

# COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

## AFFAIRE

*Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

*C.*

*République du Kenya*

Requête n° 006/2012

Arrêt du 23 juin 2022

(Réparations)

Opinion individuelle

du

Juge Blaise Tchikaya, Vice-Président



### Introduction

- I. La restitution des terres**
  - A. L'évaluation du préjudice matériel
  - B. La question de la restitution des terres ancestrales aux Ogiek
- II. Les autres formes de réparation**
  - A. La réparation du préjudice moral
  - B. Le statut de population autochtone, de leur culture et de leur langue
  - C. Le dialogue direct avec le Conseil des sages Ogiek
  - D. Les garanties de non-répétition
- III. Les aspects procéduraux liés à la mise en œuvre des réparations**
  - A. Les mécanismes et modalités de travail sur les réparations
  - B. Le Fonds de développement communautaire

### Conclusion

1. Je souscris entièrement à la décision sur les réparations que la Cour vient de rendre sur *l'Affaire des Ogiek*, ce 23 juin 2022, décision à laquelle j'ai associé

mon vote favorable. Mon adhésion est si intégrale, que dans la présente opinion individuelle, il me faut détailler sur certaines questions, les réponses que j'ai trouvées si justes dans la décision de la Cour.

\* \* \*

2. Après 10 ans, la Cour vient de clore<sup>1</sup> la plus longue affaire de ses seize premières années d'existence. Elle porte sur les droits fondamentaux d'une minorité : celle des Ogiek. Une des communautés de la forêt de Mau au Sud-Est du Kenya aux prises avec diverses mesures imputables à l'Etat-défendeur. La Cour, dans un arrêt sur les réparations rendu à l'unanimité, donc à laquelle mon adhésion fut totale, a reconnu les droits réclamés par la communauté Ogiek, à savoir :

- a) L'Etat défendeur a violé<sup>2</sup> le droit des Ogiek d'avoir un « statut de tribu distincte reconnue aux autres groupes similaires et, en conséquence, les avoir expulsés arbitrairement de la forêt de Mau (...) il leur a privé de leur développement communautaire »<sup>3</sup> ;
- b) Au § 127 de sa décision au fond de 2017, on trouvait déjà l'affirmation de la Cour selon laquelle « 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 »<sup>4</sup>. La possession, l'occupation, l'utilisation et d'exploitation des terres sont restituées aux Ogiek ;

---

<sup>1</sup> CAfDHP, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, 23 juin 2023

<sup>2</sup> La Cour a préalablement reconnu comme victime de violation au sens de la section V des *Principes et directives des Nations Unies* qui entendent par « victimes » : « [...] les personnes qui ont subi individuellement ou collectivement un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, par suite d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. », Assemblée générale, Résolution 40/34, 29 novembre 1985, § 8.

<sup>3</sup> CADHP, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, 26 mai 2017, § 146.

<sup>4</sup> On peut lire au § 128 qu' « en l'espèce, l'État défendeur ne conteste pas que la Communauté des Ogiek occupe des terres dans la forêt de Mau depuis les temps immémoriaux ».

- c) La décision sur les réparations de 2022<sup>5</sup>, en conséquence des violations confirme, en les diversifiant, les droits dûs aux Ogiek.
3. L'affaire commence, aux termes du dossier, le 14 novembre 2009, lorsque la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est saisie d'une Communication émanant du *Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE)* et du *Minority Rights Group International (MRGI)*, introduite au nom de la communauté Ogiek. Y était en cause un préavis d'expulsion émis par le Service des forêts du Kenya en octobre 2009, selon lequel les Ogiek et les autres personnes vivant dans la forêt de Mau devaient la quitter dans un délai de trente (30) jours. La Commission africaine avait pris différentes mesures provisoires (notamment 23 novembre 2009), dont la suspension du préavis d'expulsion, mesures restées sans suite.
4. C'est le 12 juillet 2012, que la Commission (devenue Requérante en application du Protocole)<sup>6</sup> a saisi cette Cour. Le traitement de l'affaire fut long et connu différentes étapes, comme de nombreux échanges d'actes de procédures. Ainsi, le 28 décembre 2012, la Requérante a demandé à la Cour d'ordonner d'autres mesures provisoires visant, notamment, la directive publiée le 9 novembre 2012 par le ministère des Domaines, relatives aux terrains de moins de cinq (5) acres dans la zone du complexe forestier de Mau. Comme lors de la phase au fond<sup>7</sup>, entre les années 2020 et 2021, la Cour a tenté dans la phase des réparations de tenir une audience publique qui n'a pu avoir lieu à cause de la pandémie de la Covid-19.
5. La question que la Cour africaine avait à trancher ne fut pas de toute simplicité. La décision de 2022 sur les réparations ne fut pas qu'un exercice de style. Elle répondait au moins à deux impératifs : a) traduire au mieux la décision sur le fond de 2017 par laquelle elle avait constaté des violations des droits des Ogiek

---

<sup>5</sup> CAfDHP, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, 23 juin 2022.

<sup>6</sup>L'article 5(1) (a) du Protocole qui attribue la Commission qualité pour saisir la Cour.

<sup>7</sup> Le règlement à l'amiable n'avait pas abouti, la Cour, par lettre du 7 mars 2016, informait les parties de la poursuite de la procédure judiciaire.

<sup>8</sup> ; b) déterminer le contenu précis des réparations à approuver. Outre la revendication sur la restitution des terres ancestrales, la Cour avait à se prononcer sur au moins cinq autres points relatifs aux réparations pour couvrir entièrement le contentieux.

6. La Cour a, sans ambages, reconnu aux Ogiek des droits qu'elle a estimé fondés aux termes de la Charte africaine, il revient à l'Etat-défendeur d'en faire la traduction concrète au sens où il l'a indiqué dans ses demandes :

« l'État défendeur s'est toujours engagé à mettre en œuvre l'arrêt de la Cour en mettant, notamment, sur pied un Groupe de travail interministériel chargé de superviser la mise en œuvre dudit arrêt »<sup>9</sup>.

7. Seront ainsi abordées, d'abord, les questions ayant trait à l'évaluation du préjudice matériel et la question spécifique de la restitution des terres ancestrales (I.), ensuite, les autres formes de réparations (II.) et, enfin, les procédures et modalités des réparations prononcées (III).

## **I. L'Affaire des Ogiek, le préjudice matériel et la restitution des terres**

8. La Cour s'est prononcée d'abord sur les réparations au titre du préjudice matériel subi par les Ogiek. Elle se gardera d'innover. *Ratione jure*, elle est restée encrée dans l'approche prévalant en matière de réparation en droit international.

### **A. L'évaluation du préjudice matériel**

9. Sur l'évaluation du préjudice matériel subi par les Ogiek, comme début du litige, la Cour suivra les règles régulièrement mises en œuvre. Dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale précisait que l'indemnisation remplace la restitution en nature, si celle-ci n'est pas

---

<sup>8</sup> Conformément à l'article 27 (1) du Protocole qui dit : « Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation ».

<sup>9</sup> Arrêt du 23 juin 2017, § 23.

possible. Le montant doit correspondre à la valeur de la restitution en nature, (...) la valeur qui aurait existé, si l'acte illégal n'avait pas été commis<sup>10</sup>. Au paragraphe 60 de l'arrêt, la Cour explique sa méthode marquée par des difficultés du fait de la nature de l'affaire :

« La Cour tient compte des circonstances de chaque affaire en se fondant sur la cohérence et la crédibilité des déclarations du Requérant à la lumière de l'intégralité de la requête »<sup>11</sup>.

10. En définitive, la Cour a choisi la voie de l'équité. Une somme sera versée en toute équité, de sorte que cela ne dépende pas du seul pouvoir discrétionnaire de la Cour. La Cour a, en effet, accordé une attention particulière : a) aux observations et aux pièces justificatives déposées par les Parties ; b) aux *amici curiae* ; c) aux experts indépendants, avant de prendre sa décision sur l'indemnisation; enfin, d) à la demande en réparation qui porte sur le droit de propriété et de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles<sup>12</sup>.

11. Afin de marquer le caractère collectif de la réparation, la Cour, précisait dans ses motivations qu' :

« il n'est pas approprié d'ordonner que chaque membre de la Communauté Ogiek soit indemnisé à titre individuel ou que cette indemnisation dépende d'une somme due à chaque membre de cette communauté. (...) compte-tenu, non seulement du caractère communautaire des violations, mais également des difficultés pratiques que pose l'octroi de d'indemnités individuelles à un groupe d'environ quarante mille (40 000) personnes ».

12. Cette situation a conduit la Cour à considérer, en toute équité, que l'État

---

<sup>10</sup> CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*, Série, 13 septembre 1928, p. 47.

<sup>11</sup> CAFDHP, *Anudo Ochieng Anudo c. République-Unie de Tanzanie*, Arrêt du 2 décembre 2021 (réparations), §§ 31 à 32.

<sup>12</sup> CAFDHP, *Op. cit.*, 23 juin 2022, § 67.

défendeur versera aux Ogiek, un montant de cinquante-sept millions huit cent cinquante mille (57 850 000) shillings kenyans, à titre de compensation pour le préjudice matériel subi.

## **B. La question de la restitution des terres ancestrales aux Ogiek**

13.. Fort de sa jurisprudence et conformément au droit applicable, la Cour formule des réparations à partir du paragraphe 36 de son arrêt. La Cour a toujours appliqué un principe fondamental, l'obligation de réparer toutes les violations constatées<sup>13</sup>. Dans l'affaire bien connue de 2013, *Révérénd Christopher Mtikila c. République-Unie de Tanzanie*<sup>14</sup>, la Cour avait exprimé son adhésion au principe du droit de la responsabilité internationale selon lequel l'obligation de réparer constituait :

« L'une des normes coutumières du droit international, qui veut que toute violation d'une obligation internationale ayant causé un préjudice doit être réparée ».

14. La position de la Cour peut être soutenue. Lorsqu'il y a confiscation en violation des droits de l'homme, le *restitutio in integrum* suppose, en principe, la restitution du bien. En cas d'expropriation illégale, comme il a été constaté en l'espèce :

---

13 CAfDHP, *Ayants-droit de feus Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo et Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso (réparations)*, 5 juin 2015, §§ 20 à 30 ; et *Lohe Issa Konaté c. Burkina Faso (réparations)* 3 juin 2016. Principe conforme au droit européen des droits de l'homme. La Cour européenne rappelle par l'article 53 de la Convention que les Etats « se sont engagées à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties; de plus, l'article 54 prévoit que l'arrêt de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. Il s'ensuit qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci », CEDH, *Affaire Papamichalopoulos et autres c. Grèce (Art. 50)*, 31 octobre 1995, Série A No. 330-B, § 34.

<sup>14</sup> CAfDHP, 14 juin 2013, 1 RJCA 74 §§ 27-29.

«la meilleure forme de réparation consisterait en principe dans la rétrocession du terrain par l'État »<sup>15</sup>.

15. L'un des moyens de défense de l'Etat-défendeur a consisté à faire valoir que les terres occupées par les Ogiek relèvent du « domaine de l'État »<sup>16</sup>. L'exercice par l'Etat de ses fonctions y compris l'organisation des possessions diverses n'entame pas son autorité sur son territoire. Ainsi, quelle qu'ait pu être la valeur de cet argument, la Cour considère, au paragraphe 111 de l'arrêt ce qui suit :

« il est important de conceptualiser et de comprendre les dimensions tout aussi particulières dans lesquelles leurs droits à la propriété sur la terre peuvent se manifester. Le titre de propriété sur les terres des peuples autochtones n'est donc pas nécessairement similaire à d'autres formes de titres de propriété attribués par l'État défendeur, tel que la possession d'un titre en pleine propriété »<sup>17</sup>

16. L'article 16 alinéa 4 de la Convention (n°169) relative aux peuples indigènes et tribaux de 1989 <sup>18</sup> qui porte sur le déplacement de peuples des terres qu'ils occupent prévoit que, si le retour n'est pas possible :

« Ces peuples doivent recevoir, dans toute la mesure possible, des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils

---

<sup>15</sup> CDI, *Malawi African Association et al. c. Mauritanie*, Communications 54/91 (27e session ordinaire, mai 2000).

<sup>16</sup> La jurisprudence et la doctrine s'accorde pour dire que le domaine de l'Etat ne peut être que sous le contrôle des règles de droit international. En particulier, comme en l'espèce il y a des violations constatées de certaines règles de droit de l'homme en faveur d'une communauté nationale. La Cour internationale faisait observer en 1960 que le droit de passage dont se prévalait le Portugal à l'encontre de l'Inde était une question de droit international qui ne pouvait être résolue qu'en se plaçant sur le terrain du droit international (...). La question ne relevait donc pas de la juridiction exclusive de l'Inde, puisqu'elle faisait appel à des règles de droit international, même si leur interprétation était contestée. v. CIJ, *Affaire du droit de passage sur le territoire indien*, 12 avril 1960, *Recueil* 1960, p. 6.

<sup>17</sup>Erueti (E.), La démarcation des terres traditionnelles des peuples autochtones : Comparaison des principes de démarcation nationaux avec les principes de droit international en développement, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2006, 23, 543 p.

<sup>18</sup> La Convention 169 de l'Organisation internationale du travail ou Convention relative aux peuples indigènes et tribaux s'applique avec la Convention 107 « relative aux populations autochtones et tribales ».

occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèce ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées ».

17. Dans l'affaire du *Massacre de Caloto*<sup>19</sup>, des membres d'une communauté indigène ont été massacrés avec la complicité de la police. Était en cause, outre les diverses réparations, l'exécution intégrale des accords concernant l'attribution des terres par des procédures convenues et dans un délai raisonnable, en collaboration avec les communautés indigènes. Cette question du foncier en lien avec le caractère communautaire du litige avait longtemps retenue l'attention dans ce litige. Elle était au centre des réparations.

18. Ce lien, toujours présent avec le foncier, organise tout le raisonnement dans les réparations<sup>20</sup> qui seront octroyées par la Cour africaine. Il sera nécessaire de s'imprégner de la nature du sujet, en l'occurrence communautaire et autochtone, victime des violations, de plus, une minorité nationale<sup>21</sup>. La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>22</sup> énonce d'emblée que :

« les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels » (Préambule),

19. Et à l'article premier, on peut lire :

---

<sup>19</sup> Rapport No. 36/00, Affaire 11.101, *Massacre de Caloto c. Colombie*, 13 avril 2000, § 75, 3 ; A. Cajas-Sarria M., *The Massacre of Caloto: A Case Study on the Rights and the Indigenous Mobilization in the Inter-American System of Human Rights*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* No. 130, pp. 73-106, 2011.

<sup>20</sup> La Cour cite volontiers *les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, 16 décembre 2005 (Résolution 60/147 des Nations Unies).

<sup>21</sup> Sur la complexité de la notion, v. Tchikaya (B.), *Le droit international et le concept de minorité, Quelques observations à partir du cas de l'Afrique*, *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 5, 2008, numéro 2, pp. 1-15.

<sup>22</sup> Résolution adoptée par l'AG ONU, 13 septembre 2007 (A/61/L.67 et Add.1) 61/295.

« Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme ».

20. On sait que le pouvoir souverain est territorialisé. L'État est compétent pour connaître de faits, conflictuels ou non, survenant sur son territoire et à l'intérieur de ses frontières. Il reste, en quelque sorte, le dépositaire des titres territoriaux. En cela, il peut affecter, en cas de besoin et conformément au droit international du domaine public, des zones du territoire à des peuples ou individus ressortissants de son territoire. De plus, dès lors qu'il était posé que le droit de propriété dans l'entendement de l'article 14 de la Charte pouvait être individuel ou collectif, il pouvait s'appliquer aux groupes ou aux communautés<sup>23</sup>.

21. Les paragraphes 94 et suivants de l'arrêt revêtent une importance centrale dans la considération que la Cour porte aux réparations non-pécuniaires. En effet, la Cour estime qu':

« en se fondant sur le constat de violation de l'article 14 de la Charte, que l'une des conséquences naturelles de cette reconnaissance est la restitution des terres ancestrales des Ogiek. (...) il est possible de remédier à cette violation en restituant les terres ancestrales par la délimitation et la démarcation des terres et l'attribution de titres de propriété ou par tout autre moyen visant à clarifier le statut de toutes ces terres et assurer leur protection (...) »<sup>24</sup>.

22. Sans se départir de sa décision de 2017, la Cour se prononce sur le droit aux terres de la manière suivante :

« le droit de propriété comprend non seulement le droit d'avoir accès à ses biens et de ne pas voir ses biens envahis ou subir un empiètement, mais aussi le droit de posséder, d'utiliser et de contrôler ces biens sans être dérangé, de la manière jugée appropriée par les propriétaires »<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Arrêt de 2017, § 23.

<sup>24</sup> Arrêt sur les Réparations, *Op. cit.*, § 96.

<sup>25</sup> Tribunal de la CEDEAO, *SERAP c. Nigeria*, 30 Novembre 2010

23. L'arrêt de la Cour est davantage clarifié par le paragraphe 112. La Cour reconnaît que :

« chez les peuples autochtones, il existe une tradition communautaire concernant une forme de propriété collective de la terre, de sorte que la propriété de la terre n'est pas centrée sur un individu, mais plutôt sur le groupe et sa communauté. Les peuples autochtones ont donc, de par leur existence, le droit de vivre librement sur leur propre terre »<sup>26</sup>.

24. Cette décision ne trahit pas l'évolution du droit des gens sur la question. Elle s'installe certes sur deux notions dont le cadrage n'est pas stable en droit international : celle de peuple dont l'affirmation a été élargie par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et celle de propriété dont le régime doit toujours être rappelé et précisé. Il est question, en l'occurrence, d'une application collective de la propriété<sup>27</sup>. C'est la formule précitée de la Cour contenue dans la décision au paragraphe 112 : la propriété de la terre n'est pas centrée sur un individu, mais plutôt sur le groupe et sa communauté<sup>28</sup>.

25. Une similitude peut être faite avec de nombreuses affaires, notamment celle dans laquelle la Cour interaméricaine avait ordonné les mêmes mesures, en 2021, contre l'État du Nicaragua, qui avait fait bénéficier à une compagnie étrangère une concession pour le prélèvement du bois sur les terres ancestrales de la communauté *Mayagna Awas Tingni*<sup>29</sup>. La Cour interaméricaine des droits de l'homme avait considéré que le Nicaragua, avait violé le droit à la propriété des membres de la communauté, et ce en se fondant sur la conception indigène de la propriété foncière. En bien des points, cette démarche de la Cour interaméricaine, favorable aux droits fondamentaux des communautés fut considérée comme innovante.

---

<sup>26</sup> Arrêt sur les Réparations, *Op. cit.*, § 112.

<sup>27</sup> v. CIADH, *Saramaka People c. Suriname*, 28 novembre 2007 ; Affaire *Indigenous Community Yakye Axa c. Paraguay*, 17 juin 2005 ; Affaire *Moiwana Community c. Suriname*, 15 juin 2005.

<sup>28</sup> Arrêt sur les Réparations, *Op. cit.*, §§ 137 et s.

<sup>29</sup> Affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, 31 août 2001.

26. L'obligation de rétrocéder, emportant celle de délimiter, l'État fautif, devra, comme en a décidé la Cour :

« Prendre toutes les mesures nécessaires (...) pour identifier, en consultation avec les Ogiek et/ou leurs représentants, et délimiter, démarquer la terre ancestrale des Ogiek ainsi qu'octroyer un titre foncier collectif sur ces terres afin de garantir l'utilisation et la jouissance par une certitude juridique ».

27. D'autres formes de réparation vont retenir l'attention de la Cour en faveur des Ogiek.

## II. L'Affaire des Ogiek : les autres formes de réparations

28. Comme pour la restitution des terres, les autres formes de réparation sont également éclairées par *Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* adoptés par l'Assemblée Générale des Nations-Unies. Il s'agit d'une œuvre importante, issue de 15 années de travail<sup>30</sup>, qui fixe quelques approches bien utiles dans les procédures, souvent longues, de réparation.

29. En réalité, il existe différentes formes de réparations. L'État, conformément au droit international, peut emprunter l'une ou l'autre. L'article 34 du *Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État* indique que la réparation « prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement ». La CDI (Commission du droit international) avait noté que,

---

<sup>30</sup> *Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Résolution AGONU, 1989/13 du 31 août 1989.

dans certains cas, la réparation aura lieu en joignant les différentes formes<sup>31</sup>.

30. En l'espèce, la Cour prononce diverses réparations au sens des dommages subis par les Ogiek. Il en sera ainsi du préjudice moral constaté.

#### **A. Le préjudice moral**

31. Sur la réparation du préjudice moral dont la complexité est indéniable<sup>32</sup>, la Cour est restée conforme à sa jurisprudence. Sa prise de position s'appuie sur différents manquements conventionnels que résume le paragraphe 85 de l'arrêt<sup>33</sup>.

32. Il résulte de l'arrêt que le préjudice moral intègre :

« la souffrance et la détresse causées aux victimes directes et à leurs familles, ainsi que l'atteinte à des valeurs qui sont très importantes pour elles, de même que d'autres changements de nature non-pécuniaire dans les conditions de vie des victimes ou de leur famille »<sup>34</sup>.

33. Les dommages subis par les Ogiek et les violations de droits de l'homme en litige dont l'État défendeur a été déclaré responsable. En 2017, la Cour considérait pour déterminer l'étendue des droits reconnus aux communautés

---

<sup>31</sup> Commentaire de la CDI sur l'article 34 du *Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, compte rendu officiel de la 56<sup>e</sup> session de l'AGONU, A/56/10.

<sup>32</sup> Cette complexité est attestée en droit des gens par une affaire classique, *Les Veuves du Lusitania*. Un revirement jurisprudentiel a été nécessaire, v. SA, *Veuves du Lusitania*, États-Unis c. Allemagne, Commission mixte de réclamations américano-allemandes, 1<sup>er</sup> novembre 1923. C'est que dit aussi une étude remarquable, Jean-François Flauss (J.-François) et Abdelgawad (E. Lambert), *L'indemnisation du dommage par la Cour européenne des droits de l'homme et ses effets en droit français*, Institut international des droits de l'homme, Prisme (CNRS), 2009 : « La réparation du préjudice moral est en effet susceptible de conduire, en substance, à indemniser un manque à gagner, composante classique du préjudice *materiae*. Il arrive également que la réparation du préjudice moral s'apparente à une forme à peine déguisée de l'indemnisation d'une perte de chances ».

<sup>33</sup> La Cour a retenu que relève que, dans son arrêt sur le fond, elle a constaté que l'État défendeur a violé le droit des Ogiek, protégé par l'article 2 de la Charte, pour ne leur avoir pas reconnu le statut de tribu à part entière donné aux autres groupes ; a été également violé l'article 8 de la Charte, pour avoir empêché les Ogiek de continuer de pratiquer leur religion, les articles 17(2) et (3) de la Charte, pour les avoir expulsés de la zone de la forêt de Mau, les empêchant ainsi d'exercer leurs activités et pratiques culturelles et l'article 22 de la Charte, en raison de la manière dont les Ogiek ont été expulsés de la forêt de Mau, v. § 85 de l'Arrêt.

<sup>34</sup> CAFDHP, *Op. cit.*, 2023, § 86.

autochtones sur leurs terres ancestrales comme c'est le cas en l'espèce, (...) que l'article 14 de la Charte africaine<sup>35</sup> devait être interprété à la lumière des principes applicables, notamment dans le cadre des Nations Unies<sup>36</sup>.

34. Dans *l'Affaire du Lusitania* se trouvent ces lignes très évocatrices consignées dans une Opinion. Il peut y lire qu' :

« il est manifestement impossible d'évaluer mathématiquement, ou avec un certain degré d'exactitude, ou par l'emploi d'une formule précise le dommage subi (...). Ceci ne justifie cependant pas que l'auteur d'un dommage soit exempt de réparer le mal qu'il a fait, ni que la victime ne doive pas recevoir une réparation calculée suivant des règles qui se rapprochent de l'exactitude autant que l'esprit humain peut l'imaginer. Refuser cette réparation reviendrait à méconnaître le principe fondamental qu'il existe un recours pour toute atteinte portée à un droit »<sup>37</sup>.

35. Le préjudice moral apportait une difficulté que la Cour semble avoir bien perçue. Il ne fallait pas, en l'espèce, confondre les préjudices individuels qui se cumulaient avec le préjudice collectif. Ce dernier préjudice était diffus, il ne pouvait s'apprécier par la somme de tous les préjudices individuels. La difficulté a été comprise par la Cour et le dispositif l'exprime en parlant des :

« (...) Violations constatées dans la présente Requête concernant des droits qui sont au cœur de l'existence même des Ogiek »<sup>38</sup>.

36. Ainsi, sur le préjudice moral une indemnisation forfaitaire a été allouée<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Article 14 se lit : « Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées ».

<sup>36</sup> CAFDHP, *Op. cit.*, 2017, § 125.

<sup>37</sup> *Opinion dans l'affaire du Lusitania*, 1<sup>er</sup> novembre 1923, précité, *Recueil de sentences arbitrales*, Volume VII, p. 32, § 36.

<sup>38</sup> *Idem.*, § 93

<sup>39</sup> *Ibidem.*, § 160, Dispositif : iii) *Ordonne* à l'État défendeur de verser la somme de cent millions (100 000 000) de shillings kenyans, en franchise de tout impôt gouvernemental, à titre de réparation du préjudice moral subi par les Ogiek.

## **B. Le statut de population autochtone, de leur culture et de leur langue**

37. Il résulte de l'arrêt sur le fond rendu par la Cour en 2017 que les Ogiek devaient être reconnus en tant que population autochtone. L'État défendeur a violé l'article 2 de la Charte, pour leur avoir pas reconnu le statut de tribu à part entière similaire aux autres groupes. La Cour précisait que cette reconnaissance devait s'accompagner, au bénéfice des Ogiek, de mesures de « protection totale de leur langue et de leurs pratiques culturelles et religieuses dans les douze (12) mois après la signification de l'arrêt.

38. Les arrêts de la Cour, rendus dans cette affaire, vont dans le sens de l'histoire. L'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé la période 2022-2032 Décennie internationale des langues autochtones, et a invité l'UNESCO à être l'organisme devant coordonner un Programme au sein du système des Nations Unies<sup>40</sup> à cet effet.

39. Cette demande a été exaucée depuis la décision de la Cour en date du 26 mai 2017. Elle a été renouvelée dans la décision du 23 juin 2023, ainsi seront prises :

« les mesures appropriées, dans un délai d'un (1) an, pour garantir efficacement la reconnaissance totale des Ogiek en tant que population autochtone du Kenya, y compris, (...) leur langue et de leurs pratiques culturelles et religieuses.

40. Pour ce faire, la Cour a estimé qu'un dialogue direct avec la communauté

---

<sup>40</sup> v. aussi la Résolution AGONU, 18 décembre 2019 (A/74/396)] 74/135, Droits des peuples autochtones ; v. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966 (article 27) ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, v. les préambules : « L'être humain ne peut pas être libre si l'on ne crée pas les conditions qui lui permettent de jouir autant de ses droits civils et politiques que de ses droits économiques, sociaux et culturels » ; Résolution AGONU, *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, n° 47/135, du 18 décembre 1992.

concernée est nécessaire.

### **C. Dialogue direct avec le Conseil des sages Ogiek**

41. Dans son arrêt, la Cour ne fait pas droit à l'idée de l'excuse publique au bénéfice des Ogiek, ni à celle de l'édification d'un monument en guise de réparation<sup>41</sup>. Elle considère, cependant, l'idée d'engager un dialogue direct avec les Ogiek comme efficiente. Ce dialogue pourrait avoir lieu par le biais du Conseil des sages des Ogiek, organe faisant en général l'objet de consensus chez les Ogiek<sup>42</sup>. L'engagement à apporter une solution globale et durable au problème des Ogiek de la Forêt de Mau a, du reste, été constaté.

42. En vue de mettre fin à un conflit, les parties ont toujours cherché des solutions concertées, voire consensuelles et négociées, encore plus dans les conflits de droits de l'homme engageant des droits collectifs. Ceci vaut aussi pour la mise en œuvre de droits garantis. A une autre échelle, la Cour internationale de justice ne s'y trompait pas en renvoyant les parties, la Hongrie et la Slovaquie, aux prises dans la gestion durable du Danube à la négociation<sup>43</sup>.

### **D. Les garanties de non-répétition**

43. La Cour estime qu'il est dans la logique de sa décision que les mesures législatives et administratives que prendra l'État défendeur permettront d'éviter la répétition des violations constatées. La Cour poursuit en soulignant que la restitution des terres et toutes les autres mesures suffisent à garantir la non répétition<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Au § 133 de la décision et, de façon claire, la Cour a précisé que « qu'un arrêt rendu peut à lui seul constituer une réparation suffisante. Et, « considérant toutes les circonstances en l'espèce, notamment les autres mesures qu'elle a ordonnées sur les réparations, (...) il n'est pas nécessaire que l'État défendeur érige un monument en la mémoire des violations des droits des Ogiek (...).

<sup>42</sup> CAFDHP, Arrêt du 23 juin 2022, v. §§ 134 et s.

<sup>43</sup> CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Slovaquie c. Hongrie, CIJ, arrêt, 25 septembre 1997 ; on peut utilement lire au point B. du dispositif de cet arrêt que : « la Hongrie et la Slovaquie doivent négocier de bonne foi en tenant compte de la situation existante et doivent prendre toutes mesures nécessaires à l'effet d'assurer la réalisation des objectifs du traité du 16 septembre 1977, selon des modalités dont elles conviendront ».

<sup>44</sup> CAFDHP, Arrêt du 23 juin 2022, v. §. 150.

44. La jurisprudence abondante sur cet aspect le montre. Elle établit à suffisance que normalement, la non-répétition des mesures dommageables est implicite et inhérente aux décisions de réparation prises<sup>45</sup>. Il existe un corps de décisions considérables indiquant les différents moyens que l'État-défendeur pourra utiliser - notamment l'adoption de lois - pour veiller à la bonne réalisation des réparations décidées<sup>46</sup>.

45. Il est reconnu, en réalité, que les garanties de non-répétition constituent l'une des formes de réparation (recours) à laquelle les Ogiek, comme victimes, ont droit. La non-répétition est étroitement liée à l'obligation de cessation des violations. Les garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution des réparations<sup>47</sup>. La Cour a considéré que toutes les mesures insérées dans l'arrêt suffisent à garantir la non répétition<sup>48</sup>.

46. Dans l'approche suivie par la Cour, divers éléments liés aux modalités aux procédures de mise en œuvre de réparations retenues peuvent être notées. C'est sans doute dans le souci d'obtenir une suite à l'arrêt prononcée.

### **III. Les aspects procéduraux liés à la mise en œuvre des réparations**

47. De façon globale, une attention particulière devrait être portée à ce que la Cour installe dans son dispositif comme ouverture de la manière suivante :

---

<sup>45</sup> V. notamment : Affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras (indemnisation)*, Arrêt du 21 juillet 1989, Série C No 7, §§ 34, 35 (devoir de prévenir d'autres disparitions forcées); Affaire *Castillo Páez c. Pérou*, Arrêt du 3 novembre 1997 (devoir de prévenir d'autres disparitions forcées); Affaire *Trujillo Oroza c. Bolivie (réparation)*, Arrêt du 27 février 2002, Série C No 92, § 110; Commission interaméricaine des droits de l'homme Rapport No. 63/99, Affaire 11.427, *Víctor Rosario Congo* (Equateur), 13 avril 1999, § 103.

<sup>46</sup> Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : Affaire *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Communication 155/96 (30e session ordinaire, octobre 2001), §§ 57, 61.

<sup>47</sup> Commission du droit international, commentaire sur l'article 30 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Documents officiels de l'AGONU, 56<sup>ème</sup> session, supplément n° 10 et rectificatif (A/56/10). V. aussi, Tigroudja (H.), *E. Lambert-Abdelgawad & K. Martin-Chenut, eds., Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : La Cour interaméricaine, Pionnière ou modèle ?*, Société de législation comparée,

<sup>48</sup> CAFDHP, *Idem*, v. §. 150.

« lorsque des concessions ou des baux ont été accordés sur des terres ancestrales des Ogiek, l'État défendeur engage un dialogue et des consultations entre les Ogiek (...) en vue de s'accorder sur l'autorisation ou non de la poursuite des activités des bénéficiaires desdites concessions sous forme de bail et ou de partage de redevances et d'avantages, avec les Ogiek, (...) Au cas où il est impossible de parvenir à un compromis, l'État défendeur doit indemniser les tiers concernés et restituer les terres aux Ogiek »

48. Des mécanismes et modalités de travail ont été considérés, auxquels s'ajoutera le fonds de développement communautaire en faveur des Ogiek.

#### **A. Les mécanismes et modalités de travail sur les réparations**

49. Un organisme dédié est nécessaire afin de superviser l'entreprise de réparation. Une étude de 2013<sup>49</sup> à l'initiative de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples disait à cet effet que :

« le groupe identifié comme tel peut avoir droit à une réparation collective (...) Dans les cas impliquant par exemple des violations à grande échelle, à côté de l'attribution de la réparation collective à un groupe spécifique, il sera donc important d'établir un mécanisme qui permette aux victimes individuelles de se présenter et de présenter leur demande de réparation ».

50. Sans doute, l'une des premières actions internes sera de constituer un organe *ad hoc* afin de mieux répondre à l'ensemble des obligations. C'est ce à quoi appelle la *Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones*. La Déclaration n'a pas été démentie par le *Mémoire* de la Rapporteuse des Nations-Unies sur les peuples autochtones<sup>50</sup> : Une approche

---

<sup>49</sup> CADHP, *L'étendue du droit à réparation : Qui a droit à réparation ?*, Etudes, 2013, p. 39.

<sup>50</sup> Rapporteuse Spéciale des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones Témoignage de l'experte à la demande de la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples sur les

essentielle de la réparation est de considérer la nature collective des dommages.

51. De cet organe *ad hoc*, pourrait venir un mécanisme efficace de délimitation, de démarcation et d'attribution de titres de propriété. Cela pourrait se faire en renforçant notamment l'organe ou le groupe de travail mis en place à la suite de l'arrêt de la Cour du 23 octobre 2017.

52. En l'espèce, il existe donc une sorte d'obligation de consulter les Ogiek de « manière active et informée », dans le respect de leurs coutumes et traditions<sup>51</sup>. Ces consultations doivent être menées en toute bonne foi. Ces procédures doivent être justes et équitables comme le précise l'article 40 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones. Dans son arrêt la Cour a estimé que « (...) les processus mis en œuvre jusqu'à présent n'ont pas contribué de manière significative à l'exécution de son arrêt sur le fond »<sup>52</sup>.

## **B. Le Fonds de développement communautaire**

53. De l'avis de la Requérante, la mise en œuvre globale et la matérialisation des réparations exigerait la création d'un fonds de développement. Elle le présente de la manière suivante :

« Un fonds de développement communautaire fournit « le cadre de gouvernance dédié à l'allocation de fonds à des projets d'intérêt collectif pour la communauté autochtone, tels que l'agriculture, l'éducation, la sécurité alimentaire, la santé, le logement, l'eau et les projets d'assainissement, la gestion des ressources et d'autres projets que la communauté autochtone considère comme bénéfiques ... ».

54. Ainsi, il sera ordonné à l'État-défendeur de créer :

---

réparations dans l'affaire *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Requête 006/2012 29 avril 2020.

<sup>51</sup> CIADH *Affaire Peuples indigènes Kichwa de Sarayaku c. Équateur*, 27 juin 2012, § 177.

<sup>52</sup> Arrêt, *Op. cit.*, 23 juin 2022, § 125.

« un fonds de développement communautaire au profit des Ogiek, qui devrait être le dépositaire de tous les fonds ordonnés à titre de réparations dans le présent arrêt ».

55. Le fonds de développement devrait permettre de conduire des projets Ogiek dans les domaines de la santé, de l'éducation, de la sécurité alimentaire, de la gestion des ressources naturelles... Les mesures administratives, législatives et autres nécessaires à la mise en place de ce fonds devraient être prises dans un délai de douze mois à compter de l'arrêt dument notifié. Cette décision marque une prise d'initiative de la Cour suite à la demande des Ogiek. L'importance de cette mesure s'apparente bien à celle prise en faveur des Ogoni par la Commission de Banjul<sup>53</sup>. La Commission avait, notamment, exhorté le Nigéria à l'informer de la mise en place d'une Commission pour la Mise en valeur du Delta du Niger (NDDC) instituée par la loi pour traiter des problèmes environnementaux et autres problèmes sociaux dans la zone du Delta du Niger et d'autres zones de production de pétrole du Nigéria.

56. L'exemple de réparation collective due par le Guatemala en compensation des massacres du *Plan de Sanchez* sont suggestives<sup>54</sup>. Dans cette affaire du *Massacre de Plan de Sánchez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait ordonné à l'État de réaliser un Plan quinquennal de développement qui comprenait la mise en place de structures relatives à l'enseignement, aux services de santé, à l'irrigation d'eau et à la production<sup>55</sup>. Cet exemple montrait, une fois encore, que la recherche de réparation après un dommage

---

<sup>53</sup>L'Affaire des Ogoni concerne des violations de masse. La communication indiquait que aussi que le consortium pétrolier a exploité les réserves d'Ogoni (...) déversant les déchets toxiques dans l'air et dans les cours d'eaux de la région, en violation des règles internationales applicables en matière d'environnement. Le consortium n'a pas pu entretenir ses infrastructures, ce qui a causé beaucoup d'accidents prévisibles à proximité des villages. La contamination de l'eau, du sol et de l'air qui en a résulté a eu de graves conséquences à court et à long termes sur la santé... ; CADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria, Communication and Center for 155/96* (30e session ordinaire, octobre 2001), § 68.

<sup>54</sup> L'un des plus funestes massacre, celui de Plan de Sánchez eut lieu dans un village guatémaltèque, le 18 juillet 1982. Plus de 250 personnes (principalement des femmes et des enfants, et quasi exclusivement des membres de l'ethnie *Achi Maya* furent maltraitées et assassinées. En 2004, la Cour interaméricaine prononça deux verdicts. Elle établit la responsabilité du Guatemala et ordonna un ensemble de compensations monétaires, non-monétaires... La Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu un arrêt *Masacre Plan de Sanchez*.

<sup>55</sup>CIADH, *Affaire du Massacre de Plan de Sánchez* (Réparation), Arrêt du 19 novembre 2004, §§ 109-111.

profond pouvait être complexe. En matière de réparation collective, on compte aussi l'ouverture d'une école et d'un dispensaire dans l'affaire *Aloeboetoe c. Surinam*, de 1993 jugée par la même Cour<sup>56</sup>.

57. Cette décision de la Cour consacre donc une jurisprudence constante. Le paragraphe 160 en témoigne :

« La mise en place et en activité d'un Comité de gestion du Fonds de développement »<sup>57</sup>.

58. De façon générale, sur la restitution qui constitue l'un des points majeurs, il conviendra de suivre les prescriptions des *Principes fondamentaux et directives*<sup>58</sup> concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme (...), précitée dont le point IX souligne :

« (...). La restitution comprend, selon qu'il convient, la restauration de la liberté, la jouissance des droits de l'homme, de l'identité, de la vie de famille et de la citoyenneté, le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens ».

## **Conclusion**

59. Les différentes mesures qui ressortent de l'arrêt de la Cour en matière de réparation, auxquelles je réitère mon adhésion, sont conformes à l'état du droit international actuel. Elles stimulent les attributions territoriales traditionnelles de l'État et leur exercice. Ces attributions n'entament en rien l'exercice souverain,

---

<sup>56</sup> CIADH, *Affaire Aloeboetoe et al. c. Surinam (Réparation)*, Arrêt du 10 septembre 1993, § 96.

<sup>57</sup> CAFDHP, *Arrêt du 23 juin 2022*, v. §. 160, xiii.

<sup>58</sup> AGONU, *Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, précité § 17.

exclusif et indépendant de la compétence territoriale de l'État-défendeur. La jurisprudence internationale confirme que la souveraineté territoriale emporte des effets absolus, tant positivement que négativement, négativement, parce que l'État doit se refuser à lui-même toute activité non conforme au droit international<sup>59</sup>.

60. La Cour d'Arusha et la Commission de Banjul font, à travers cette décision, en quelque sorte, œuvre commune. Outre le fait de s'être en procédure subrogée aux Ogiek, comme Requérante dans présente affaire, la Commission de Banjul avait préalablement rendu une décision dans la Communication *Endorois Welfare Council c. Kenya*<sup>60</sup> par laquelle elle soulignait que les droits des *Endorois* avaient été violés lorsque leur avait été refusé l'accès à leurs terres traditionnelles. Ces terres avaient été transformées en réserve de chasse. L'État Kenyan était tenu de reconnaître les droits fonciers communaux des peuples autochtones *Endorois*. Il devait leur accorder une compensation ainsi que la restitution des terres ou leur proposer d'autres terres de même étendue et de même qualité, en accord avec la communauté autochtone.

61. La notion de peuple ou de groupe communautaire connaît un approfondissement à la suite de ces deux arrêts rendus par la Cour en 2017 et 2022. Pour le système africain des droits de l'homme, la catégorie juridique de peuple, titulaire de droits se trouve résolument renforcée. Ces deux décisions vont constituer solidement une étape dans la jurisprudence de la Cour. Elles contribuent incisivement à la fin d'une époque. Celle où « l'individu était les droits de l'homme ». Celle où, avec raisons sans doute, Mme D. Lochack

---

<sup>59</sup>Dans sa sentence de 1928 (*Île de Palmas*, RSA vol. II, p. 281), Max Huber évoque le lien entre les activités que l'État pourrait exercer sur son territoire comme expression directe du principe d'indépendance. La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. L'État défendeur est dans le déploiement d'actions aux fins de bien-être et d'équilibre sur son territoire ; v. SA, *Île de Palmas*, États-Unis c. Pays-Bas, Max Huber, CPA, 4 avril 1928, RSA, vol. II, p. 839 ; C.I.J., *Détroit de Corfou*, Royaume-Uni c. Albanie, CIJ, exceptions préliminaires, 25 mars 1948, Rec. 1948, p. 15 ; fond, 9 avril 1949, Rec. 1949, p. 4 ; fixation du montant des réparations, 15 décembre 1949, Rec. 1949, p. 244.

<sup>60</sup> *Centre for Minority Rights Development (Kenya) et Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, Communication, No. 276/2003, 2009. v. en plus, CIADH, *Affaire Peuple Saramaka c. Suriname*, (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), Arrêt du 28 novembre 2007; *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Arrêt du 31 août 2001; *Affaire Communauté autochtone Yakye Axa c. Paraguay*, Arrêt du 17 juin 2005.

déclarait qu'« on ne peut penser les droits de l'homme qu'à partir du moment où l'on postule que l'homme est un sujet de droit, doté de la capacité d'avoir des droits et de s'en prévaloir face au pouvoir »<sup>61</sup>. Que de chemins parcourus depuis le fameux Avis consultatif de 1928 (*Affaire Compétence des Tribunaux de Dantzig*)<sup>62</sup> pour remettre le groupe, la communauté et le peuple au centre des élaborations internationalistes du droit ? La Cour africaine vient d'y mettre une touche de plus.

Juge Blaise Tchikaya  
Vice-Président



---

<sup>61</sup>Lochak (D.), Mutation des droits de l'homme et mutation du droit, *RIE*, 1984. 13, p. 55 ; v. Les analyses de Colliard (Cl.-Albert) selon lesquelles le droit des libertés publiques suppose une « conception individuelle du monde » et qu'en l'absence d'une telle conception « il n'existe pas de véritables libertés publiques, dans *Les libertés publiques*, Dalloz, 1982, 904 p.

<sup>62</sup> CPJI, Avis consultatif, *Compétence des Tribunaux de Dantzig*, 3 mars 1928, série B, n° 15, p. 17, on peut lire « un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers ».