

# Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l’homme

---

Ghislain OTIS\*

INTRODUCTION .....	257
I. RAPPEL DES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES SUR LES TERRES ET LES RESSOURCES DANS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN .....	259
II. LES RÉPARATIONS DE TYPE RESTITUTOIRE.....	264
A. LA RESTITUTION DES TERRES DU DOMAINE PUBLIC .....	264
B. LA RESTITUTION DES TERRES DU DOMAINE PRIVÉ .....	266
C. LA RÉVISION DES CONCESSIONS DE DROITS D’EXTRACTION SUR LES TERRES PUBLIQUES .....	270
III. LES RÉPARATIONS DE TYPE COMPENSATOIRE.....	271
A. LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE .....	271
i) DOMMAGES MATÉRIELS.....	271
ii) DOMMAGES MORAUX.....	272
B. LA COMPENSATION NON PÉCUNIAIRE: LA SATISFACTION .....	273
IV. LA SUPERVISION CONTINUE DE L’EXÉCUTION DES RÉPARATIONS.....	274
CONCLUSION.....	275

---

\* Professeur, PhD, Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d’Ottawa, Ottawa, Ontario. Ce texte est une réédition, avec des adaptations mineures, de l’article OTIS, Ghislain, « Les réparations pour violation des droits des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l’homme ». *Recherches amérindiennes au Québec* 39(1) (2009). Nous remercions la revue *Recherches amérindiennes au Québec* d’avoir autorisé cette réédition.



## INTRODUCTION

Le régime des réparations pour atteinte illicite aux droits des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reste à ce jour peu développé. La Cour suprême du Canada n'a pas encore eu l'occasion de poser les principes qui seront applicables à cette question spécifique et, dans les quelques affaires où la question de la réparation pour violation de l'article 35 a été directement abordée en matière civile, les autres tribunaux ont eu tendance à privilégier une approche prudente.<sup>1</sup> Il faut aussi dire que les auteurs n'ont pas consacré aux réparations autant d'énergie et d'attention qu'à la question de la définition des droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones.<sup>2</sup>

La Cour suprême a tendance à reconnaître de plus en plus la pertinence, voire dans certains cas, la nécessité de prendre en considération les engagements du Canada en droit international relativement aux droits de l'homme pour l'application du droit constitutionnel canadien. Dans le contentieux se rapportant à la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple, il est d'ores et déjà établi qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »<sup>3</sup> et que « les engagements actuels du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une

---

<sup>1</sup> Voir par exemple la solution élaborée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Chippewas of Sarnia Band v. Canada*, [2001] 1 C.N.L.R. 56.

<sup>2</sup> On ne peut toutefois pas parler d'une absence complète d'intérêt. Voir par exemple Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Canada Law Book, 1994, chapitre 15.

<sup>3</sup> Voir, notamment, *Health Services and Support –Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, au para. 70.

source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* ». <sup>4</sup> Comme les droits des peuples autochtones reconnus et confirmés par la Constitution ne sont pas moins importants que les droits garantis par la *Charte*, il n'existe aucune raison d'établir un rapport différent entre l'interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les engagements internationaux du Canada en matière de droits de la personne, dont ceux découlant du système interaméricain.

Les tribunaux canadiens devront donc tirer les leçons de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (la « Cour ») en matière de réparation pour violation des droits des peuples autochtones sur les terres et les ressources naturelles. En effet, même si dans cette jurisprudence la Cour de San José applique les dispositions de la *Convention américaine des droits de l'homme* (la « Convention ») à laquelle le Canada n'est pas encore partie, on ne saurait escamoter le fait que le Canada est, en tant que signataire de la Charte de l'Organisation des États américains (la « Charte de l'OEA »), néanmoins lié par la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* <sup>5</sup> (la « Déclaration »), dont les dispositions sont souvent identiques à celles de la Convention et reçoivent de la Commission interaméricaine des droits de l'homme une interprétation étroitement alignée sur celle de la *Convention américaine* en matière de droits des peuples autochtones. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a d'ailleurs été saisie de plaintes émanant de peuples autochtones à l'encontre des États-Unis et du Canada qui sont partie à la Charte de l'OEA sans avoir ratifié la Convention. La Commission a, dans une affaire bien connue des internationalistes, statué que les États-Unis avaient violé les droits fonciers du peuple Shoshone. <sup>6</sup> S'agissant de la plainte visant le Canada, elle concerne notamment une demande de restitution de terres ancestrales passées aux mains de particuliers. La

---

<sup>4</sup> *Ibid.* au para. 78. Voir aussi l'importante affaire *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paras. 53–56.

<sup>5</sup> Doc. OEA/Ser.L/V/1.4/, rev. (1965). La Cour interaméricaine a en effet indiqué que la Déclaration est une source d'obligations internationales car elle sert à définir le contenu des droits de l'Homme que les États membres se sont formellement engagés à respecter aux termes de la Charte de l'OEA. Voir *Interprétation de la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme en vertu de l'article 64 de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme* (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 10.

<sup>6</sup> *Mary and Carrie Dann v. United States* (2002), Case No. 11.140, Inter-Am. Comm. H.Report. No. 75/2, (27 décembre 2002).

Commission a accepté de se saisir de l'affaire qu'elle tranchera au fond dans les mois prochains<sup>7</sup>

C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour interaméricaine est pertinente pour déterminer la portée des obligations internationales du Canada, en tant que membre de l'OEA, à l'égard des peuples autochtones. Or, ces obligations internationales aident à faire la lumière sur les obligations constitutionnelles des autorités canadiennes en matière de réparation des violations des droits des peuples autochtones.

Cette brève étude vise donc à analyser la jurisprudence récente de la Cour interaméricaine sur la question des réparations octroyées aux peuples autochtones et à dégager quelques enseignements généraux que les magistrats canadiens sont susceptibles d'en tirer.<sup>8</sup>

## **I. RAPPEL DES FONDEMENTS DE LA PROTECTION DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES SUR LES TERRES ET LES RESSOURCES DANS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN**

La Convention et la Déclaration américaines ne contiennent aucune disposition reconnaissant ou confirmant explicitement les droits ancestraux des peuples autochtones. On y cherchera donc en vain un équivalent de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela n'a toutefois pas empêché la Commission et la Cour interaméricaines d'interpréter les articles généraux relatifs aux droits et libertés de la personne de manière à protéger les droits collectifs historiques des peuples autochtones et des peuples tribaux. C'est ainsi que, par le biais d'une approche respectueuse des traditions juridiques autochtones, les organes de contrôle du système interaméricain ont puisé dans la protection générale du droit de propriété, que l'on retrouve à l'article 21

---

<sup>7</sup> *Hul'qumi'num Treaty Group c. Canada*, Inter-Am. C. H.R. Report no. 592/07, décision d'admissibilité du 30 octobre 2009.

<sup>8</sup> Pour des comptes-rendus récents de la jurisprudence de la Cour en matière de réparation, voir Gabriella Citroni et Karla I. Quintana Osuna, « Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights », dans Federico Lenzeri, dir., *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p. 317; Ludovic Hennebel, *La convention américaine des droits de l'homme : Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007 aux pp. 275–312.

de la Convention<sup>9</sup> et à l'article XXIII de la Déclaration,<sup>10</sup> le fondement d'une garantie des droits historiques des peuples autochtones sur leurs terres traditionnelles.<sup>11</sup>

En effet, dans l'arrêt de principe *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*,<sup>12</sup> la Cour a dégagé de la Convention le fondement d'une protection internationale des droits fonciers ancestraux des autochtones. Dans cette affaire, la revendication autochtone s'appuyait sur l'article 21 de la Convention. Les demandeurs contestaient la concession par l'État de droits de coupe forestière à une société multinationale sur des terres revendiquées par la communauté d'Awas Tingni en vertu de son occupation collective traditionnelle des terres et de ses modes coutumiers d'exploitation des ressources du territoire (occupation résidentielle, agriculture familiale, communautaire, chasse, pêche, cueillette, etc.). La collectivité indigène ne détenait aucun titre foncier concédé conformément à la législation foncière de l'État, de sorte que les terres revendiquées n'étaient bien sûr pas immatriculées selon le régime étatique de publicité foncière. La collectivité réclamait en outre de nombreuses réparations, dont la reconnaissance de ses droits ancestraux communautaires sur le territoire, l'arrêt des travaux forestiers, la négociation d'un accord avec le gouvernement relativement à l'exploitation de la forêt, la délimitation de ses terres traditionnelles et la validation officielle de son titre foncier sur ces terres.

La Cour interaméricaine a fait droit à la revendication des demandeurs en statuant que les termes d'un instrument international de protection des droits de l'Homme doivent recevoir une interprétation et une application autonomes par rapport aux concepts et catégories du droit interne. Ils doivent également faire l'objet d'une interprétation dynamique pour leur permettre de s'adapter à l'évolution des contextes et

---

<sup>9</sup> Le premier alinéa de l'article 21 stipule que : « Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social ». Voir *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, 1144 U.N.T.S. 123, O.A.S. Treaty Series N. 36 (« Convention »).

<sup>10</sup> Cette disposition se lit comme suit : Article XXIII. « Toute personne a droit à la propriété privée pour satisfaire aux nécessités essentielles d'une vie décente, qui contribue à maintenir sa dignité et celle de son foyer ».

<sup>11</sup> Pour une analyse de la dimension identitaire ou culturelle du droit de propriété dans le discours des juridictions et des organes de contrôle internationaux, voir Gaetano Pentassuglia, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law, A Comparative Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009 aux pp. 75–83.

<sup>12</sup> (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 79 (« *Awas Tingni* »).

des conditions dans lesquels se posent les problèmes de respect des droits de l'Homme.<sup>13</sup> Dès lors, la Cour affirme que « it is the opinion of this Court that article 21 of the Convention protects the right of property in a sense which includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property ». <sup>14</sup> La haute juridiction reconnaît de la sorte les régimes fonciers communautaires coutumiers desquels peuvent découler des droits individuels d'usage et de jouissance de la terre.

Selon la Cour, l'occupation et l'usage ancestraux du territoire conformément aux systèmes coutumiers fonde un titre originaire autonome qui n'est pas tributaire d'une concession formelle de l'État. Cette occupation constitue une forme particulière mais valide d'appropriation collective de la terre et des ressources, et ce titre coutumier, de même que les droits individuels qu'il engendre, doivent être considérés comme des droits de propriété au sens de la Convention et ce, même si le droit de l'État ne leur reconnaît pas ce statut.<sup>15</sup> Le non-respect par l'État des régimes fonciers coutumiers et de la maîtrise historique de la terre par les indigènes méconnaît le principe d'égalité posé par l'article 1(1) de la Convention, car il repose sur la notion que les droits découlant des régimes fonciers traditionnels autochtones ne sont pas dignes du même respect que la propriété occidentale de type individualiste. A cet égard, la Cour écrit dans un arrêt subséquent:

Likewise, this Court considers that indigenous communities might have a collective understanding of the concepts of property and possession, in the sense that ownership of the land "is not centered on an individual but rather on the group and its community." This notion of ownership and possession of land does not necessarily conform to the classic concept of property, but deserves equal protection under Article 21 of the American Convention. Disregard for specific versions of use and enjoyment of property, springing from the culture, uses, customs, and beliefs of each people, would be tantamount to holding that there is only one way of using and disposing of property, which, in turn, would render

---

<sup>13</sup> *Ibid.* au para. 146.

<sup>14</sup> *Ibid.* au para. 148.

<sup>15</sup> *Ibid.* au para. 151.

protection under Article 21 of the Convention illusory for millions of persons.<sup>16</sup>

Cette jurisprudence n'a pas fléchi et les autochtones, de même que les peuples tribaux, ont depuis l'arrêt *Awás Tingni* eu gain de cause dans plusieurs affaires retentissantes.<sup>17</sup> En consacrant de manière audacieuse la protection internationale des droits collectifs historiques des peuples autochtones qui ont été si longtemps et systématiquement méconnus dans plusieurs États membres de l'OEA, la haute juridiction de San José posait inéluctablement le problème des réparations qu'il convient d'octroyer pour remédier à une violation des droits ancestraux. Il existe une règle fondamentale du droit international coutumier selon laquelle la violation par un État de ses engagements internationaux emporte l'obligation de réparation adéquate.<sup>18</sup> Cette obligation exige la prise de mesures appropriées afin de remettre la situation dans l'état antérieur à la violation des droits de la victime.<sup>19</sup> En cas de privation du droit de propriété, la *restitutio in integrum* oblige l'État à restituer le bien, ou lorsque cette mesure est soit impossible ou inappropriée, à assurer une restitution par équivalence ou une compensation.

Pour sa part, la Convention comporte une disposition spécifique prescrivant la réparation de toute atteinte par les États. Le premier alinéa de l'article 63 de la Convention énonce ce qui suit:

Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (2006), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°146 (« *Sawhoyamaya* ») au para. 120.

<sup>17</sup> *Case of the Saramaka People v. Suriname* (2008), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°185 (« *Saramaka* »). ; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°125 (« *Yakye Axa* »); *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n°124 (« *Moiwana* »).

<sup>18</sup> *Affaire relative à l'usine de Chorzów* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n°8.

<sup>19</sup> *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2004] C.I.J. rec. 12.

<sup>20</sup> Convention, *supra* note 8.

Cette disposition accorde donc à la victime deux types distincts de garanties en matière de redressement : d'abord, le droit à la cessation de l'atteinte et à la jouissance effective de ses droits pour l'avenir, donc des redressements de type *restitutoire*; ensuite, le droit à la compensation –pécuniaire ou non– des conséquences préjudiciables résultant de l'atteinte. La Cour interaméricaine estime que l'article 63 fait de la *restitutio in integrum* le principe directeur en matière de réparation de sorte que les victimes devraient, dans la mesure du possible, se voir restituer la jouissance effective de leurs droits pour l'avenir, tout en étant indemnisées pour le préjudice subi en conséquence de la méconnaissance de leurs droits protégés par la Convention:

Reparation of the damage caused by infringement of an international obligation requires, whenever possible, full restitution (*restitutio in integrum*), which consists of reestablishing the situation prior to the violation. If this is not possible, the international tribunal must order a number of measures that, in addition to ensuring respect for the rights abridged, redress the consequences caused by the infringements and order payment of compensation for the damage caused. The obligation to provide reparations, which is regulated in all aspects (scope, nature, modes, and establishment of the beneficiaries) by International Law, cannot be modified by the State that is under this obligation, nor can it avoid complying with it, by invoking domestic legal provisions.

Reparations, as the term suggests, consist of measures that tend to make the effects of the violations committed disappear. Their nature and their amount depend on the damage caused, both at the pecuniary and the non-pecuniary levels. Reparations should involve neither enrichment nor impoverishment of the victim or his successors.<sup>21</sup>

La Cour a par ailleurs refusé de s'autoriser de l'article 63 de la Convention pour accorder aux victimes des réparations purement punitives ou dissuasives.<sup>22</sup> C'est donc à partir des deux grandes catégories de redressement prévues à l'article 63 –soit la restitution et la

---

<sup>21</sup> *Yakye Axa*, *supra* note 16 aux paras. 181–182.

<sup>22</sup> *Velasquez Rodriguez v. Honduras* (1989), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 7, aux paras. 37–38.

compensation— que les solutions apportées par la Cour en matière de réparations seront ici étudiées.

## II. LES RÉPARATIONS DE TYPE RESTITUTOIRE

Sera restitutive toute réparation qui a pour objet et pour effet de mettre un terme à la violation des droits et d'assurer pour l'avenir aux victimes la pleine jouissance de ces droits. La haute cour de San José part du postulat qu'aux termes de l'article 63, les droits fonciers des autochtones doivent leur être restitués à moins que ces derniers n'aient volontairement et sciemment abandonné leurs terres traditionnelles, et ce, même s'ils ont depuis longtemps perdu la possession physique de ces terres.<sup>23</sup> L'analyse de la jurisprudence de la Cour interaméricaine permet de distinguer entre deux cas de figure. Il y a d'abord le cas où la réparation vise des terres du domaine public et encore celui où elle concerne des terres du domaine privé. Ces deux situations mettent en cause des enjeux différents puisque leur impact potentiel aux plans juridique, social, économique, et même politique, n'est pas le même.

### A. LA RESTITUTION DES TERRES DU DOMAINE PUBLIC

Il s'agit du cas où les terres traditionnelles des demandeurs n'ont pas été concédées en pleine propriété à des particuliers et sont donc restées dans le domaine foncier de l'État. Comme il n'y a pas alors de collision entre les droits collectifs des autochtones et les droits de

---

<sup>23</sup> Cet extrait du jugement dans l'affaire *Sawhoyamaya*, *supra* note 15 au para. 128, résume bien la position de la Cour : “The following conclusions are drawn from the foregoing: 1) traditional possession of their lands by indigenous people has equivalent effects to those of a state-granted full property title; 2) traditional possession entitles indigenous people to demand official recognition and registration of property title; 3) the members of indigenous peoples who have unwillingly left their traditional lands, or lost possession thereof, maintain property rights thereto, even though they lack legal title, unless the lands have been lawfully transferred to third parties in good faith; and 4) the members of indigenous peoples who have unwillingly lost possession of their lands, when those lands have been lawfully transferred to innocent third parties, are entitled to restitution thereof or to obtain other lands of equal extension and quality. Consequently, possession is not a requisite conditioning the existence of indigenous land restitution rights. The instant case is categorized under this last conclusion.”

propriété des tiers de bonne foi, l'impératif de restitution en nature s'imposera avec plus de force. Lorsque les autochtones occupent et utilisent toujours physiquement les terres, comme c'était le cas dans l'affaire *Awás Tingni*, la restitution sera simplement juridique puisqu'elle ne visera qu'à sécuriser formellement les droits et le titre autochtones sur les terres. Elle assure la cessation de l'atteinte à la Convention que constituait la négation ou la non-reconnaissance du titre autochtone. Si toutefois les autochtones ont été empêchés d'occuper et d'utiliser leurs terres traditionnelles, comme ce fut le cas dans l'affaire *Suriname c. Moiwana Village*, la restitution sera alors à la fois juridique et physique car, en plus de garantir juridiquement les droits autochtones pour l'avenir, elle consistera à ordonner à l'État de rendre physiquement aux autochtones les terres qu'ils n'occupaient et n'utilisaient plus parce qu'ils en avaient été dépossédés de manière illicite.

La restitution simplement juridique se manifeste dans la jurisprudence de la Cour par diverses ordonnances dont le but est de faire inscrire formellement les droits fonciers autochtones dans l'ordre juridique étatique, de manière à en assurer la garantie par les institutions publiques. Il s'agit plus précisément d'ordonner aux autorités de l'État de procéder à la délimitation des terres autochtones d'un commun accord avec la communauté intéressée, de confirmer le titre autochtone et de le porter aux registres officiels afin de le rendre public et opposable à tous. La première ordonnance de ce type a été prononcée contre le Nicaragua dans l'affaire *Awás Tingni*, où la Cour ordonne que :

[T]he State must adopt the legislative, administrative, and any other measures required to create an effective mechanism for delimitation, demarcation, and titling of the property of indigenous communities, in accordance with their customary law, values, customs and mores. Furthermore, as a consequence of the aforementioned violations of rights protected by the Convention in the instant case, the Court rules that the State must carry out the delimitation, demarcation, and titling of the corresponding lands of the members of the Awás Tingni Community, within a maximum term of 15 months, with full participation by the Community and taking into account its customary law, values, customs and mores.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> *Awás Tingni*, *supra* note 11 au para. 164.

La Cour a par la suite recouru systématiquement à ce type de réparation, accordant parfois à l'État un délai de trois ans pour s'exécuter.<sup>25</sup> Une mesure conservatoire est greffée à l'ordonnance de délimitation afin d'enjoindre aux autorités de s'abstenir de toute action susceptible de nuire aux activités des autochtones sur les terres visées.<sup>26</sup>

La restitution à la fois juridique et physique sera ordonnée lorsque les autochtones ont été expulsés ou autrement amenés contre leur gré à se séparer de leurs terres. En plus d'être contraint à délimiter et à immatriculer les terres autochtones, l'État devra alors, comme dans l'affaire *Moiwana Village*, redonner à la communauté l'accès physique complet et paisible aux terres.

## **B. LA RESTITUTION DES TERRES DU DOMAINE PRIVÉ**

Le problème de la restitution revêtira une toute autre dimension lorsque les terres grevées d'un titre ancestral autochtone auront passé entre les mains de particuliers à la faveur de concessions étatiques. La demande de restitution provoque alors un conflit de droits à l'égard des terres en litige, conflit qui doit être résolu par les magistrats en tenant compte à la fois des impératifs de justice pour les peuples autochtones et d'équité pour les tiers de bonne foi.

La Cour s'est trouvée confrontée à ce scénario de droits antagonistes dans les affaires *Yakye Axa* et *Sawhoyamaya*, alors qu'elle concluait à l'existence de droits ancestraux au profit de communautés autochtones sur des terres acquises de bonne foi par des particuliers depuis des générations, et qui faisaient par ailleurs l'objet d'une exploitation productive. La haute juridiction a alors été amenée à définir les règles gouvernant le processus d'arbitrage des droits en présence d'une demande autochtone de restitution juridique et physique des terres ancestrales. Le cadre normatif général est fixé par la Cour dans l'affaire *Yakye Axa* dans les termes suivants :

<sup>25</sup> Voir les arrêts *Sawhoyamaya*, *supra* note 15; *Yakye Axa*, *Moiwana*, *Saramaka*, *supra* note 16.

<sup>26</sup> Voir par exemple *Awes Tingni*, *supra* note 11 au para. 164: "Until the delimitation, demarcation, and titling of the lands of the members of the Community have been carried out, Nicaragua must abstain from acts which might lead the agents of the State itself, or third parties acting with its acquiescence or its tolerance, to affect the existence, value, use or enjoyment of the property located in the geographic area where the members of the Awes Tingni Community live and carry out their activities."

Now, when indigenous communal property and individual private property are in real or apparent contradiction, the American Convention itself and the jurisprudence of the Court provide guidelines to establish admissible restrictions to the enjoyment and exercise of those rights, that is: a) they must be established by law; b) they must be necessary; c) they must be proportional, and d) their purpose must be to attain a legitimate goal in a democratic society.<sup>27</sup>

Tout en convenant que les droits fonciers de tous –y compris ceux des particuliers ayant acquis des terres autochtones– sont protégés par la Convention, la Cour estime néanmoins que l'importance singulière de la terre pour la culture, l'économie et la spiritualité autochtones doit recevoir une attention particulière et, qu'en conséquence, il peut être justifié dans une société démocratique de limiter les droits des particuliers pour assurer la restitution aux autochtones de leur patrimoine collectif ancestral. Toutefois, une telle restitution ne sera pas toujours exigée puisque la Cour admet que l'État pourrait, en certaines circonstances, avoir des motifs impérieux de la refuser:

[R]estriction of the right of private individuals to private property might be necessary to attain the collective objective of preserving cultural identities in a democratic and pluralist society, in the sense given to this by the American Convention; and it could be proportional, if fair compensation is paid to those affected pursuant to Article 21(2) of the Convention.

This does not mean that every time there is a conflict between the territorial interests of private individuals or of the State and those of the members of the indigenous communities, the latter must prevail over the former. When States are unable, for concrete and justified reasons, to adopt measures to return the traditional territory and communal resources to indigenous populations, the compensation granted must be guided primarily by the meaning of the land for them.

[S]election and delivery of alternative lands, payment of fair compensation, or both, are not subject to purely discretionary criteria of the State, but rather, pursuant to a comprehensive interpretation of ILO Convention No. 169 and of the American Convention, there must be a consensus with the peoples involved,

---

<sup>27</sup> *Supra* note 16 au para. 144.

in accordance with their own mechanism of consultation, values, customs and customary law.<sup>28</sup>

Dès lors, le droit à la restitution de terres qui se trouveraient entre les mains de tiers n'est pas absolu. S'il y a des motifs objectifs et impérieux dans une société libre et démocratique de ne pas troubler les droits acquis par les tiers de bonne foi, et si la mesure est proportionnée eu égard à l'importance des droits autochtones,<sup>29</sup> l'État pourra plutôt concéder aux autochtones des terres de remplacement sélectionnées en accord avec ces derniers. La Cour affirme toutefois sans ambages que le simple fait que les terres autochtones aient été de longue date concédées à des tiers et que les autochtones aient depuis longtemps été empêchés d'occuper ou d'utiliser leurs terres traditionnelles, n'est pas en soi un motif objectif et suffisant pour faire obstacle à la restitution des terres originellement occupées par les demandeurs :

[T]he Court considers that the fact that the claimed lands are privately held by third parties is not in itself an “objective and reasoned” ground for dismissing *prima facie* the claims by the Indigenous people. Otherwise, restitution rights become meaningless and would not entail an actual possibility of recovering traditional lands, as it would be exclusively limited to an expectation on the will of the current holders, forcing indigenous communities to accept alternative lands or economic compensations. In this respect, the Court has pointed out that, when there be conflicting interests in indigenous claims, it must assess in each case the legality, necessity, proportionality and fulfillment of a lawful purpose in a democratic society (public purposes and public benefit), to impose restrictions on the right to property, on the one hand, or the right to traditional lands, on the other.<sup>30</sup>

L'État doit toujours apprécier les circonstances et tenir compte de la très grande importance culturelle, spirituelle et économique des terres pour les autochtones. Bien que la Cour ne précise pas les circonstances où le refus de redonner aux autochtones leurs terres ancestrales sera objectivement justifiable dans une société démocratique, il apparaît que les facteurs suivants seront pertinents:

---

<sup>28</sup> *Yakye Axa*, *supra* note 16 aux paras. 148–149 et 151.

<sup>29</sup> Voir aussi *Sawhoyamaya*, *supra* note 15 au para. 135.

<sup>30</sup> *Ibid.* au para. 138.

- la possibilité pour l'État d'acquérir de gré à gré les terres des particuliers et le coût d'acquisition des terres;
- l'importance des terres en question pour les non-autochtones et pour le développement économique de la société en général;
- la faisabilité économique et politique d'une expropriation à grande échelle;
- le degré de dépendance effective des autochtones par rapport aux terres; et
- la nécessité de préserver l'équité et la paix intercommunautaire.

Dans l'affaire *Yakye Axa*, la Cour ordonne la délimitation des terres et la restitution de celles-ci ou, à défaut, une restitution par équivalence prenant la forme de l'octroi de terres de substitution. Audacieuse, la haute juridiction enjoint même à l'État de prendre des mesures financières pour assurer la restitution, soit par le rachat de gré à gré des terres ou l'acquisition de terres de remplacement:

For the aforementioned reasons, the State must identify said traditional territory and give it to the Yakye Axa Community free of cost, within a maximum period of three years from the date of notification of the instant Judgment. If the traditional territory is in private hands, the State must assess the legality, necessity and proportionality of expropriation or non-expropriation of said lands to attain a legitimate objective in a democratic society, as set forth in paragraphs 144 to 154 of this Judgment. For this, it must take into account the specificities of the Yakye Axa Indigenous Community, as well as its values, practices, customs and customary law. If for objective and well-founded reasons the claim to ancestral territory of the members of the Yakye Axa Community is not possible, the State must grant them alternative land, chosen by means of a consensus with the community, in accordance with its own manner of consultation and decision-making, practices and customs. In either case, the area of land must be sufficient to ensure preservation and development of the Community's own manner of life.

To comply with the requirement set forth in the previous paragraph, the State, if necessary, will establish a fund exclusively for the purchase of the land to be granted to the Yakye Axa

Community, within a maximum period of one year from the date of notification of the instant Judgment, and that fund will be used either to purchase the land from private owners or to pay fair compensation to them in case of expropriation, as appropriate.<sup>31</sup>

Une ordonnance très semblable a été rendue par la suite dans l'affaire *Sawhoyamaxa*.<sup>32</sup>

### C. LA RÉVISION DES CONCESSIONS DE DROITS D'EXTRACTION SUR LES TERRES PUBLIQUES

Dans l'affaire *Saramaka*, la Cour s'est pour la première fois penchée sur les conditions de validité, au regard de la Convention, de concessions par l'État de droits d'exploitation des ressources naturelles sur les terres publiques grevées d'un titre ancestral autochtone. Dans la mesure où ces concessions sont de nature à porter préjudice aux activités traditionnelles essentielles au mode de vie des autochtones, elles ne peuvent, selon la Cour, être accordées que si (1) les autochtones ont été préalablement consultés,<sup>33</sup> (2) l'impact des activités d'extraction sur les droits des autochtones a été minimisé et (3) les autochtones reçoivent une part équitable des retombées économiques de l'exploitation de leurs terres.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> *Supra* note 16 aux paras. 205–206.

<sup>32</sup> *Supra* note 15 aux paras. 210–212.

<sup>33</sup> Si, toutefois, les activités d'extraction des ressources menacent d'avoir un impact grave sur les ressources vitales pour la communauté, le consentement préalable, libre et éclairé sera requis. Voir *Saramaka*, *supra* note 16 au para. 137.

<sup>34</sup> “From all of the above considerations, the Court concludes the following: first, that the members of the Saramaka people have a right to use and enjoy the natural resources that lie on and within their traditionally owned territory that are necessary for their survival; second, that the State may restrict said right by granting concessions for the exploration and extraction of natural resources found on and within Saramaka territory only if the State ensures the effective participation and benefit of the Saramaka people, performs or supervises prior environmental and social impact assessments, and implements adequate safeguards and mechanisms in order to ensure that these activities do not significantly affect the traditional Saramaka lands and natural resources; and finally, that the concessions already issued by the State did not comply with these safeguards. Thus, the Court considers that the State has violated Article 21 of the Convention, in conjunction with Article 1 of such instrument, to the detriment of the members of the Saramaka people.” Voir *ibid.* au para. 158.

Si l'État n'a pas observé ces conditions, il viole les droits des autochtones et doit réviser les concessions selon un processus qui respecte les droits procéduraux et substantifs des autochtones.<sup>35</sup>

### **III. LES RÉPARATIONS DE TYPE COMPENSATOIRE**

La démarche compensatoire consiste non pas à rétablir la victime dans la jouissance effective des droits dont elle a été privée, mais plutôt à réparer le préjudice subi en raison de la violation des droits. Elle est, en d'autres termes, rétrospective plutôt que prospective. Bien qu'elle prenne le plus souvent une forme pécuniaire, la compensation ne se limite pas nécessairement au versement d'une somme d'argent. Elle peut revêtir une forme immatérielle ou symbolique. Dans le contexte précis des droits des peuples autochtones, la réconciliation et la guérison des blessures héritées de l'histoire passeront souvent par des voies où le symbolisme a toute sa place. Cela ressort d'ailleurs du travail de la Cour.

#### **A. LA RÉPARATION PÉCUNIAIRE**

L'octroi d'une compensation pécuniaire est une caractéristique constante des arrêts de la Cour portant sur les droits des peuples autochtones. La privation de l'accès ou de la jouissance des terres traditionnelles et de leurs ressources naturelles entraîne le plus souvent des conséquences économiques, culturelles et humaines importantes pour des communautés déjà paupérisées, voire à la limite de la survie physique dans certaines régions des Amériques. C'est pourquoi les ordonnances compensatoires émises par la Cour comportent l'octroi de dommages matériels et de dommages moraux. Deux techniques sont par ailleurs utilisées pour réparer le dommage moral : une condamnation pécuniaire et ce que la Cour appelle la « satisfaction ». Cette dernière sera octroyée par le biais de mesures diverses, de nature non pécuniaire.

##### **i) DOMMAGES MATÉRIELS**

Ces dommages comprennent le préjudice résultant de la dégradation du territoire et de la perte de ressources naturelles,<sup>36</sup> ainsi que

---

<sup>35</sup> *Ibid.* au para. 194.

<sup>36</sup> *Ibid.* au para. 199.

les dépenses encourues par les autochtones auprès des différentes instances administratives ou judiciaires pour faire reconnaître leurs droits tant au niveau national qu'au niveau international.<sup>37</sup> Les sommes octroyées à ce jour sont modestes.

## ii) DOMMAGES MORAUX

La Cour a déployé un effort constant pour adapter l'évaluation des dommages moraux à la singularité du rapport des communautés autochtones avec leurs terres traditionnelles. Elle estime que le préjudice moral découle à la fois de l'impact de la dépossession sur les conditions de vie, et donc sur la dignité des autochtones, mais aussi du tort découlant du déracinement culturel et spirituel occasionné par la dépossession foncière :

This Court notes that when it orders reparation for non-pecuniary damages, it must consider the fact that the right to communal property of the members of the Yakye Axa Community has not been made effective, as well as the grave living conditions to which they have been subjected as a consequence of the State's delay in making their territorial rights effective.

Likewise, the Court notes that the special significance of the land for indigenous peoples in general, and for the Yakye Axa Community in particular (*supra* para. 137 and 154), entails that any denial of the enjoyment or exercise of their territorial rights is detrimental to values that are very representative for the members of said peoples, who are at risk of losing or suffering irreparable damage to their cultural identity and life and to the cultural heritage to be passed on to future generations.<sup>38</sup>

La Cour parle aussi de la nécessité de compenser les autochtones pour le « dénigrement de leurs valeurs culturelles et spirituelles fondamentales ». <sup>39</sup> En outre, dans la détermination des modalités de la compensation pécuniaire du préjudice moral, les juges s'attachent

---

<sup>37</sup> Voir par exemple *Yakye Axa*, *supra* note 16 au para. 172 ; *Sawhoyamaya*, *supra* note 15 aux paras. 237–238 ; *Saramaka*, *supra* note 16 au para. 207.

<sup>38</sup> *Yakye Axa*, *supra* note 16 aux paras. 202–203. Voir aussi *Sawhoyamaya*, *supra* note 15 aux paras. 221–222.

<sup>39</sup> La Cour parle de « denigration of their basic cultural and spiritual values » dans *Saramaka*, *supra* note 16 au para. 202.

également à refléter le particularisme des droits autochtones, notamment leur caractère collectif. Ainsi, la Cour impose à l'État l'obligation de constituer un fonds spécial de développement au bénéfice de la communauté dont les droits ont été méconnus, la gestion dudit fonds étant confiée à un comité paritaire comprenant au moins un représentant autochtone, un représentant de l'État et un troisième membre choisi d'un commun accord par les parties. Dans l'affaire *Sawhoyamaxa*, par exemple, les hauts magistrats ordonnent au Paraguay d'investir l'équivalent de la somme d'un million de dollars américains dans la construction d'infrastructures communautaires et l'offre de services, notamment dans les domaines sanitaires et éducatifs.<sup>40</sup>

## B. LA COMPENSATION NON PÉCUNIAIRE: LA SATISFACTION

Selon la Cour, un jugement constatant et déclarant le caractère illicite des actions de l'État au regard de la Convention constitue en soit une compensation. Mais la compensation non pécuniaire ou la « satisfaction » va bien au-delà du jugement déclaratoire. Pour guérir les blessures, rétablir la dignité et proclamer le bon droit de la communauté autochtone aux yeux de tous, les magistrats ont conçu une gamme d'ordonnances ayant en commun d'amener le pouvoir étatique à dire et reconnaître non seulement sa responsabilité, mais sa volonté de dialogue et de réconciliation. Ces réparations consisteront le plus souvent en la tenue d'un évènement public et officiel de reconnaissance de responsabilité et la diffusion dans le journal officiel et dans les médias des extraits clé du jugement condamnant les autorités pour violation des droits des autochtones. Les réparations cérémonielles doivent être exécutées au sein de la communauté autochtone en présence de hautes autorités de l'État et avec la participation des autochtones. L'évènement doit se dérouler selon un protocole convenu avec la partie autochtone, respecter la culture ou des coutumes autochtones et comporter l'usage des langues autochtones. Le passage suivant de l'arrêt *Yakye Axa* illustre bien l'ordonnance de reconnaissance de responsabilité et d'excuses officielles :

As the Court has ordered in other cases, the Court deems it necessary, with the aim of redressing the damage caused to the victims, for the State to conduct a public act of acknowledgment

---

<sup>40</sup> *Supra* note 15 aux paras. 224–225. Voir aussi *Yakye Axa*, *supra* note 16 aux paras. 205–206; *Awas Tingni*, *supra* note 11 au para. 167; *Saramaka*, *supra* note 16 aux paras. 201–202.

of its responsibility, one that is previously agreed upon with the victims and their representatives, in connection with the violations found in this Judgment. This act must be conducted at the current seat of the Yakye Axa Community, at a public ceremony attended by high State authorities and the members of the Community living in other areas, and with participation by the leaders of the Community. The State must provide the means for said persons to attend the aforementioned act. The State must conduct said act both in the Enxet language and in Spanish or Guaraní, and make it known to the public by means of the media. At this act, the State must take into account the traditions and customs of the members of the Community. To do this, the State has one year's time from the date of notification of the instant Judgment.<sup>41</sup>

L'ordonnance de diffusion médiatique des extraits du jugement doit aussi être exécutée d'une manière qui tient compte de la situation particulière des peuples autochtones qui vivent souvent dans des villages pauvres et éloignés des grands centres. C'est pourquoi la Cour exige de l'État qu'il diffuse le jugement par des canaux facilement accessibles aux autochtones, dont les stations de radios locales comportant une programmation en langue autochtone.<sup>42</sup>

#### IV. LA SUPERVISION CONTINUE DE L'EXÉCUTION DES RÉPARATIONS

La Cour se reconnaît le pouvoir de superviser l'exécution de ses arrêts. Elle reste le plus souvent saisie de l'affaire dans laquelle elle a ordonné des mesures de redressement afin de pouvoir intervenir à nouveau pour assurer le respect des délais fixés par elle et remédier à une difficulté ou un défaut d'exécution de la part de l'État qui doit, dans un grand nombre de cas, soumettre aux magistrats un ou des rapports sur la bonne exécution de la réparation. La Cour réserve parfois aux parties la possibilité de s'adresser à elle en cours d'exécution de la réparation pour aider à résoudre une impasse.<sup>43</sup> Il est toutefois intéressant de noter que la Cour ne s'est pas à ce jour arrogé le pouvoir de trancher tout désaccord survenant entre l'État et les autochtones au sujet de l'exécution des

---

<sup>41</sup> *Supra* note 16 au para. 222. Voir également *Moiwana*, *supra* note 16 au para. 216.

<sup>42</sup> *Yakye Axa*, *supra* note 16 au para. 222; *Sawhoyamaxa*, *supra* note 15 au para. 236; *Saramaka*, *supra* note 16 au para. 196.

<sup>43</sup> *Sawhoyamaxa*, *supra* note 15 au para. 225.

ordonnances de délimitation des terres. En pratique, les États tardent à mettre en œuvre les décisions de la Cour.

## CONCLUSION

Les tribunaux canadiens ne peuvent pas tout simplement faire l'impasse sur les engagements du Canada en tant que membre de l'OEA tenu au respect de la Déclaration qui, à l'instar de la Convention, protège les droits des autochtones sur leurs terres traditionnelles. Il incombe donc à nos magistrats de tirer certaines leçons du système interaméricain de protection des droits de la personne en matière de réparation des violations des droits des peuples autochtones.

La première de ces leçons est celle de l'audace devant les défis considérables posés par la réparation des injustices historiques faites aux peuples autochtones des Amériques. La Cour ne bronche pas devant les arguments alarmistes des gouvernements relativement aux conséquences supposément apocalyptiques de certaines réparations. Les magistrats n'ont guère été impressionnés, par exemple, par la prétention du Paraguay selon laquelle la restitution des terres ancestrales du peuple Sawhoyamaya entrées dans le domaine privé procéderait d'une logique consistant à rendre la plus grande partie du territoire national à la minorité autochtone. La Cour n'hésite pas non plus à faire un suivi actif de l'exécution de ses ordonnances de réparation, quitte à exiger des États qu'ils lui soumettent des rapports quant au progrès réalisé dans la mise en place des redressements requis.

La deuxième leçon en est une de créativité et d'adaptation à la spécificité des enjeux de la réparation dans le contentieux relatif aux revendications foncières des peuples autochtones. La difficulté de redéfinir les bases juridiques de la relation entre l'État et les peuples autochtones est unique et appelle des redressements judiciaires singuliers qui sont respectueux de l'identité et de l'expérience historique irréductible des peuples autochtones, y compris de l'importance centrale de la terre et des ressources naturelles pour ces peuples.

La Cour montre aussi la voie à suivre dans l'articulation de l'impératif de réparation pour la violation des droits fondamentaux des autochtones et la nécessité pour les peuples de coexister dans la dignité et le respect mutuel. C'est ainsi que, bien que disposée à sortir des sentiers battus par des ordonnances restitutoires ou à connotation symbolique et rituelle de nature à rétablir la dignité des victimes, la Cour de San José n'a

pas perdu de vue le besoin de modération et de pragmatisme. Les hauts magistrats ont reconnu les limites à la capacité institutionnelle d'un tribunal d'opérer la répartition ultime des terres et des ressources naturelles au sein des sociétés postcoloniales. C'est ainsi que la Cour a refusé à ce jour de délimiter elle-même les terres ancestrales, estimant que cette démarche ressortit à la compétence exclusive des États et des peuples autochtones. On observe la même prudence dans l'arbitrage des droits fonciers autochtones et non autochtones dans le contentieux visant des terres du domaine privé. Les juges montrent qu'ils comprennent que l'impératif de justice est multivalent et comporte un volet distributif s'inscrivant dans un rapport de tension avec une conception absolutiste de la restitution qui, elle, serait entièrement centrée sur les intérêts et les droits de la victime. Conformément à l'idée fondamentale d'une certaine justice distributive, la Cour reconnaît qu'il convient d'éviter de réparer une injustice historique en créant une nouvelle injustice dans le temps présent.<sup>44</sup>

D'aucuns pourraient penser que les juges canadiens chargés d'appliquer l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'ont pas reçu du constituant un mandat de réparation aussi clair et décisif que celui qui est confié aux juges interaméricains par l'article 63 de la Convention. S'il est vrai que l'article 35, contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*, n'est assorti d'aucune disposition expresse en matière de réparation, les deux principes directeurs dégagés par la Cour suprême du Canada pour régir son application rejoignent d'emblée les orientations de la Cour interaméricaine. En effet, le premier principe directeur, celui de l'honneur de la Couronne, exige la juste réparation de tout manquement aux droits ancestraux des peuples autochtones car « [l']article 35 promet la reconnaissance de droits, et « [i]l faut toujours présumer que [la Couronne] entend respecter ses promesses » ». <sup>45</sup> Honorer la promesse de l'article 35 exigera des réparations restitutoires nécessaires pour faire cesser la violation des droits des autochtones et pour les rétablir dans la jouissance effective et paisible de leurs titres fonciers, mais aussi des réparations de type compensatoire –qui n'auront pas à être exclusivement pécuniaires– afin de remédier aux conséquences dommageables de l'atteinte. Par ailleurs, le second principe, celui de la réconciliation, commande que les droits et les intérêts légitimes des non-autochtones ne soient pas complètement escamotés dans le processus de réparation, et ce,

<sup>44</sup> Jeremy Waldron, « Redressing Historic Injustices » (2002) 52 U.T.L.J. 135.

<sup>45</sup> *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, au para. 20. [Nous soulignons.]

au nom du constat pragmatique de l'interdépendance et de la nécessaire coexistence des peuples. Dès lors, tout comme dans le régime interaméricain, le droit à la restitution ne saurait être absolu au regard de l'article 35 puisque les tribunaux devront tenir compte de ce qui est acceptable et proportionné dans une société libre et démocratique.

