



Assemblée générale

Distr. générale
15 juillet 2020
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme

Quarante-cinquième session

14 septembre-2 octobre 2020

Points 3 et 5 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Organismes et mécanismes de protection des droits de l'homme

Le droit à la terre tel que consacré par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : une approche axée sur les droits de l'homme

**Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits
des peuples autochtones**

Résumé

Le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a réalisé la présente étude en application de la résolution 33/25 du Conseil des droits de l'homme.

L'étude se conclut par l'avis n° 13 du Mécanisme d'experts sur le droit à la terre des peuples autochtones (voir annexe).



I. Introduction

1. Conformément à la résolution 33/25 du Conseil, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones a décidé, à sa douzième session tenue en juillet 2019, de réaliser une étude sur les droits fonciers des peuples autochtones. À cette fin, il a tenu un séminaire à Pretoria les 30 septembre et 1^{er} octobre 2019. La présente étude s'appuie sur les exposés présentés lors de ce séminaire et les communications soumises notamment par des États Membres, des peuples autochtones, des institutions nationales des droits de l'homme et des universitaires¹. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (ci-après, la Déclaration) est le seul instrument juridique international relatif aux droits de l'homme qui met un accent particulier sur l'importance globale des terres, des territoires et des ressources pour les peuples autochtones. Elle s'inspire des instruments relatifs aux droits de l'homme et de la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail, dont les articles 13, 14 et 16 sont semblables aux articles 25, 26 et 10 de la Déclaration.

2. En reconnaissant explicitement le droit des peuples autochtones à leurs terres, territoires et ressources, la Déclaration vise à lutter contre les dépossessions illégales et injustes qui ont lieu depuis longtemps et se poursuivent aujourd'hui. La présente étude entend mieux faire connaître les droits énoncés dans la Déclaration (art. 25 à 28), les obligations qui en découlent pour les États et la manière dont les différents États font respecter ces droits. L'étude a été réalisée dans un contexte marqué par l'augmentation des conflits liés aux terres autochtones du fait de leur destruction, usurpation et accaparement et par l'augmentation proportionnelle de poursuites pénales, harcèlement et violences dont font l'objet ceux qui défendent les terres autochtones². La militarisation accrue des terres autochtones dans plusieurs régions, largement décrite dans l'étude du Mécanisme d'experts sur les migrations et déplacements, empêche aussi sérieusement les peuples autochtones de jouir de leurs terres³. La présente étude ne s'étend pas sur les aspects procéduraux des droits fonciers, un sujet qui a été traité dans des études précédentes⁴.

3. Le degré de protection accordé aux droits fonciers varie d'une région à l'autre : certains États ont mis en place des moyens sophistiqués, bien que souvent trop complexes, pour attribuer des titres de propriété foncière aux peuples autochtones, alors que d'autres États ne reconnaissent pas l'existence même de ces peuples, et donc pas non plus leur droit à la terre. D'autres encore continuent de persécuter les peuples autochtones. Des lacunes considérables subsistent en matière d'application et l'absence de reconnaissance des droits fonciers contribue à la persistance de la violence dans de nombreuses régions. La réalisation des objectifs de développement durable, dont plusieurs sont liés aux droits fonciers, donne aux États l'occasion de garantir aux peuples autochtones le contrôle sur leurs terres, territoires et ressources⁵. L'intérêt que suscitent les changements climatiques et la justice climatique à l'échelle internationale est également l'occasion de reconnaître le rôle déterminant que les peuples autochtones jouent dans la protection de l'environnement et dans la préservation de la biodiversité⁶.

4. Apparue au début de l'année 2020, la crise provoquée par la maladie à coronavirus (COVID-19) a mis en évidence les inégalités flagrantes qui existent entre les peuples autochtones et les autres peuples, dans tous les domaines de la vie, notamment dans le contexte des terres⁷. Parce que leurs droits fonciers ne sont pas garantis, c'est-à-dire parce

¹ Les exposés et les communications peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Call.aspx.

² Voir A/HRC/39/17, communication de la Fondation Asie Pacifique pour les femmes, le droit et le développement et communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones.

³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1.

⁴ A/HRC/15/35, A/HRC/18/42, A/HRC/21/55 et A/HRC/39/62.

⁵ Objectifs de développement durable n°s 1 et 2 : cible 1.4, cible 2.4 et cible 2.5.

⁶ L'Accord de Paris (art. 7), la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et la plateforme des communautés locales et des peuples autochtones.

⁷ Le Mécanisme d'experts consacrera de prochaines études aux conséquences de la pandémie de COVID-19 pour les peuples autochtones. Voir <https://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/emrip/pages/emripindex.aspx> et <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>.

que leurs frontières et leur gouvernance ne sont pas respectées, les peuples autochtones ont eu de grandes difficultés à protéger leurs communautés de la maladie. En outre, des incursions illégales d'exploitants de bois et de mineurs sur des terres autochtones ont été signalées, en particulier dans la région amazonienne, et l'on peut craindre pour la sécurité des peuples autochtones en situation d'isolement volontaire et de premier contact, pour qui les risques de la COVID-19 sont particulièrement importants.

II. L'importance des droits fonciers pour les peuples autochtones et le lien entre ces droits et les autres droits

A. L'importance des droits fonciers pour les peuples autochtones

1. La terre n'est pas une marchandise

5. Pour les peuples autochtones, la terre n'est pas seulement, ni même principalement, une ressource économique. Elle est l'élément déterminant de leur identité, de leur culture et de la relation qu'ils entretiennent avec leurs ancêtres et avec les générations futures. L'accès aux terres, territoires et ressources dépend de l'appartenance à une communauté et non de l'économie de marché. Pour les peuples autochtones, les droits fonciers sont souvent intergénérationnels et, de ce fait, comportent une obligation de préservation au profit des membres actuels et futurs et fondent la continuité de leur existence en tant que peuple⁸. En droit amazigh, par exemple, la terre est considérée non seulement comme une ressource productive, mais aussi comme une forme de refuge, un lieu sûr, duquel naît un sentiment d'appartenance et d'identité⁹.

2. Respect des coutumes, des traditions et des régimes fonciers

6. Les peuples autochtones ont leurs propres coutumes, traditions et régimes fonciers, qui doivent être respectés. Dans un État, l'établissement de droits fonciers individuels, par opposition à des droits collectifs, et l'attribution de droits sur des terres qui appartiennent traditionnellement aux peuples autochtones mettent à mal ces régimes. Lorsque les procédures d'octroi de titres de propriété ne tiennent pas compte du droit coutumier, les droits fonciers des peuples autochtones ne sont pas pleinement protégés. Au Paraguay, bien que des titres de propriété foncière aient été accordés aux peuples autochtones, cela ne s'est pas fait selon l'usage ou la tradition historique, mais sur la base d'un calcul de la superficie des terres qui seraient nécessaires à assurer la viabilité économique et culturelle des communautés¹⁰. Même dans les États où la majorité des terres sont détenues sous un régime coutumier, les restrictions imposées au transfert de titres de propriété foncière à des sociétés ou à des particuliers ne sont pas respectées, comme cela a notamment été signalé en Papouasie-Nouvelle-Guinée¹¹, au Samoa, dans les Îles Salomon et à Vanuatu.

3. Droits collectifs

7. Les peuples autochtones ont le droit de jouir, à titre collectif et à titre individuel, de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales garantis dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, dans des conditions d'égalité avec tous les autres peuples et personnes. Le respect de l'autodétermination des peuples autochtones et de leurs régimes fonciers coutumiers nécessite que l'on reconnaisse leur propriété collective des terres, territoires et ressources. Il est essentiel que les droits fonciers tant individuels que collectifs soient reconnus dans des pays comme les États-Unis d'Amérique, où les terres autochtones sont détenues collectivement, comme c'est le cas des réserves tribales, et individuellement, comme c'est le cas des attributions, et les peuples autochtones luttent pour maintenir les deux types de régime foncier. Les droits collectifs, en particulier, sont au

⁸ E/CN.4/1995/WG.15/4.

⁹ Communication de plusieurs organisations marocaines.

¹⁰ A/HRC/30/41/Add.1.

¹¹ A/HRC/WG.6/25/PNG/3. Voir aussi www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/uprsamoafinal.pdf.

cœur de la jurisprudence internationale et régionale, comme l'ont dit la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Kaliña and Lokono Peoples* et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Endorois*¹². À ce jour, le Congo est le seul État d'Afrique à avoir adopté une législation qui reconnaît expressément les peuples autochtones, y compris leur régime foncier collectif¹³. Le Groenland, un territoire autonome du Danemark, suit la tradition inuite et ne reconnaît pas la propriété privée des terres : la terre est un bien commun qui ne peut jamais être acheté ou vendu¹⁴.

8. Dans toutes les régions, la propriété des terres autochtones reste en grande partie aux mains de l'État. Certains États, comme les États-Unis d'Amérique, le Kenya ou le Maroc, placent les terres en fiducie au profit des générations autochtones actuelles et futures. Cependant, le contrôle exercé par le Ministère marocain de l'intérieur sur les terres des Amazighen est fortement contesté par les tribus amazighes et des manifestations regroupant plusieurs dizaines de milliers de participants ont lieu régulièrement¹⁵. Selon la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, le système de tutelle sur les terres en place au Kenya s'est révélé insuffisant pour protéger les droits des Endorois¹⁶. Aux États-Unis d'Amérique, de nombreuses tribus amérindiennes peuvent avoir des réserves garanties par un traité en vigueur depuis longtemps, gardées en fiducie par le Secrétaire de l'intérieur. En outre, en vertu de la loi de réorganisation indienne (*Indian Reorganization Act*) de 1965, elles peuvent demander au Gouvernement fédéral de prendre des terres en fiducie. Alors que ce système rétablit, de manière importe, un mélange de compétences fédérales et tribales à des fins environnementales, fiscales et de sécurité publique, il a récemment été limité par la Cour suprême¹⁷.

9. Souvent, les peuples autochtones ont l'usufruit et sont considérés comme les bénéficiaires¹⁸ plutôt que comme les propriétaires des terres. De nombreux peuples autochtones, tels que les Sâmes en Finlande, en Norvège et en Suède, jugent cette situation insatisfaisante¹⁹. Le Gouvernement finlandais a indiqué que plusieurs textes législatifs contribuaient à garantir aux Sâmes le droit d'utiliser les terres appartenant à l'État pour chasser, élever des rennes et pêcher²⁰ mais, selon le Parlement sâme, il n'existe toujours aucune disposition législative consacrant le droit des Sâmes à la terre, à l'eau et aux ressources naturelles²¹. En Norvège, suite à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Stjernøy Reindeer Grazing District v. Finnmarkseiendommen*, il semble qu'il sera difficile de prouver une utilisation continue, intensive et suffisamment exclusive, condition nécessaire à l'établissement de droits de propriété sur les terres, par opposition à des droits d'usufruit. La situation est tout autre au Canada où la Cour suprême a décidé, dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, qu'il n'était pas nécessaire de démontrer une occupation et une utilisation intensives et continues des terres pour en obtenir la propriété. Au Brésil, les droits d'usufruit exclusif des peuples autochtones sur leurs terres et leurs ressources naturelles, actuellement garantis par la Constitution, seraient menacés par le projet de loi n° 191/20 relative à la recherche de ressources naturelles sur les terres autochtones²².

¹² Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, arrêt du 25 novembre 2015 ; Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, décision n° 276/2003, 4 février 2010.

¹³ République du Congo, loi n° 5-2011, art. 31 et 32. Voir également la communication de M^{me} Soyata.

¹⁴ Communication du Groenland et du Danemark.

¹⁵ Communication de plusieurs organisations marocaines.

¹⁶ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

¹⁷ Dans *Carcieri v. Salazar* : 555 US 379 (2009).

¹⁸ Voir, par exemple, l'ordonnance de 1939 sur les terres de l'État de Sabah (Malaisie).

¹⁹ A/HRC/33/42/Add.3. Voir aussi CERD/C/SWE/CO/22-23.

²⁰ Communication de la Finlande.

²¹ Communication du Parlement sâme.

²² Voir <http://apib.info/2020/02/12/statement-in-condemnation-of-draft-law-no-19120-on-the-exploration-of-natural-resources-on-indigenous-lands/?lang=en> et la communication du Brésil.

10. Garantir l'accès aux terres reste une priorité pour les tribus nomades, compte tenu de leur mobilité²³. Dans le Cadre stratégique pour le pastoralisme en Afrique, l'Union africaine reconnaît la mobilité comme un droit fondamental des pasteurs (comme le fait également le code pastoral de 2010 du Niger), ainsi que la nécessité d'accorder à titre prioritaire aux pasteurs, soit à la grande majorité des peuples autochtones d'Afrique, la propriété commune des terres. En revanche, pour d'autres peuples autochtones, tels que les Badjos (nomades de la mer), l'établissement forcé sur la terre ferme pourrait avoir des conséquences pour leur survie en tant que peuple²⁴. D'autres peuples autochtones, comme les Karen en Thaïlande et les Batwa en République démocratique du Congo, ont été expulsés de leurs terres, et se retrouvent dans une situation particulièrement précaire²⁵.

B. Droits fonciers et autres droits

11. La protection des terres, des territoires et des ressources naturelles est nécessaire pour garantir les autres droits des peuples autochtones, notamment leurs droits à la vie, à la culture, à la dignité, à la santé, à l'eau et à l'alimentation. Le droit à la terre signifie aussi que les peuples autochtones ont le droit de bénéficier de conditions de vie adéquates, comme l'a dit la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a jugé que la dépossession du peuple Yakye Axa et son manque d'accès à ses terres ancestrales l'avaient directement privé de telles conditions²⁶. Le droit d'avoir un mode de vie particulier et d'exercer des activités économiques traditionnelles liées à la terre a également été reconnu par le Comité des droits de l'homme, qui a souligné que la protection de ce droit visait à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle des peuples autochtones²⁷. Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, la forte dimension collective de la vie culturelle des peuples autochtones est indispensable à leur existence et comprend le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent ou occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis²⁸.

12. La Cour interaméricaine des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme reconnaissent tous deux que le droit à la vie ne se limite pas à la protection contre la mort, mais que les États doivent prendre des mesures concrètes pour préserver la vie et l'intégrité physique. Dans l'affaire *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, la Cour a conclu que la dépossession avait entraîné la mort de 13 personnes et a tenu l'État pour responsable²⁹. Comme l'a déclaré le Comité des droits de l'homme, l'obligation de protéger la vie signifie également que les États parties doivent prendre des mesures appropriées destinées à améliorer certains contextes dans la société susceptibles d'engendrer des menaces directes pour la vie ou d'empêcher des personnes de jouir de leur droit à la vie dans la dignité³⁰. Les États sont donc tenus de prendre des mesures pour remédier à des situations telles que « la privation des peuples autochtones de leurs terres, territoires et ressources » et « la dégradation de l'environnement »³¹. Le lien entre le droit à la terre et le droit à la vie est particulièrement étroit dans le cas des peuples autochtones en situation d'isolement ou de premier contact ; ils sont en effet particulièrement vulnérables en raison de leur population restreinte, de leur fragilité immunitaire et de leur dépendance totale des

²³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1.

²⁴ Communication de M. Zacot.

²⁵ Voir http://www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/KKNCE_Thailand_FINAL-v2.pdf et <https://minorityrights.org/2019/07/02/drc-admissibility-decision-african-commission-on-human-and-peoples-rights-on-eviction-of-indigenous-people-from-ancestral-lands-represents-beacon-of-h/>.

²⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, arrêt du 17 juin 2005.

²⁷ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23 (1994) sur le droit des minorités.

²⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 21 (2009) sur le droit de chacun de participer à la vie culturelle.

²⁹ Voir aussi Joel E. Correia, « Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay : indigenous land rights », *Erasmus Law Review*, n° 1 (avril 2018), p. 43 à 56.

³⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 36 (2019) sur le droit à la vie.

³¹ Ibid.

écosystèmes pour survivre³². La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également considéré les droits à un environnement sain, à une identité culturelle, à l'alimentation et à l'eau comme des droits autonomes, et a examiné les effets et particularités de ces droits dans le cas des peuples autochtones³³.

13. Les États ne peuvent ignorer les effets négatifs disproportionnés des changements climatiques sur les modes de vie des peuples autochtones et doivent reconnaître les liens étroits qui lient ces peuples à l'environnement. Le Comité des droits de l'homme a considéré que les personnes fuyant les effets des changements climatiques et des catastrophes naturelles ne devaient pas être renvoyées dans leur pays d'origine si leurs droits humains fondamentaux risquaient d'être bafoués à leur retour³⁴. Le Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable a souligné que les États avaient des obligations supplémentaires à assumer à l'égard des groupes particulièrement vulnérables face aux dommages environnementaux, en particulier les femmes, les enfants et les peuples autochtones³⁵.

III. Cadre juridique

14. La Déclaration énonce et reflète les engagements juridiques pris en vertu de la Charte des Nations Unies, ainsi que des dispositions de traités, des décisions judiciaires, des principes et des normes du droit international coutumier³⁶. Les droits et responsabilités des peuples autochtones vis-à-vis de la terre sont antérieurs à la Déclaration. Ils sont souvent énoncés dans les propres lois, coutumes et traditions des peuples autochtones, comme c'est le cas dans la constitution de la tribu yurok³⁷. En outre, les droits à la terre des peuples autochtones figuraient dans des cadres nationaux, par exemple dans la constitution mexicaine, et dans les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme, et ont été intégrés dans les traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, bien avant que la Déclaration ne soit adoptée. Tous les droits énoncés dans la Déclaration sont indivisibles, interdépendants et fondés sur le droit fondamental des peuples à disposer d'eux-mêmes. Les articles consacrés aux droits à la terre étaient les plus importants pour les peuples autochtones, au moment de la négociation de la Déclaration, et les travaux en la matière se poursuivent³⁸.

A. Article 25

15. Cet article souligne l'importance de l'attachement spirituel des peuples autochtones à leurs terres et leur droit de perpétuer les pratiques et les traditions qui y sont associées. Il reconnaît la responsabilité qui incombe à ces peuples de veiller à ce que les générations futures puissent elles aussi conserver un tel lien. Ainsi que l'a dit la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, « pour les peuples autochtones, la relation avec la terre est non seulement une question de possession et de production, mais aussi un élément matériel et spirituel dont ils doivent pouvoir jouir pleinement, notamment afin de préserver leur patrimoine culturel et de le transmettre aux générations futures ».

16. L'expression « liens spirituels » doit être interprétée au sens large. Pour les peuples autochtones, les liens spirituels avec la terre font partie intégrante de toute activité liée à celle-ci. Non seulement les cérémonies spirituelles, mais aussi d'autres activités très

³² Deuxième communication du Coordonnateur des organisations autochtones du bassin de l'Amazone.

³³ *Indigenous communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*, arrêt du 6 février 2020 ; communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones.

³⁴ Comité des droits de l'homme, *Teitiota v. New Zealand*.

³⁵ A/HRC/25/53, par. 69.

³⁶ Voir A/HRC/36/56.

³⁷ Voir <https://yurok.tribal.codes/Constitution/Preamble>.

³⁸ Claire Charters, « Indigenous peoples' rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP », p. 402.

diverses, comme la chasse, la pêche, l'élevage et la cueillette de plantes, de substances médicinales et d'aliments, ont une dimension spirituelle et sont indissociables des liens spirituelles avec la terre.

17. Les peuples autochtones ont le droit de « conserver » et de « renforcer » leurs liens avec des terres, territoires et ressources qui ne sont plus en leur possession mais qu'ils ont autrefois possédés et utilisés. Afin que les peuples autochtones puissent conserver et renforcer leurs liens spirituels avec la terre, il peut être nécessaire de garantir l'accès à la terre, de protéger ou de restaurer certains éléments particuliers de l'environnement qui revêtent de l'importance dans les coutumes ou les traditions autochtones, et d'éviter toute exploitation ou activité qui serait contraire à ces fins. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a conclu que, « privés de la terre de leurs ancêtres, les Endorois sont dans l'incapacité d'exercer leurs droits culturels et religieux, et se sentent déconnectés de leurs terres et de leurs ancêtres »³⁹. Les anciens, les femmes, les jeunes, les enfants et les personnes handicapées autochtones peuvent avoir des liens particuliers avec la terre et des obligations sacrées envers elle, et méritent, par conséquent, une attention particulière, conformément à l'article 22 de la Déclaration.

18. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources « qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement ». Cette formulation recouvre des régimes fonciers aussi divers que les sociétés autochtones elles-mêmes de par le monde, notamment la propriété exclusive, les droits de récolte et de pâture partagés ou cogérés, et les droits liés à l'occupation saisonnière ou irrégulière des terres, mais également le droit traditionnel ou coutumier des peuples autochtones et la Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux⁴⁰. Le droit des peuples autochtones de conserver et de renforcer leurs liens spirituels s'applique à toutes les ressources, y compris aux eaux et aux zones maritimes côtières. La Haute Cour d'Australie a reconnu des droits sur la mer, notamment le droit de pêcher, de chasser et d'amasser des ressources à des fins personnelles, familiales et collectives, et a admis que, dans le Territoire du Nord, les terres situées dans la zone intertidale pouvaient être revendiquées et reconnues comme des terres aborigènes⁴¹.

B. Article 26

1. Article 26 (par. 1)

19. Cette disposition consacre un droit général qui s'applique aux terres, territoires et ressources que les peuples autochtones possèdent traditionnellement ou occupent ou utilisent traditionnellement. Toutefois, ce droit s'applique également aux terres, territoires et ressources qu'ils ont « utilisés ou acquis ». Les droits fonciers des peuples autochtones ne se limitent donc pas aux territoires dont l'utilisation ou l'occupation n'a jamais été interrompue mais s'appliquent aussi aux terres que les peuples autochtones ont commencé à occuper, par exemple, à la suite de réinstallations volontaires ou involontaires. Il peut s'agir de terres obtenues après une réinstallation, dans le cadre d'un accord moderne ou d'un achat.

20. En vertu du paragraphe 1 de l'article 26, les peuples autochtones n'ont pas à démontrer leur possession des terres, territoires et ressources pour y avoir droit et pour obtenir leur restitution ou une indemnisation en cas de perte. Dans l'affaire *Endorois*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a, entre autres, déclaré ce qui suit :

Les membres d'une communauté autochtone ayant involontairement perdu la possession de leurs terres, lorsque ces terres ont été transférées légalement à des tiers innocents, ont droit à une restitution des terres en question ou à l'obtention d'autres terres de même superficie et d'égale qualité. La possession n'est, par conséquent,

³⁹ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁴⁰ L'article 8 de la Convention impose qu'il soit « dûment tenu compte » des « coutumes » ou du « droit coutumier » des peuples autochtones et l'article 17 dispose que leurs régimes fonciers « doivent être respectés ».

⁴¹ *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust*, 30 juillet 2008, et *Commonwealth v. Yarmirr*, 11 octobre 2001.

pas une condition nécessaire d'existence des droits de restitution des terres appartenant aux autochtones⁴².

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Commission africaine se sont directement inspirées de la Déclaration, alors même que le Kenya n'a pas encore exprimé son soutien à ce texte.

21. Les peuples autochtones ont le droit de posséder et d'utiliser des ressources, tout comme ils ont le droit de posséder leurs terres et territoires. Dans l'affaire *Saramaka People v. Suriname*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les peuples autochtones avaient des droits sur les ressources naturelles liées à leur culture et situées sur leurs terres et territoires et que, sans ces ressources, la survie même, physique et culturelle, de ces peuples était en jeu. Comme l'a affirmé le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, dans les cas où les peuples autochtones conservent la propriété de toutes les ressources, y compris des ressources minérales et d'autres ressources du sous-sol, à l'intérieur de leurs territoires, ils bénéficient également du droit d'extraire et d'exploiter ces ressources⁴³. En outre, si l'État revendique la propriété des ressources du sous-sol ou d'autres ressources en vertu du droit national, les peuples autochtones ont le droit de prendre des initiatives afin d'extraire et d'exploiter les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires, tout au moins dans les conditions généralement fixées par l'État pour les autres exploitants⁴⁴. La loi de 1971 sur le règlement des revendications des autochtones de l'Alaska (*Alaska Native Claims Settlement Act*) a créé des « sociétés » autochtones, et accordé à 220 sociétés villageoises des droits sur les ressources en surface, et à 13 sociétés régionales des droits sur les ressources minérales – les ressources du sous-sol – aux fins d'exploitation⁴⁵.

22. Avant l'adoption de la Déclaration, certaines juridictions nationales avaient déjà reconnu les droits des peuples autochtones sur les terres qu'ils avaient traditionnellement possédées ou occupées et qui n'étaient plus en leur possession. En 2003, la Cour constitutionnelle sud-africaine a reconnu que les peuples autochtones restaient propriétaires des terres traditionnelles qu'ils occupaient avant la colonisation, malgré les changements de régime juridique. La Cour a fondé sa décision sur le droit coutumier précolonial. En 2002, dans l'affaire *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, la Haute Cour de Selangor, juridiction de l'un des États fédérés de Malaisie, a reconnu l'existence d'un titre de propriété foncière « en raison de l'occupation exclusive et continue par les Orang Asli de leurs terres ancestrales depuis des temps immémoriaux »⁴⁶.

2. Article 26 (par. 2)

23. Depuis 1997, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale utilise des termes similaires à ceux utilisés au paragraphe 2 de l'article 26 lorsqu'il fait référence au droit des peuples autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires⁴⁷. Dans les affaires *Sawhoyamaxa* et *Endorois*, les organismes régionaux chargés des droits de l'homme ont interprété les instruments régionaux à la lumière des droits consacrés par la Déclaration⁴⁸. Dans l'affaire *Endorois*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a conclu que « la possession traditionnelle de leurs terres par les [peuples] autochtones » devait être reconnue

⁴² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, par. 209.

⁴³ A/HRC/24/41, par. 9.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Code des États-Unis, titre 43, par. 1601 à 1627.

⁴⁶ Derek Inman, « From the global to the local : the development of indigenous peoples' land rights internationally and in Southeast Asia », *Asian Journal of International Law*, vol. 6, n° 1 (2016), p. 46 à 88.

⁴⁷ CERD/C/KEN/CO/5-7, par. 20 b). Recommandation générale n° 23 (1997) du Comité sur les droits des peuples autochtones.

⁴⁸ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*, arrêt du 29 mars 2006, par. 138. Voir aussi *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

et protégée, de même que le « titre de [pleine] propriété octroyé par l'État »⁴⁹. Dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a établi que « les droits de propriété conférés par les normes et les pratiques du droit coutumier autochtone devaient être protégés » et que « la non-reconnaissance de l'égalité des droits de propriété fondés sur la tradition autochtone était contraire au principe de non-discrimination ». Dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a reconnu les droits des Ogieks sur la forêt de Mau, leur foyer ancestral. La préservation de la forêt de Mau ne justifiait pas l'expulsion des Ogieks de leur foyer ancestral. La Cour africaine s'est également prononcée sur le sens du paragraphe 2 de l'article 26 de la Déclaration, à propos duquel elle a dit : « Sans exclure le droit de propriété au sens classique du terme, cette disposition met davantage l'accent sur les droits de possession, d'occupation, d'utilisation et d'exploitation des terres. ».

24. La Cour de justice des Caraïbes et la Cour suprême du Belize ont invoqué la Déclaration lorsqu'elles ont interprété la Constitution bélizienne pour protéger les droits du peuple maya sur ses terres traditionnelles. En 2007, dans l'affaire *Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize*, le Président de la Cour suprême a jugé que l'article 26 de la Déclaration témoignait d'un consensus croissant sur la question des peuples autochtones et de leurs terres et ressources, et reflétait les principes généraux du droit international en la matière. Il a conclu que les communautés mayas de Conejo et de Santa Cruz disposaient d'un droit de propriété coutumier sur leurs terres, et a ordonné au Gouvernement de respecter et de délimiter leur territoire.

25. D'autres juridictions nationales ont également reconnu la propriété traditionnelle comme une forme légitime de régime foncier, comme la Cour suprême suédoise dans l'affaire *Nordmaling* (2011), qui a examiné les droits des éleveurs de rennes sâmes « sur la base de droits coutumiers » et non selon le droit de l'État du « temps immémorial »⁵⁰. En 2009, la Cour suprême brésilienne a reconnu le statut particulier des terres de Raposa Serra do Sol, délimitées dix ans auparavant par l'État, et a ordonné au Gouvernement de reprendre l'expulsion de tous les non-autochtones qui avaient colonisé ces terres⁵¹.

3. Article 26 (par. 3)

26 Au titre de cet article, les États devraient prendre des mesures en vue d'accorder reconnaissance et protection juridiques aux terres, territoires et ressources des peuples autochtones, tout en respectant les coutumes, traditions et régimes fonciers de ces derniers. Le droit est équivalent à un titre de pleine propriété octroyé par l'État et permet aux peuples autochtones de demander la reconnaissance et l'enregistrement officiels de leurs titres de propriété. Comme l'a indiqué la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, « le point de départ de toute mesure visant à définir et à reconnaître les droits des peuples autochtones sur les terres et les ressources devrait être leurs propres systèmes coutumiers d'utilisation et d'occupation des terres »⁵². Cela passe souvent par la délimitation, le découpage, la cartographie et la délivrance de titres de propriété. Ainsi que l'a déclaré la Cour interaméricaine des droits de l'homme, « la simple reconnaissance abstraite ou juridique des terres, territoires ou ressources des peuples autochtones n'a pratiquement aucun sens si la propriété n'a pas été délimitée et établie physiquement »⁵³. Dans l'affaire *Kaliña and Lokono Peoples*, la Cour a ordonné au Suriname de délimiter et de découper le territoire traditionnel de ces peuples, de leur accorder un titre de propriété collectif et de garantir qu'ils puissent effectivement faire usage et jouir de ce territoire. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a quant à elle appelé à la

⁴⁹ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, par. 209.

⁵⁰ À savoir le fait « qu'une propriété ou un droit a été détenu et exercé pendant une période si longue, que personne ne se souvient comment et quand ce droit est né ». www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-court-recognizes-exclusive-fishing-rights-of-sami-village/.

⁵¹ <http://www.forestpeoples.org/en/location/brazil/news/2009/05/supreme-court-upholds-raposa-serra-do-sol-indigenous-area>.

⁵² A/HRC/33/42/Add.3.

⁵³ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, par. 143.

« reconnaissance officielle » des droits fonciers des peuples autochtones et à « l'enregistrement du titre de propriété »⁵⁴.

27. Le respect des régimes fonciers des peuples autochtones devrait inclure le respect des coutumes et des traditions qui régissent les terres de ces peuples. Comme l'a constaté la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, même si des juridictions autochtones et des mécanismes coutumiers informels existent, ils ne sont souvent pas reconnus par les systèmes juridiques des États⁵⁵. À Vanuatu, dans le cadre des réformes constitutionnelles, la compétence en matière foncière a été transférée du système judiciaire traditionnel aux *nakamals* (institutions coutumières)⁵⁶. Au Kenya, la Commission foncière nationale encourage le recours à des mécanismes traditionnels de résolution des différends dans les cas de litiges fonciers⁵⁷. Aux États-Unis d'Amérique, les tribus peuvent exercer un certain contrôle sur leurs terres et y appliquer certaines de leurs lois, mais ce contrôle est souvent limité : les Cherokees, par exemple, détiennent certains titres de propriété foncière restreints (*restricted fee title*), ce qui signifie que la famille ou la personne doit encore obtenir l'autorisation du Gouvernement fédéral pour céder les terres concernées, sans pour autant être protégé contre la possession adverse. En 2013, en République bolivarienne du Venezuela, le peuple Huottoja a créé une juridiction autochtone spéciale, chargée non seulement du contrôle et de la gestion du territoire, mais aussi de l'administration de la justice⁵⁸. En Nouvelle-Zélande, un nouveau projet de loi actuellement à l'examen au Parlement propose la mise en place d'une procédure de résolution des conflits, basée sur les pratiques maories pour aider les propriétaires de terres maories à résoudre les désaccords et les conflits au sujet de leurs terres⁵⁹.

C. Article 27

28. Au titre de cet article, les États devraient mettre en place et appliquer, en coopération avec les peuples autochtones, un processus qui assure la reconnaissance et la protection juridiques des droits de ces peuples aux terres, territoires et ressources qu'ils ont traditionnellement possédées, occupées ou utilisées dans le passé, et ce, que ces terres, territoires et ressources soient actuellement encore en leur possession ou non. Cela fait partie de l'obligation plus générale de réparation visée à l'article 28 (voir ci-après). La décision d'inscrire dans la Déclaration l'obligation de mise en place de procédures aux fins de la reconnaissance et de l'adjudication des droits fonciers est le compromis obtenu pour ne pas y inscrire un droit particulier aux terres, territoires et ressources perdus dans le passé⁶⁰.

29. Comme énoncé à l'article 27, le processus de protection juridique doit être équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent et respecter les lois, les coutumes et les manières d'utiliser la terre des peuples autochtones. L'article ne précise pas si les États doivent mettre en place un processus particulier pour régler les différends relatifs aux droits fonciers des peuples autochtones. Cependant, dans les cas où les États s'appuieront sur d'autres mécanismes, comme les tribunaux, des questions légitimes se poseront quant à leur degré d'accessibilité aux peuples autochtones, à leur capacité à prendre dûment en compte les lois et les traditions de ces peuples et la probabilité qu'ils parviennent à régler les différends en temps voulu⁶¹.

⁵⁴ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, par. 209.

⁵⁵ Voir A/HRC/42/37.

⁵⁶ Siobhan McDonnell, « Building a pathway for successful land reform in Solomon Islands » (Canberra, Australian National University, 2015), p. 34 et 35.

⁵⁷ Albert Kwokwo Barume, *Land Rights of Indigenous Peoples in Africa* (Copenhague, Groupe de travail international pour les affaires autochtones, 2014).

⁵⁸ Voir <https://porlatierra.org/docs/c5650a3f50d60f9e7ca9f0aabb1e9dce3.pdf>.

⁵⁹ Communication de la Nouvelle-Zélande.

⁶⁰ Claire Charters, « Indigenous peoples' rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP », p. 143.

⁶¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 105/09 sur la recevabilité de la requête 592-07 concernant le Groupe du traité hul'qumi'num, Canada, 30 octobre 2009, par. 39.

D. Article 46

30. La limitation générale de la capacité des États à restreindre les droits des peuples autochtones, imposée par la Déclaration aux paragraphes 2 et 3 de son article 46, vaut pour l'application de tous les articles susmentionnés dans le contexte des droits et des concessions accordés à des tiers non autochtones. Toute restriction des droits des peuples autochtones doit être conforme à la loi, nécessaire, proportionnée et non discriminatoire, viser un objectif légitime dans une société démocratique et être définie dans le cadre global du respect des droits de l'homme⁶². La Cour interaméricaine des droits de l'homme applique des principes analogues : elle juge que, pour régler comme il convient les différends entre les peuples autochtones et les tiers, il faut examiner au cas par cas la légalité, la nécessité et la proportionnalité de la restriction envisagée et évaluer dans quelle mesure celle-ci permet la réalisation d'un objectif fondé en droit dans une société démocratique⁶³. Eu égard à l'importance des droits fonciers pour l'exercice de nombreux droits de l'homme et pour la survie des peuples autochtones, il serait difficilement acceptable d'imposer aux droits de ces peuples des restrictions qui auraient pour effet d'entraver l'utilisation qu'ils font de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources⁶⁴.

E. Article 22

31. Une attention particulière devrait être accordée aux droits et aux besoins particuliers des anciens, des femmes, des jeunes, des enfants et des personnes handicapées autochtones en vue de la réalisation de tous les droits énoncés dans la Déclaration, ces groupes étant particulièrement touchés si les droits fonciers ne sont pas pleinement respectés. On néglige souvent le rôle essentiel des femmes dans l'exploitation et la protection des terres. L'un des principaux obstacles structurels qui empêchent les femmes autochtones d'avoir accès aux terres, territoires et ressources ou de les contrôler vient des lois patriarcales concernant l'héritage et la propriété conjointe des terres et ressources familiales⁶⁵. Ainsi que l'a fait observer la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, l'appropriation de terres n'a pas les mêmes effets sur les femmes que sur les hommes⁶⁶. Les femmes autochtones subissent souvent des formes de discrimination croisée et l'égalité femmes-hommes est rare en matière d'accès à la propriété et de contrôle de la terre⁶⁷. Dès lors, les femmes peinent souvent à obtenir des prêts et à exercer leur contrôle sur la production agricole.

F. Réparation⁶⁸

Article 28

32. Au titre de cet article, les peuples autochtones devraient obtenir réparation en cas de violation de leurs droits fonciers, notamment en cas de confiscation de terres, de territoires et de ressources et d'occupation, d'utilisation ou de dégradation de terres, de territoires et de ressources sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. Comme le suggère clairement l'emploi du passé, le paragraphe 1 de l'article 28 s'applique rétroactivement, bien que ce point ait fait l'objet de débats lors des travaux préparatoires à la Déclaration⁶⁹. Une autre approche consiste à estimer que le droit à réparation pour un préjudice occasionné dans le passé trouve sa justification dans le fait que

⁶² A/HRC/39/62.

⁶³ *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, par. 138.

⁶⁴ A/HRC/24/41, par. 35 et 36.

⁶⁵ Communication de la Fondation Asie Pacifique pour les femmes, le droit et le développement.

⁶⁶ A/HRC/30/41.

⁶⁷ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 34 (2016) sur les droits des femmes rurales.

⁶⁸ A/HRC/39/62.

⁶⁹ Federico Lenzerini, « International assistance, reparations and redress », *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : A Commentary*, Jessie Hohmann et Marc Weller, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2018), p. 590.

les peuples autochtones continuent de pâtir des conséquences de la perte qu'ils ont subie. Aussi souhaitent-ils obtenir réparation pour le préjudice qu'ils subissent au moment présent et qui, selon le Comité des droits de l'homme, s'apparente à une « violation persistante »⁷⁰.

33. Les réparations doivent être accordées sur la base d'un consensus avec les peuples concernés, dans le cadre de leur propre mécanisme de consultation et conformément à leurs valeurs, leurs coutumes et leur droit coutumier, et répondre à l'objectif de restitution intégrale consistant à rétablir la situation antérieure à la violation⁷¹. Dans l'affaire *Endorois*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a jugé que le Gouvernement kényan n'avait pas accordé de réparations suffisantes aux Endorois expulsés ni associé ces derniers aux activités de développement économique créées⁷².

34. Tout recours en cas de violation des droits de l'homme doit être accessible, efficace et rapide. Tout obstacle à la participation et à l'administration de la preuve doit être écarté. Les procédures doivent être suffisamment efficaces pour réduire autant que possible le risque que d'autres préjudices surviennent⁷³ et garantir le respect du jugement définitif⁷⁴. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a conclu que les affaires *Sawhoyamaxa*, longue de treize ans, et *Xákmok Kásek*, qui s'était étalée sur onze ans sans aboutir à un règlement clair, n'avaient pas été traitées de manière raisonnable, compte tenu de leur durée, et que des voies de recours appropriées devaient être disponibles⁷⁵. En 2018, la Cour a jugé que le Brésil avait violé le droit à la protection de la justice et le droit à la propriété du peuple autochtone Xukuru, car il avait mis plus de seize ans à achever la démarcation des terres et à en déloger les occupants non autochtones. Elle a considéré cette sentence comme une forme de réparation en soi, ordonné le versement d'une indemnisation d'un million de dollars des États-Unis et les mesures nécessaires pour achever l'expulsion des occupants non-autochtones et empêcher de nouvelles intrusions⁷⁶.

35. Un peuple autochtone ayant perdu ses terres traditionnelles au profit de tiers conserve ses droits sur ces terres tant que le rapport unique qu'il entretient avec elles fonde les dimensions spirituelle et matérielle de son identité autochtone, ainsi que l'a exprimé la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans les affaires *Yakye Axa* et *Sawhoyamaxa*. La Cour a également fait observer qu'on ne peut régler de manière appropriée un litige de cette nature sans considérer le fait qu'une indemnisation financière permet souvent de satisfaire les intérêts de la partie non autochtone, tandis que les peuples autochtones ont, avec leurs terres, un rapport spirituel que rien ou presque ne saurait remplacer tant il importe à leur identité et conditionne leur survie⁷⁷. Dès lors, le type de réparation à privilégier est manifestement la restitution. Les organes conventionnels des Nations Unies ont également souligné la nécessité de restituer aux peuples autochtones les terres dont ils avaient été dépossédés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause⁷⁸.

36. Si la restitution des terres autochtones n'est pas possible, une indemnisation juste, correcte et équitable doit être accordée. Celle-ci ne devrait pas se limiter au versement d'indemnités financières mais devrait également prendre la forme, dans certains cas, de terres de remplacement analogues, équivalentes par leur qualité, leur étendue et leur régime

⁷⁰ *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* et *Anton c. Algérie* (CCPR/C/88/D/1424/2005).

⁷¹ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, par. 151 et 181.

⁷² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁷³ Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 40/04, affaire 12.053, sur le bien-fondé de la requête introduite par les communautés autochtones mayas du district de Toledo, Belize (12 octobre 2004), par. 176.

⁷⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Saramaka People v. Suriname*, par. 105.

⁷⁵ Joel E. Correia, « Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay : indigenous land rights », et *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, arrêt, 24 août 2010.

⁷⁶ *Xucuru Indigenous People and its Members v. Brazil*, arrêt, 5 février 2018.

⁷⁷ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, par. 146 à 148.

⁷⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23 (1997) concernant les droits des populations autochtones ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, observation générale n° 21 ; A/HRC/4/77, par. 8.

juridique ou, si les peuples autochtones concernés y consentent librement, d'autres formes d'indemnisation et de réparation. Comme le souligne le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, cette indemnisation « devrait, dans la mesure du possible, se faire sous forme de terres et de territoires »⁷⁹. À défaut, une indemnisation pécuniaire juste, correcte et équitable devrait être accordée. Dans l'affaire *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, la Haute Cour de Selangor a jugé que la Malaisie avait le devoir d'indemniser la communauté Orang Asli de l'expropriation de ses terres ancestrales⁸⁰. Les États devraient également adopter des mesures en vue de la remise en état des terres dégradées et polluées par des projets d'aménagement⁸¹.

37. Pour être considérée comme juste, correcte et équitable, l'indemnisation doit être proportionnée au préjudice subi, qu'il soit de nature pécuniaire ou non. La Haute Cour d'Australie, dans la première affaire d'indemnisation de droits fonciers autochtones à avoir été réglée devant la justice, a ordonné une indemnisation substantielle (2,53 millions de dollars australiens) pour le préjudice économique et culturel qu'avaient causé aux peuples Ngaliwurru et Nungali des décisions antérieures ayant entraîné l'extinction de leurs droits fonciers autochtones⁸². Cette somme correspondait à la valeur marchande des terres, à laquelle s'ajoutait un montant substantiel au titre des intérêts et de la perte culturelle, appréciée en tenant compte du droit traditionnel.

38. Certains États ont prévu des dispositions en matière d'indemnisation, comme la Norvège avec l'article 105 de sa constitution⁸³. Dans l'affaire *United States v. Sioux Nation of Indians*, la Cour suprême des États-Unis a jugé que le Gouvernement fédéral avait violé le traité de Fort Laramie de 1868 en s'emparant des Black Hills sacrées sans le consentement des Sioux⁸⁴. Elle a ordonné le versement de 17,5 millions de dollars, plus les intérêts calculés depuis 1877, mais les tribus sioux refusent ce dédommagement, bloqué sur un compte du Département du Trésor des États-Unis et valant actuellement plus d'un milliard de dollars, et continuent de réclamer la restitution des terres.

IV. Reconnaissance des droits fonciers par les États

39. La sécurité des droits fonciers des peuples autochtones est un sujet mouvant dans la plupart des pays. Les États ont établi différents mécanismes de reconnaissance et d'octroi des droits fonciers et prévoient des formes diverses d'utilisation et de propriété des terres. Si beaucoup de ces mécanismes sont en partie conformes à l'article 27 de la Déclaration, la complexité des procédures et la myriade de droits et d'acteurs en présence entravent le plus souvent leur application.

A. Traités et accords, et terres réservées

40. Dans certains États, des traités historiques et contemporains ainsi que d'autres accords reconnaissant les droits fonciers ont été négociés entre le gouvernement et les peuples autochtones. Le Canada reconnaît 70 traités historiques et 25 règlements d'ensemble entérinent le droit de propriété de peuples autochtones sur quelque 600 000 kilomètres carrés de terres⁸⁵. En Colombie-Britannique, une Commission des traités facilite la négociation de traités et la Politique sur la reconnaissance et la réconciliation des droits pour les

⁷⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23.

⁸⁰ Derek Inman, « From the global to the local : the development of indigenous peoples' land rights internationally and in Southeast Asia ».

⁸¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over Their Ancestral Lands and Natural Resources : Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System* (2010), par. 216.

⁸² Haute Cour d'Australie, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwurru and Nungali Peoples*, 13 mars 2019. Voir aussi la communication soumise par l'Australie.

⁸³ Communication de la Norvège.

⁸⁴ Voir <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/371/> et www.pbs.org/newshour/show/why-the-sioux-are-refusing-1-3-billion.

⁸⁵ Voir <https://www.rcaanc-cimac.gc.ca/fra/1100100028574/1529354437231>.

négociations des traités en Colombie-Britannique, élaborée conjointement par l'État et les nations autochtones participantes et fondée sur la Déclaration, est entrée en vigueur⁸⁶. Les autorités de la Colombie-Britannique ont récemment adopté la Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, les obligeant à harmoniser les lois de la province avec la Déclaration⁸⁷. Dans une affaire emblématique, la Cour suprême des États-Unis a confirmé que les terres ayant fait l'objet de traités, couvrant une grande partie de l'Est de l'Oklahoma, constituaient toujours une réserve amérindienne aux fins du droit pénal fédéral⁸⁸.

41. Toutefois, les peuples autochtones et les États interprètent souvent très différemment ces traités et accords, ainsi qu'en témoigne le Traité de Waitangi en Nouvelle-Zélande, qui existe en deux versions linguistiques⁸⁹. Au Guatemala, les accords signés pendant le processus de paix en 1995 et 1996 et prévoyant la restitution des terres communales autochtones n'ont pas été mis en œuvre⁹⁰.

B. Constitutions, lois et organes

42. Certains États, comme l'Argentine, l'État plurinational de Bolivie, le Brésil, le Cambodge, le Canada, la Colombie, l'Équateur, l'Inde, le Mexique et le Paraguay, reconnaissent expressément dans leurs constitutions respectives le droit des peuples autochtones à la terre et aux territoires. Ils ont par ailleurs élaboré un certain nombre de textes législatifs et lignes directrices en vue de traduire ces droits dans la pratique, notamment en imposant la démarcation et la protection de ces territoires et en reconnaissant aux peuples autochtones le droit de contrôler et d'administrer leurs terres et leurs ressources. Par exemple, la Colombie a élaboré des plans de vie (*planes de vida*) pour ses populations autochtones et le Brésil a mis au point des plans de gestion territoriale (*planos de gestão territorial*) dans le cadre de sa politique environnementale nationale. L'Équateur a adopté de nombreuses lois et politiques, notamment un Programme (2019-2021) en faveur de l'égalité des droits des nations et peuples autochtones, du peuple afro-équatorien et du peuple Montubi⁹¹ mais, selon certaines informations, ne reconnaît ni ne garantit concrètement le droit des peuples autochtones à la terre⁹². Au Paraguay, bien que 283 000 hectares de terres aient été octroyés aux communautés autochtones entre 2010 et 2014, nombre d'entre elles n'ont pas de titre de propriété officiel sur leurs terres⁹³.

43. D'autres États reconnaissent, dans leur législation, le droit des peuples autochtones à la terre : ainsi des Philippines, dans la loi de 1997 sur les droits des peuples autochtones, et de la Fédération de Russie, dans sa loi relative aux territoires destinés à l'exploitation traditionnelle des ressources naturelles par les peuples autochtones du Nord, de la Sibérie et de l'Extrême-Orient russe⁹⁴. Toutefois, cette dernière loi s'applique uniquement aux peuples de moins de 50 000 personnes. En outre, si certains territoires sont protégés par les gouvernements régionaux, aucun territoire protégé n'a été créé au niveau fédéral⁹⁵. De surcroît, le statut juridique de ces territoires n'est ni garanti ni reconnu par le Gouvernement fédéral, dont le Ministère des ressources naturelles qui délivre les permis d'exploitation des ressources aux entreprises, notamment dans les secteurs extractif, de l'exploitation du bois et de la pêche⁹⁶. En Malaisie, l'État a réagi aux conclusions énoncées dans l'affaire *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others* en modifiant le Code

⁸⁶ Communication de Celeste Haldane.

⁸⁷ Communication de l'Union of British Columbia Indian Chiefs.

⁸⁸ Voir https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-9526_9okb.pdf.

⁸⁹ Jacinta Ruru, Paul Scott et Duncan Webb, *The New Zealand Legal System : Structures and Processes*, 6^e éd. (Wellington, LexisNexis New Zealand Limited, 2016), p. 223.

⁹⁰ Jeremy Armon, Rachel Sieder et Richard Wilson, dir. publ., « Negotiating rights : the Guatemalan Peace Process », *Accord*, vol. 2 (1997).

⁹¹ Communication de l'Équateur.

⁹² Communication de l'institution nationale des droits de l'homme de l'Équateur.

⁹³ A/HRC/WG.6/24/PRY/1.

⁹⁴ Communication de la Fédération de Russie.

⁹⁵ A/HRC/WG.6/30/RUS/2, CCPR/C/RUS/CO/7 et CERD/C/RUS/CO/23-24.

⁹⁶ Communication du Groupe de travail international pour les affaires autochtones.

foncier afin que les peuples autochtones se voient accorder un droit de propriété à perpétuité sur leurs terres. Néanmoins, outre que chaque titre de propriété est limité à 1 000 hectares, ces attributions peuvent être révoquées par l'État, la propriété collective des terres n'est pas reconnue et les modes traditionnels de transmission intergénérationnelle des terres sont abolis⁹⁷. Au Mexique, une réforme constitutionnelle et législative serait en cours au Mexique pour combler les lacunes du système de justice agraire⁹⁸. Au Bangladesh, dans le cadre de l'Accord de paix de Chittagong Hill Tracts de 1997, une commission foncière a été mise en place pour résoudre les litiges, mais elle n'a apparemment pas été en mesure de résoudre un seul conflit, et ce, en raison du manque de ressources humaines et financières et de l'absence d'un règlement d'exécution de la loi relative à la commission de résolution des litiges fonciers dans les Chittagong Hill Tracts⁹⁹.

44. En Afrique du Sud, l'État a certes restitué aux peuples autochtones des terres dont il a reconnu qu'elles leur appartenaient, conformément au paragraphe 7 de la section 25 de la Constitution et à la loi de 1994 sur la restitution des terres, mais d'aucuns estiment qu'il n'a pas assez aidé ces populations après le retour sur leurs terres¹⁰⁰. En Inde, 3 863 025 des 4 400 000 revendications foncières présentées au titre de la loi de 2006 sur la reconnaissance des droits forestiers ont été traitées¹⁰¹. Toutefois, seuls 5,28 millions d'hectares de terres ont été reconnus comme propriété collective et, le 13 février 2019, la Cour suprême a ordonné l'expulsion d'environ un million de ménages déboutés de leur demande. Cette ordonnance a par la suite été suspendue. Au Chili, le peuple mapuche a demandé et obtenu 125 000 hectares de terres dans le cadre du Fonds des terres et eaux autochtones, mais toutes ces terres ont été acquises à la valeur du marché. Cependant, dans des cas où les Mapuche n'ont pas de titre de propriété juridiquement valable, leurs territoires traditionnels sont exclus¹⁰².

45. En Australie, depuis la décision rendue en 1992 par la Haute Cour dans l'affaire *Mabo and others v. Queensland*, la loi sur les titres fonciers autochtones régit la reconnaissance des droits fonciers autochtones. Il a été établi que les droits fonciers autochtones portent sur environ 38,2 % de la superficie terrestre de l'Australie¹⁰³. La loi sur les droits fonciers aborigènes de 1983 charge le conseil aborigène foncier de la Nouvelle-Galles du Sud de veiller au développement des droits fonciers pour les aborigènes dans cet État, en collaboration avec un réseau de conseils aborigènes fonciers locaux¹⁰⁴. L'Australie fait savoir qu'en ce qui concerne certains peuples aborigènes et peuples insulaires du détroit de Torres, l'accent tend désormais à porter, non plus sur le règlement des litiges, mais sur la question de savoir comment optimiser l'utilisation de leurs terres à des fins de développement social, culturel et économique¹⁰⁵. En 2016, le Président des États-Unis d'Amérique a fait de Bears Ears, un territoire couvrant 1,35 million d'acres (5 463 kilomètres carrés) « profondément sacrés » pour plusieurs tribus amérindiennes, un monument national. Une commission de cinq tribus a été mise en place pour conseiller les agences fédérales sur la gestion du territoire, un geste perçu comme une initiative novatrice en faveur de l'autodétermination et des droits culturels des peuples autochtones¹⁰⁶. Le sort du monument est maintenant incertain, puisque l'administration du Président actuel tente

⁹⁷ Amnesty International, « *The Forest is Our Heartbeat* » : *The Struggle to Defend Indigenous Land in Malaysia* (Londres, 2018).

⁹⁸ Communication du Mexique et A/HRC/39/17/Add.2.

⁹⁹ Communication de Asia Indigenous Peoples Pact.

¹⁰⁰ Voir www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/southafrica.pdf.

¹⁰¹ A/HRC/WG.6/27/IND/1, par. 104.

¹⁰² David Nathaniel Berger, éd., *The Indigenous World 2019* (Copenhague, Groupe de travail international pour les affaires autochtones, 2019), p. 151 et 152.

¹⁰³ Communication de l'Australie.

¹⁰⁴ Communication de New South Wales Aboriginal Land Council.

¹⁰⁵ Communication de l'Australie.

¹⁰⁶ Voir <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/28/proclamation-establishment-bears-ears-national-monument>.

d'en réduire la superficie de 85 %¹⁰⁷, sans tenir compte des objections des tribus, qui ont déposé plainte devant la justice¹⁰⁸.

C. Démarcation et délimitation des terres

46. Les États procèdent à la démarcation et à la délimitation des terres autochtones et établissent la propriété collective de certaines terres au moyen de mesures législatives et de plans. Le Costa Rica, par exemple, a mis en place le Plan national pour la restitution des territoires autochtones du Costa Rica (2016-2022)¹⁰⁹, tandis qu'au Guyana, des initiatives telles que le projet relatif aux titres fonciers des Amérindiens ont été lancées à l'issue de consultations au sujet d'une loi de 2006 qui garantit les droits fonciers des Amérindiens¹¹⁰.

47. Certains États d'Amérique du Sud, comme l'État plurinational de Bolivie, le Brésil, la Colombie, l'Équateur et le Pérou ont élaboré des mesures juridiques, administratives et politiques visant à assurer une protection spéciale pour les peuples autochtones en situation d'isolement volontaire et de premier contact, mais elles restent insuffisamment appliquées¹¹¹. Au Brésil, par exemple, la Constitution impose de procéder à la démarcation des terres traditionnellement occupées par des peuples autochtones, dans le respect de leurs traditions et de leurs modes d'organisation sociale (Constitution, art. 231). La vallée du Javari est un bel exemple de réussite : deuxième plus grande zone du Brésil à avoir fait l'objet d'une démarcation, elle s'étend sur plus de 8 544 448 hectares et abrite la plus forte concentration de peuples isolés du monde¹¹². Cependant, malgré des exemples encourageants en Amérique du Sud, des retours en arrière préoccupants sont actuellement observés, en particulier au Brésil, et menacent sérieusement la survie même des peuples autochtones en situation d'isolement volontaire et de premier contact¹¹³.

48. La Commission des droits fonciers mayas dans le district de Toledo (Belize) a montré une voie prometteuse en élaborant, en coopération avec des représentants du peuple maya, une politique relative au régime foncier coutumier, un cadre de consultation, une stratégie de sensibilisation du public visant à empêcher les incursions illégales en territoire maya et les prises de possession illicites de terres mayas, une stratégie de démarcation et d'autodélimitation et un cadre de règlement des litiges¹¹⁴. En République-Unie de Tanzanie, les pasteurs peuvent se voir attribuer un certificat foncier après avoir formé un « village », seule entité autonome légalement reconnue en matière foncière. Cependant, les chasseurs-cueilleurs, qui étaient jusqu'à récemment en minorité numérique partout où ils vivaient, n'atteignaient pas le nombre de personnes exigé par la loi pour former un village. En novembre 2011 cependant, pour la toute première fois, les Hadzabe, peuple de chasseurs-cueilleurs, ont reçu un certificat foncier collectif, équivalent du certificat foncier de village, du fait de leur mode de vie unique et de leur statut de minorité¹¹⁵. Aux Philippines, depuis 2001, et grâce au soutien d'organisations non-gouvernementales, 10 titres fonciers au moins ont été accordés et près de 250 000 hectares de terres traditionnelles ont été répertoriées et inspectées ; en 2015, 145 communautés autochtones utilisaient la modélisation participative à trois dimensions pour délimiter leurs territoires¹¹⁶.

49. Les procédures de démarcation présentent nombre de difficultés. Elles sont invariablement lentes : en République bolivarienne du Venezuela, alors que le processus concernait quelque 101 000 personnes regroupées en 683 communautés établies sur plus de 3,2 millions d'hectares, en 2016, seuls 12,4 % des terres autochtones avaient fait l'objet

¹⁰⁷ Voir <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-modifying-bears-ears-national-monument/>.

¹⁰⁸ Native American Rights Fund, voir <http://www.narf.org/cases/bears-ears/>.

¹⁰⁹ A/HRC/WG.6/33/CRI/1, par. 37

¹¹⁰ www.guyanareddfund.org/images/stories/Signed%20ALT%20Project%20Document.pdf.

¹¹¹ Deuxième communication du Coordonnateur des organisations autochtones du bassin de l'Amazone.

¹¹² Communication de Beto Marubo.

¹¹³ Deuxième communication du Coordonnateur des organisations autochtones du bassin de l'Amazone.

¹¹⁴ A/HRC/WG.6/31/BLZ/1, par. 98 et 100 à 102.

¹¹⁵ Communication d'Elifuraha Laltaika.

¹¹⁶ Communication de Asia Indigenous Peoples Pact.

d'une démarcation. Dans l'État plurinational de Bolivie, la demande présentée par les Tacana au titre de *Tierra Comunitaria de Origen*, conformément à la loi n° 1715, n'a, en vingt ans, pas abouti au regroupement de leurs territoires¹¹⁷. En Argentine, treize ans après l'adoption de la loi n° 26160, seuls 57 % des études prévues ont été lancées¹¹⁸. Au Cambodge, bien que 684 certificats de propriété aient été établis à l'intention de 24 peuples autochtones, le fait que ceux-ci doivent obtenir l'accord des populations voisines est une exigence fastidieuse et coûteuse qui crée des blocages¹¹⁹. Aux Philippines, malgré les lois et programmes visant à achever la délivrance des titres de propriété sur toutes les terres ancestrales des peuples autochtones, certains jugent la procédure d'octroi de ces droits inefficace, lente, laborieuse et coûteuse, et pointent les trop nombreuses conditions à remplir¹²⁰. En Indonésie, faute de mécanisme national, les peuples autochtones ont créé en 2011 l'organisme d'enregistrement des territoires autochtones, qui a enregistré 703 cartes représentant des territoires autochtones couvrant 8,3 millions d'hectares. Aucune réaction politique significative n'a toutefois suivi, de la part des ministères et organismes recevant ces cartes¹²¹. Plusieurs peuples autochtones aux États-Unis d'Amérique ont des compétences en matière d'octroi de droits fonciers ; ils s'acquittent de cette responsabilité à la place du Gouvernement fédéral, et avec davantage d'efficacité¹²².

50. Dans les différentes régions, les activités de démarcation se heurtent à d'autres difficultés, parmi lesquelles la non-reconnaissance des droits naturels des peuples autochtones sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources, l'existence de titres de propriété concurrents sur les mêmes terres, la méconnaissance de la procédure d'attribution des titres de propriété, l'occupation illégale des terres par de petits agriculteurs, des prescriptions légales complexes, le caractère limité des ressources financières et humaines, le coût élevé des études de terrain et les litiges. Au Honduras, si les démarcations réalisées dans la région de La Moskitia ont permis d'octroyer des titres de propriété collective, la présence continue d'éleveurs de bétail, de bûcherons et de trafiquants de drogues engendre des tensions et des conflits incessants qui mettent en péril les communautés autochtones¹²³.

D. Tribunaux chargés des litiges fonciers

51. Le Tribunal des terres non cultivées du Finnmark et la Commission du Finnmark ont été créés en Norvège dans le cadre de la loi de 2005 sur le Finnmark afin de faciliter la gestion des terres et des ressources naturelles au profit des habitants du Finnmark et pour soutenir la culture sâme¹²⁴. Si la loi sur le Finnmark a reconnu que les Sâmes avaient acquis, par leur utilisation de longue date des terres et des ressources, des droits collectifs et individuels dans le Finnmark, il a été reproché à cette loi de ne pas reconnaître le droit coutumier et des droits propres aux Sâmes¹²⁵.

52. Selon le précédent Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, le Tribunal de Waitangi en Nouvelle-Zélande constitue l'une des initiatives les plus importantes au monde visant à répondre aux revendications historiques et actuelles des peuples autochtones¹²⁶. Bien que les décisions rendues par ce tribunal ne soient pas contraignantes, entre autres faiblesses de cette juridiction, les tribunaux ordinaires

¹¹⁷ Communication de Red Eclesial Panamazónica.

¹¹⁸ Communication du Défenseur du peuple de la nation argentine.

¹¹⁹ A/HRC/WG.6/32/KHM/1, par. 57. Voir aussi *The Indigenous World 2019*, p. 252, et communication de la Fondation Asie Pacifique pour les femmes, le droit et le développement.

¹²⁰ A/HRC/WG.6/27/PHL/1, par. 83 à 86 ; communication de la Fondation Asie Pacifique pour les femmes, le droit et le développement ; communication de l'institution nationale des droits de l'homme des Philippines.

¹²¹ Communication de Asia Indigenous Peoples Pact.

¹²² Voir <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/Carpenter-Riley-71-Stan.-L.-Rev.-791.pdf>.

¹²³ A/HRC/33/42/Add.2 et A/HRC/39/17.

¹²⁴ Communication de la Norvège.

¹²⁵ A/HRC/WG.6/33/NOR/2 et A/HRC/33/42/Add.3.

¹²⁶ A/HRC/18/35/Add.4, par. 67.

y attachent une très grande importance et en prennent respectueusement acte¹²⁷. Aux États-Unis d'Amérique, l'héritage de la commission historique des revendications indiennes (Indian Claims Commission) est mitigé, en raison de sa décision de n'accorder que des compensations financières et non la restitution des terres elles-mêmes. Au Canada, le Tribunal des revendications particulières est le fruit d'une collaboration entre le Gouvernement et l'Assemblée des Premières Nations, et il devra se prononcer, par des jugements contraignants, sur les revendications historiques, dans le cadre de la politique sur les revendications particulières¹²⁸.

E. Détermination et application des titres de propriété par décision judiciaire, y compris des tribunaux nationaux

53. En l'absence de processus décisionnel efficace prévu à l'article 27 de la Déclaration, certains peuples autochtones portent leurs demandes de titre de propriété devant les tribunaux nationaux. En Indonésie, la Cour constitutionnelle a rendu trois arrêts historiques dans lesquels elle a reconnu aux peuples autochtones des droits collectifs sur leurs territoires¹²⁹. Au Botswana, en 2006, le projet de déclaration a été invoqué pour statuer en faveur des peuples basarwa (san) qui avaient été expulsés de leurs terres ancestrales¹³⁰. En Nouvelle-Zélande, dans l'affaire *Ngati Apa v. Attorney-General*, la Cour d'appel a décidé que la charge de la preuve de l'extinction du droit de propriété coutumier incombait à la Couronne, et que l'intention de supprimer ce droit devait ne faire aucun doute¹³¹.

54. En Suède, la Cour suprême a octroyé à une association sâme le droit exclusif d'administrer la chasse au petit gibier sur des terres appartenant à l'État¹³². En Norvège, la Cour suprême a jugé, conformément à la loi de 2007 sur l'élevage de rennes, que l'évaluation des droits de propriété devait tenir compte des traditions sâmes¹³³. En Finlande, des Sâmes accusés d'avoir enfreint la loi sur la pêche pour avoir pêché sans permis dans les mers bordant leurs territoires, ont été acquittés car le tribunal a établi qu'ils pêchaient conformément à leur droit coutumier. La décision judiciaire contient des références aux articles 8, 14, 20, 26, 34, 40 et 43 de la Déclaration. En janvier 2020, au Pérou, un tribunal a demandé à l'État d'établir une zone de protection strictement délimitée autour d'une région de l'Amazonie proche de la frontière avec le Brésil, afin de protéger les autochtones en situation d'isolement volontaire contre l'empiétement des compagnies pétrolières sur leurs terres¹³⁴.

55. Ces affaires et d'autres similaires soulèvent une multitude de difficultés, qui varient selon les États et le niveau de reconnaissance des peuples autochtones et de leurs droits fonciers. En République démocratique du Congo, bien que le Parlement examine depuis 2014 des projets de loi sur les droits des peuples autochtones, ces peuples sont considérés comme des communautés comme les autres, ce qui alimente les conflits au sujet des terres et d'autres ressources¹³⁵.

56. Dans certains États, les peuples autochtones peinent à accéder au système judiciaire et ils n'ont parfois pas le niveau d'organisation sociale et politique nécessaire pour porter

¹²⁷ Janine Hayward et Nicola Wheen, éd., *The Waitangi Tribunal : Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi* (Wellington, Bridget Williams Books, 2015).

¹²⁸ Communication du Canada.

¹²⁹ Communication de l'International Coalition for Papua.

¹³⁰ A/HRC/36/56.

¹³¹ www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2003/117.html.

¹³² Ulf Mörkenstam. « Organised hypocrisy ? The implementation of the international indigenous rights regime in Sweden », *International Journal of Human Rights* (juin 2019).

¹³³ Norvège, Cour suprême, décisions n° HR-2016-2030-A du 28 septembre 2016 et n° HR-2018-456-P du 9 mars 2018. Communication de la Norvège.

¹³⁴ Jugement n° -2019-1 JCM-CSJLO-JAVT de la Corte Superior de Justicia de Loreto, disponible à l'adresse <https://drive.google.com/file/d/1AVTl6jVrw3Mkx5T3BuNTMI5fvRJhgZ9J/view>.

¹³⁵ Communication de l'Institut de l'environnement et des ressources naturelles. Voir aussi CEDAW/C/COD/CO/8, CCPR/C/COD/CO/4 et www.iwgia.org/en/democratic-republic-of-congo/3500-iw2019-drc.

les affaires devant les tribunaux¹³⁶. Les procédures judiciaires sont souvent complexes, l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas toujours garantie et les juristes, y compris ceux qui représentent les peuples autochtones, ignorent souvent les droits fonciers de ces peuples. Outre que les juges autochtones sont peu nombreux¹³⁷, la charge de la preuve est souvent pesante¹³⁸ et des contradictions existent parfois entre les tribunaux fédéraux et les tribunaux des États. Même des décisions salutaires peuvent s'accompagner d'effets préjudiciables aux peuples autochtones. Au Brésil, par exemple, la reconnaissance des droits fonciers des peuples autochtones du territoire de Raposa Serra do Sol a donné lieu à des tentatives visant à limiter la capacité des avocats commis d'office de défendre le droit des peuples autochtones à la terre (voir l'avis n° 001/2017 du Procureur général fédéral, suspendu par un arrêt ultérieur de la Cour suprême, dans une affaire concernant la communauté autochtone Xokleng)¹³⁹.

57. Porter une affaire devant les tribunaux peut, en outre, s'avérer risqué pour les peuples autochtones et ceux qui les défendent. Nombreux sont ceux qui font l'objet de représailles, d'intimidations, de harcèlement et d'arrestations¹⁴⁰. Les procédures en justice pèsent sur les peuples autochtones du monde entier, tant émotionnellement que financièrement. Il est rare qu'une aide juridictionnelle leur soit fournie et les coûts sont souvent prohibitifs, comme l'a fait observer la Commission interaméricaine des droits de l'homme lors d'une procédure engagée contre le Canada¹⁴¹. De surcroît, même en cas de victoire en justice, le jugement n'est pas toujours mis à exécution, comme dans le cas des Ogieks au Kenya.

¹³⁶ Communication de l'International Coalition for Papua. Voir aussi A/HRC/42/37 et A/72/186, par. 57.

¹³⁷ Communication de l'Institut de l'environnement et des ressources naturelles.

¹³⁸ Guyana, Haute Cour, *Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another*, décision non publiée, datée du 30 avril 2009, dans Amy Strecker, « Indigenous land rights and Caribbean reparations discourse », *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, n° 3 (septembre 2017), p. 639.

¹³⁹ Voir <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/02/aco1100-decisao-parecer001.pdf> et <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11818>.

¹⁴⁰ A/HRC/39/62 et A/HRC/39/17.

¹⁴¹ Commission interaméricaine des droits de l'homme, rapport n° 105/09 sur la recevabilité de la requête 592-07 concernant le Groupe du traité hul'qumi'num, Canada (30 octobre 2009), par. 37.

Annexe

Avis n° 13 sur le droit à la terre des peuples autochtones

1. Les États devraient reconnaître les peuples autochtones en tant que tels. Ils devraient également reconnaître les droits de ces peuples sur leurs terres, territoires et ressources, conformément à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, et compte tenu de l'évolution de ces droits telle que la décrivent les organes chargés des droits de l'homme aux niveaux régional et international. En outre, les États ont l'obligation d'assurer la réalisation d'autres droits connexes, tels que le droit à la vie et le droit de vivre dans la dignité.
2. Les États devraient appliquer les avis formulés par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones dans d'autres études relatives aux droits fonciers, en particulier celle sur le consentement préalable, libre et éclairé et celles sur la participation des peuples autochtones à la prise de décisions¹. Ils devraient également appliquer les décisions rendues aux niveaux international, régional et national sur les droits des peuples autochtones.
3. Les États devraient consulter les peuples autochtones concernés pour veiller à ce que le type de régime foncier (propriété, usufruit ou variantes des deux) appliqué à leurs terres soit conforme aux besoins, modes de vie, coutumes, traditions et régimes fonciers qui sont les leurs, et garantir le respect dudit régime.
4. Les États devraient élaborer, en consultation avec les peuples autochtones, les mesures législatives et administratives nécessaires ainsi que des mécanismes adaptés et efficaces en vue de faciliter l'octroi et l'exercice des droits de propriété sur les terres, territoires et ressources autochtones ainsi que leur utilisation, y compris les terres sur lesquelles les peuples autochtones se sont établis dans le cadre d'une réinstallation. Dans ce cadre, les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones doivent être respectés, et leurs régimes fonciers doivent être reconnus comme sources de droits de propriété et de droits fonciers. Des dialogues inter-États peuvent être nécessaires dans ce contexte, lorsque des peuples autochtones vivent de part et d'autre de frontières nationales. Les États devraient abolir toutes les lois, y compris celles adoptées pendant les périodes de colonisation, qui visent à légitimer la spoliation des terres autochtones ou qui favorisent cette spoliation.
5. Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones ayant conservé la propriété des ressources de leurs terres et territoires aient le droit de les extraire et de les exploiter, dans des conditions aux moins égales à celles qui s'appliquent à d'autres propriétaires terriens qui ont le droit d'extraire et d'exploiter les ressources de leurs terres.
6. Les États devraient réformer leurs lois aux niveaux national, régional et local, en y intégrant les droits énoncés dans la Déclaration, de manière à reconnaître les coutumes, traditions et régimes fonciers propres aux peuples autochtones, notamment la propriété collective des terres, territoires et ressources.
7. Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones aient le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels avec les terres, territoires et ressources, y compris les eaux et les mers, qu'ils possèdent ou ne possèdent plus mais qu'ils ont autrefois possédées ou utilisées.
8. Les États devraient, si possible, recourir aux mécanismes traditionnels de règlement des différends, propres aux peuples autochtones, comme l'arbitrage, plutôt que de passer par les tribunaux.
9. Les États devraient faire en sorte que les peuples autochtones disposent d'un accès effectif aux procédures judiciaires pertinentes.

¹ A/HRC/15/35, A/HRC/18/42, A/HRC/21/55 et A/HRC/39/62.

10. Les États devraient veiller à ce que les femmes autochtones puissent, sur un pied d'égalité avec les hommes, posséder, utiliser et contrôler les terres, territoires et ressources autochtones, ce qui suppose notamment d'abroger les lois, politiques et règlements discriminatoires, de protéger les femmes contre la discrimination et la dépossession² et, si besoin, de leur fournir une aide dans la gestion de leurs terres.

11. Les États devraient mettre en place et appliquer, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits (Déclaration, art. 27).

12. Les États devraient veiller à ce que les peuples autochtones qui ont involontairement perdu la possession de leurs terres ou dont les terres ont été confisquées, saisies, occupées ou dégradées sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause aient droit à la restitution de leurs terres et, si la restitution est impossible, à une autre réparation appropriée, compte tenu du fait que l'indemnisation ne doit pas nécessairement être de nature financière mais devrait aussi se faire sous forme d'autres terres similaires (Déclaration, art. 28)³.

13. Les États devraient faire en sorte que les entreprises assument la responsabilité d'un nettoyage efficace et immédiat des terres, territoires et ressources pollués par leurs activités de développement, en collaboration et en coordination avec les populations autochtones touchées.

14. Dans tous les pays où elles exercent des activités, les entreprises multinationales doivent être conscientes de la présence de peuples indigènes et respecter leurs droits, en particulier leurs droits à la terre, conformément aux principes internationaux⁴.

15. Les États devraient prendre des mesures pour assurer la représentation des peuples autochtones dans tous les aspects de la vie publique, au-delà des instances uniquement chargées des questions relatives aux autochtones, et donc également au sein de l'exécutif, du parlement et du pouvoir judiciaire ainsi que dans les organismes régionaux et internationaux.

16. Les États devraient, d'urgence, prêter une attention particulière à la protection des droits fonciers des peuples autochtones en situation d'isolement volontaire et respecter le refus de contact. Des mesures supplémentaires de protection devraient également être appliquées, comme l'établissement de zones tampons, une restriction d'accès et une surveillance, et des plans de secours, y compris sanitaires, pour les cas de contact accidentel ou forcé⁵.

17. Les États devraient veiller à ce que quiconque dans l'État s'occupe de questions relatives aux autochtones, notamment les législateurs, les fonctionnaires, les membres des forces de l'ordre aux niveaux régional et local et les membres du système judiciaire, connaisse les droits des peuples autochtones.

18. Les États devraient prendre des mesures, dont celles recommandées par la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, afin de faire cesser les violences et les persécutions contre les défenseurs des terres autochtones et d'accorder des réparations pour les préjudices subis⁶.

² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 34 (2016) sur les droits des femmes rurales.

³ Voir aussi A/HRC/39/62.

⁴ Voir https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_fr.pdf.

⁵ Voir A/HRC/EMRIP/2009/6.

⁶ Voir A/HRC/39/17.

19. Les peuples autochtones devraient envisager de sensibiliser le public à leurs droits fonciers pour empêcher les incursions illégales en territoire autochtone et les appropriations illicites de leurs terres. Ils devraient en outre songer à collaborer avec les médias sur la question des droits fonciers autochtones et à leur dispenser des formations sur ce thème, en particulier s'ils sont engagés dans une action judiciaire stratégique. De telles mesures devraient recevoir le soutien des institutions de l'État.

20. Les peuples autochtones devraient réfléchir aux moyens d'accroître le soutien politique en faveur du respect de leurs droits fonciers.

21. Les peuples autochtones devraient renforcer leurs propres capacités en ce qui concerne les droits que leur confère la Déclaration et les moyens de les faire respecter aux niveaux national, régional et international, en mettant notamment à profit le programme de bourses du Haut-Commissariat aux droits de l'homme destinées aux autochtones et en sollicitant des subventions auprès du Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les peuples autochtones en vue de participer à des manifestations internationales sur les droits des peuples autochtones. Les États devraient également apporter un soutien afin d'assurer un accès durable à ces fonds et programmes.

22. Les États et les institutions financières internationales devraient continuer de coopérer et de promouvoir des investissements permettant la démarcation et la protection des terres autochtones⁷.

23. Les États et les peuples autochtones devraient envisager et appliquer des accords novateurs de gestion conjointe des terres, dans les cas où le transfert du titre de propriété n'est pas souhaitable ou pas possible.

⁷ Communication de l'Allemagne.