Nuuk, au Groenland en 1991, des experts des Nations Unies ont conclu :

Le territoire autochtone et les ressources qu'il renferme sont essentiels pour l'existence physique, culturelle et spirituelle des peuples autochtones ainsi que pour l'avènement et l'exercice réel de l'autonomie gouvernementale autochtone. Ce territoire et ces ressources doivent être garantis à ces peuples pour leur subsistance et pour le développement continu des sociétés et des cultures autochtones²² ...

R. Stavenhagen souligne également, de façon similaire :

Les peuples autochtones ont conscience du fait qu'à moins de pouvoir maintenir un contrôle sur leurs terres et leurs territoires, leur survie comme sociétés et cultures identifiables et distinctes est gravement compromise²³.

Des États tentent de remplacer le droit à la restitution, à l'article 27 du projet de *Déclaration de l'ONU*, par le droit de « recours » ou de « réparation »²⁴. L'un ou l'autre terme signifierait que

l'Assemblée générale de l'ONU le 21 décembre 1965, ouverte pour signature le 7 mars 1966, et entrée en vigueur le 4 janvier 1969, article 6.

Voir aussi la *Charte de Paris pour une nouvelle Europe, une nouvelle ère de démocratie, de paix et d'unité*, 21 novembre 1990, réimprimée en (1991) 30 I.L.M. 190 : « Nous veillerons à ce que chacun jouisse de recours effectifs, sur le plan national ou international, contre toute violation de ses droits. »

²¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Jugement du 31 août 2001, Ser. C, n° 76 (2001), par. 149. [traduction]

²² Réunion d'experts des Nations Unies, Nuuk (Groenland), 24-28 septembre 1991, E/CN.4/1992/42, et Add.1, par. 4 [traduction, soulignement ajouté].

²³ R. Stavenhagen, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights*, (Tokyo : United Nations University Press, 1990), page 105 [traduction, soulignement ajouté].

²⁴ Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Rapport du groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 adoptée par la Commission des droits de l'homme le 3 mars 1995, à sa dixième session*, E/CN.4/2005/89, 12 février 2005 (Président-Rapporteur : Luis-Enrique Chávez (Pérou)), p. 7, par. 36.

les peuples autochtones n'auraient pas de droit explicite à la restitution, mais que la restitution serait quand même possible en réparant des dépossessions passées. À la lumière de la tragique histoire de dépossession de leurs terres, territoires et ressources, et de l'appauvrissement continu dont ils ont hérité, ce serait, pour les peuples autochtones, un risque énorme à prendre.

Des États ont proposé d'éliminer de l'article 27 le droit à la restitution, et de le remplacer par un droit de « recours » ou de « réparation », et par l'obligation générale pour les États d'offrir « des mécanismes de recours efficaces »²⁵. L'ajout d'une telle obligation au projet de *Déclaration* serait certes bienvenu, mais cela seul ne suffirait pas. En elle-même cette obligation n'assurerait pas que des terres, ressources ou territoires qui ont été confisqués ou dont nous avons été dépossédés nous seraient rendus. Des « mécanismes de recours efficaces » risqueraient d'entraîner uniquement un dédommagement en argent sans même offrir, en remplacement, des terres ou ressources équivalentes par leur qualité, leur taille et leur statut juridique²⁶. Dans la très grande majorité des cas dans le monde, cela ne constituerait pas une mesure légale efficace.

Il convient aussi de noter que des États proposent également un nouvel article 26 bis, lequel prévoit que :

Les États devront établir un processus juste, ouvert et transparent pour adjuger et reconnaître les droits des peuples autochtones relatifs à leurs terres et ressources, dont celles qu'ils ont traditionnellement possédées ou autrement occupées ou utilisées. Les peuples autochtones devront avoir le droit de participer, ou s'il y a lieu d'être consultés, durant ce processus²⁷.

L'article 26 bis vise notamment à permettre de présenter à l'intérieur d'un « processus juste, ouvert et transparent » les revendications visant les terres et ressources dont nous, peuples autochtones, avons dépossédés. Il n'est pas clair toutefois si le processus proposé serait entièrement indépendant des gouvernements des États. Quels critères ou méthodes utiliserait-on pour « adjuger et reconnaître » les droits des peuples autochtones sur leurs terres et ressources? Cela non plus n'est pas clair. De plus, la phrase prévoyant « le droit de participer, ou s'il y a lieu d'être consultés » est à la fois confuse et ambiguë quant au but et à l'intention visés.

²⁵ Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 adoptée par la Commission des droits de l'homme le 3 mars 1995 à sa dixième session: Additif*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1^{er} avril 2005 (Président-Rapporteur : Luis-Enrique Chávez (Pérou)), p. 34.

Voir aussi la page 22 de ce rapport, où l'on fait une proposition similaire concernant l'élimination du droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels des peuples autochtones, auxquels réfère l'article 12 du projet de *Déclaration* de l'ONU.

²⁶ Voir aussi la *Convention (No 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* de l'OIT, art. 16, par. 4 (déplacement):

Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, ainsi que déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen de procédures appropriées, *ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur*. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées. [soulignement ajouté]

²⁷ Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Rapport du Groupe de travail créé conformément à la résolution 1995/32 adoptée par la Commission des droits de l'homme le 3 mars 1995 à sa dixième session: Additif*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1^{er} avril 2005 (Président-Rapporteur : Luis-Enrique Chávez (Pérou)), p. 34. [traduction]

Selon l'article 26 bis, les États seraient tenus d'établir ce processus, lequel *permettrait possiblement* de reconnaître les droits des peuples autochtones sur les terres et ressources traditionnelles que nous ne possédons plus. Curieusement, on a totalement omis de référer aux droits sur les « territoires » autochtones. De plus, le « droit » des peuples autochtones à la restitution ne serait pas reconnu.

Tous ces défauts risquent probablement de rendre encore plus difficile une issue favorable aux peuples autochtones. L'autre difficulté est que l'article 26 bis semble conçu pour être lu avec un article 26 *amendé*. Le texte actuel de l'article 26 du projet de *Déclaration* dit :

Les peuples autochtones ont le droit de posséder, de mettre en valeur, de gérer et d'utiliser leurs terres et territoires, c'est-à-dire l'ensemble de leur environnement comprenant les terres, l'air, les eaux, fluviales et côtières, la banquise, la flore, la faune et les autres ressources qu'ils possèdent ou qu'ils occupent ou exploitent traditionnellement.

Le texte amendé proposé contraste, car il omet toute référence à l'environnement. Seuls y seraient reconnus les droits des peuples autochtones aux terres traditionnelles etc. que nous avons *présentement* ainsi qu'à celles que nous *pourrions acquérir dans l'avenir*. La référence aux terres et ressources que nous acquerrons dans l'avenir est un ajout positif. Par contre, la non-reconnaissance de nos droits sur les terres, territoires et ressources qui nous ont été prises injustement nous inquiète au plus haut point.

Présentement, les droits que revendiquent les peuples autochtones auprès des tribunaux ou organismes de droits humains se fondent généralement sur l'ensemble des droits que nous, peuples autochtones, avons sur les terres, territoires et ressources que nous avons traditionnellement possédées ou autrement occupées ou exploitées²⁸. Or, même avec des critères aussi larges, les tribunaux nationaux exigent souvent une preuve qui rend la reconnaissance du titre autochtone beaucoup trop difficile. En ce qui a trait au Canada, par exemple, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale s'est dit préoccupé par le fait qu'aucun peuple autochtone n'ait encore réussi à prouver un titre autochtone sur des terres²⁹.

²⁸ Lire, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, Belize, Affaire n° 12.053, Rapport n° 96/03, 24 octobre 2003, par. 150:

[traduction] Bref, sur la base de l'analyse qui précède, la Commission conclut que les Mayas du sud du Belize ont un droit de propriété communale sur les terres qu'ils ont traditionnellement utilisées et occupées, et que le caractère de ces droits est fonction des modèles coutumiers mayas d'usage et de tenure des terres.

²⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Canada*, CERD/C/61/CO/3, 23 août 2002, par. 16 :

Le Comité est préoccupé par les difficultés auxquelles les autochtones sont susceptibles de se heurter devant les tribunaux pour faire valoir des titres fonciers autochtones. Le Comité note à ce propos qu'à ce jour aucun groupe autochtone n'a pu faire la preuve du bien-fondé d'un titre autochtone et recommande que l'État partie engage une réflexion sur les moyens de faciliter la procédure de preuve en ce qui concerne les titres fonciers autochtones dans les procédures judiciaires.

Bien que des États cherchent à limiter injustement le droit des peuples autochtones à des terres, territoires et ressources, des experts internationaux réaffirment le caractère approprié du critère dans le texte actuel, et demandent des dispositions plus rigoureuses³⁰.

Le projet de *Déclaration* de l'ONU a pour but de modifier de manière importante la situation actuelle des peuples autochtones partout dans le monde. Or, ces propositions de certains États et du Président du GTPD pourraient servir à perpétuer la dépossession des peuples autochtones dans le monde, et continuer à nous priver d'une base adéquate de terres et de ressources. Un tel résultat aurait des conséquences désastreuses pour les générations présentes et futures des peuples concernés.

IV. Article 27 – Modifications à envisager

Tandis que nous appuyons le texte existant de l'art. 27 du projet de la *Déclaration de l'ONU*, il existe plusieurs modifications possibles et qui méritent un autre examen. Les amendements proposés préservent le texte de la Sous-commission. En même temps, ils le clarifient et le renforcent.

En vue de l'art. 27, les amendements proposés sont énoncés ci-après (présentés en gras). Nos brefs commentaires sont fournis dans une note explicative.

Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été **confisqués pris**, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement **préalable** donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. Sauf si les peuples concernés en ont librement décidé autrement,

³⁰ Voir, par exemple, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 juillet 2004, p. 20, par. 71 (Recommandations essentielles) :

Il faudrait modifier le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ... Il faudrait au minimum viser expressément dans les articles 25 et 26 du projet les ressources du sous-sol et ajouter une disposition visant à protéger les droits de propriété aborigènes ainsi que les droits sur les terres, territoires et ressources autrement occupés, utilisés ou régulièrement acquis par des peuples autochtones. [en gras dans le texte original]

Voir aussi la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, *Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous* (Genève, Suisse : OIT, 2004), pages 77, par. 312 :

Il convient également de reconnaître les droits prioritaires des populations autochtones sur les terres et les ressources qu'elles occupent et entretiennent depuis des temps immémoriaux.

l'indemnisation se fera sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents du point de vue de leur qualité, de leur étendue et de leur régime juridique.

À ces fins, les États devront prévoir, de concert avec les peuples autochtones, des mécanismes façons de procéder et justes, équitables et efficaces.

Note explicative :

Le terme « confisqués » implique l'absence d'un consentement donné librement, au préalable et en connaissance de cause par les peuples autochtones. Dans la logique de la phrase, il serait grammaticalement plus correct de remplacer « confisqués » par « pris ».

La notion ou le principe du « consentement préalable donné librement et en connaissance de cause » est conforme à la norme qui émerge au niveau international en ce qui concerne les peuples autochtones.

Le paragraphe ajouté reprend le langage déjà proposé par divers États pour cet article. Cet ajout renforce l'obligation pour l'État d'établir des mécanismes de réparation.

Conclusions

Le texte actuel de l'article 27 du projet de *Déclaration* de l'ONU est entièrement conséquent avec le droit international ainsi qu'avec ses développements progressifs. En particulier il est inexact que des États concluent à l'inexistence du « droit » à la restitution dans le droit international. De plus, le droit des peuples autochtones à la restitution est conséquent avec les recommandations des principales agences de surveillance de l'ONU liées aux droits humains.

La proposition d'ajouter l'obligation pour les États d'offrir des « mécanismes de réparation efficaces » pourrait s'avérer positive. Toutefois, elle ne constitue pas une modalité adéquate pour remplacer le droit des peuples autochtones à la restitution de leurs terres, territoires et ressources.

Comme nos propres amendements suggérés illustrent, la proposition d'obliger les États à créer des « mécanismes de réparation efficaces » peut être constructive – si elle vise à renforcer leur détermination et leur engagement à réparer de manière efficace les dépossession passées et actuelles de nos terres, territoires et ressources. Toutefois, certains États n'ont clairement pas cette intention.

Les propositions de ce genre visent plutôt à éliminer du droit international toute référence au droit des peuples autochtones à la restitution. Elles visent également, dans les cas où la restitution n'est pas possible, à éliminer la référence aux droits à une compensation sous la forme d'un remplacement des terres, ressources et territoires équivalents par leur qualité, leur taille et leur statut juridique.

Dans le cas des ÉUA, les positions préjudiciables vont encore plus loin. Concernant l'article 27, les ÉUA proposent de remplacer le droit des peuples autochtones à la restitution par le droit

« *d'intenter des poursuites pour... restitution... ou compensation ou pour d'autres recours* »³¹. Cela s'oppose carrément à tous les développements progressifs du droit international et aux recommandations des agences de surveillance préoccupées par les droits humains.

Les prochaines sessions de l'ONU et de l'OEA visant à définir les normes peuvent certainement atteindre des résultats positifs importants. Cela est vrai en particulier pour ce qui concerne les droits des peuples autochtones à des terres, territoires et ressources. Toutefois, il est vital de définir des critères qui élimineraient toute considération des propositions susceptibles d'être discriminatoires à l'endroit des peuples autochtones ou de saper autrement nos droits humains et notre sécurité collective.

Tel qu'inscrit à l'article 1 des traités internationaux des droits humains, le droit international dispose déjà d'un cadre des principes des droits humains, pour élaborer nos droits à des terres, territoires et ressources. Si les États qui participent au processus actuel de définition des normes respectaient solennellement leurs obligations de faire, conformément à la *Charte de l'ONU* et à ses traités, l'on pourrait accoucher d'une Déclaration des droits des peuples autochtones à la fois forte et édifiante.

³¹ Commission des droits de l'homme de l'ONU, *Rapport du groupe de travail établi conformément à la résolution 1995/32 de la Commission, du 3 mars 1995, à sa 10^e session : Addendum*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1^{er} avril 2005 (Président-Rapporteur : Luis-Enrique Chávez (Pérou)), p. 35. [traduction]

ANNEXE I

Le droit des peuples autochtones à la restitution : textes existants et en préparation

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Projet), dans U.N. Doc. E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 octobre 1994, pages 105-115, réimprimé en (1995) 34 I.L.M. 541, Art. 27 :

Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. Sauf si les peuples concernés en ont librement décidé autrement, l'indemnisation se fera sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents du point de vue de leur qualité, de leur étendue et de leur régime juridique.

Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 1989, OIT Convention n° 169, OIT, 76^e Sess., réimprimé en (1989) 28 I.L.M. 1382, Art. 16, par. 4 (déplacement) :

Dans le cas où un tel retour n'est pas possible, ainsi que déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen de procédures appropriées, ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, OUA Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986, Art. 21(2) :

En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate.

Proposition du Caucus autochtone, OEA, février 2005, Art. XXIV, par. 7 :

[traduction] En aucune circonstance les États ne prendront ni ne s'approprieront les terres, territoires et ressources des peuples autochtones. Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, territoires et ressources qu'ils

possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation qui prendra la forme de terres au moins égales, dans leur qualité et leur statut juridique, à celles qu'ils occupaient antérieurement, et aptes à répondre à leurs besoins de développement actuels et futurs.

Organisation des États Américains (Groupe de travail préparant une proposition de Déclaration sur les droits des peuples autochtones), *Rédaction intégrée du projet de Déclaration élaborée par le Président du Groupe de travail*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.139/03, 17 juin 2003, Art. XII, par. 2 :

Les peuples autochtones jouissent du droit à la restitution de la propriété faisant partie de ce patrimoine dont ils ont été spoliés ou, dans l'impossibilité de cette restitution, à une indemnisation équitable.

Projet de Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, OEA/Ser/L/ V/.II.95, Doc. 6, 26 février 1997 (Adopté par la Commission interaméricaine des droits de l'homme lors de sa 1333e réunion tenue le 26 février 1997, 95e session ordinaire), Art. XVIII, par. 7 :

Les populations autochtones ont droit à ce qu'on leur restitue les terres, territoires et ressources dont elles ont été traditionnellement les propriétaires, qu'elles ont occupés ou utilisés et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou endommagés; ou, si cette restitution n'est pas possible, elles ont droit à une indemnisation qui n'est pas inférieure aux normes du droit international.

**ANNEXE II – COMPRENDRE L’ARTICLE 27 DU
PROJET DE DÉCLARATION DE L’ONU**

« Recours » [Trad. « Redress »] – Satisfaction pour un préjudice ou des dommages subis³².

« Réparation » – Paiement pour un préjudice ou des dommages; recours pour un tort causé³³.

« Restitution » – Acte de restituer; ... restituer quelque chose à son propriétaire légitime; fait de suppléer à un dommage, perte ou préjudice, ou de donner l'équivalent ...³⁴

« Compensation » – Indemnisation; paiement de dommages; faire amende honorable; remettre dans la position antérieure; donner un équivalent ou un substitut de valeur égale ... équivalent donné pour un bien pris ou pour un préjudice fait à un autre ...³⁵

Droit à un recours ou à une réparation
(inclut la restitution et/ou la compensation)³⁶



Droit à la restitution



Lorsque ce n'est pas possible, droit à la compensation



Terre équivalente par son étendue, sa qualité et son statut juridique



Si convenu autrement par les peuples concernés, compensation monétaire

³² *Black's Law Dictionary*, 6^e édition (St. Paul: West Publishing Co., 1990), page 1279. [traduction]

³³ *Idem*, page 1298. [traduction]

³⁴ *Idem*, page 1313. [traduction]

³⁵ *Idem*, page 283. [traduction]

³⁶ Le droit à un recours [« redress »] ou à une réparation est impliqué dans l'article 27 puisque le texte prévoit explicitement le droit à la restitution et à la compensation.