

276/03 : Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya

Exposé des motifs

1. La plainte est déposée par le *Centre for Minority Rights Development* (CEMIRIDE) avec l'assistance du *Minority Rights Group International* (MRG) de Londres et le *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE) – qui a déposé un mémoire d'amicus curiae au nom de la Communauté Endorois. La plainte fait état de violations résultant du déplacement des membres de la Communauté Endorois, un peuple autochtone, de leur terre ancestrale, le défaut de leur dédommagement adéquat pour la perte de leurs biens, la perturbation de leurs activités pastorales communautaires et les violations du droit de pratiquer leur religion et leur culture, ainsi que la perturbation du processus de développement global de la Communauté Endorois.

2. Les Plaignants prétendent que le gouvernement du Kenya, en violation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après désignée la Charte africaine), de la Constitution du Kenya et du droit international, a expulsé les Endorois de leurs terres ancestrales situées dans la région du Lac Bogoria, dans les départements administratifs de Baringo et Koibatek, ainsi que dans les départements administratifs de Nakuru et Laikipia dans la province de la *Rift Valley* au Kenya, sans consultation appropriée ni dédommagement adéquat.

3. Les Plaignants déclarent que les Endorois sont une communauté d'environ 60.000 habitants, ¹ qui a vécu pendant des siècles dans la région du Lac Bogoria. Ils affirment qu'avant leur expropriation à travers la création de la Réserve Faunique du Lac Hannington en 1973, suivie du reclassement en 1978 de la Réserve Faunique du Lac Bogoria comme zone protégée, les Endorois étaient établis sur ces terres, et pendant des siècles, ils ont mené un mode de vie durable étroitement lié à la terre de leurs ancêtres. Les Plaignants affirment que depuis 1978, les Endorois se sont vu refuser l'accès à leurs terres.

4. Les Plaignants affirment qu'en dehors d'un affrontement avec les Masaï au sujet de la région du Lac Bogoria il y a environ trois siècles, les Endorois ont été acceptés par toutes les tribus voisines en tant que propriétaires *bona fide* de leurs terres, qu'ils ont continué à occuper et à exploiter sous la tutelle britannique, bien que la Grande Bretagne ait revendiqué la propriété foncière au nom de la couronne britannique.

5. Les Plaignants affirment que lors de l'indépendance du pays en 1963, la revendication par la couronne britannique des terres des Endorois a été adoptée par les différents conseils de comté. Toutefois, selon l'article 115 de la Constitution du Kenya, ces terres ont été détenues en fiducie par les conseils de comté, au nom de la communauté Endorois, qui est y restée et a continué à les exploiter. Les droits coutumiers des Endorois sur la région du Lac Bogoria n'ont pas été contestés jusqu'en 1973, lorsque ces terres ont été classées comme zone protégée par le gouvernement du Kenya. Les Plaignants soutiennent que le fait de classer ces terres comme zone protégée constitue le nœud de la présente affaire.

6. Les Plaignants soutiennent que la région du Lac Bogoria est une terre fertile qui fournit des pâturages et des plantes médicinales permettant d'élever du bétail sain. Selon eux, le Lac Bogoria est un élément capital pour les Endorois en ce qui concerne leurs pratiques religieuses et traditionnelles. Ils prétendent que c'est aux alentours du Lac Bogoria que se trouvent leurs sites historiques de prières, où se déroulent les rites de circoncision et autres cérémonies culturelles. Ces sites étaient utilisés sur une base hebdomadaire ou mensuelle pour de petites cérémonies locales, et sur une base annuelle pour des festivités culturelles impliquant tous les Endorois de la région. Pour les Plaignants, les Endorois croient que les esprits de tous les Endorois, sans distinction de leur lieu d'enterrement, vivent dans le Lac et des festivités annuelles s'y déroulent. Ils allèguent que les Endorois considèrent la forêt de Monchongoi comme leur berceau et le lieu où s'est installée la première communauté Endorois.

7. Les Plaignants déclarent qu'en dépit du manque de compréhension de la communauté Endorois par rapport à ce qui a été décidé, le *Kenyan Wildlife Service* (ci-après désigné KWS) peu après la création de la Réserve faunique, a informé certains anciens de la communauté Endorois que 400

familles Endorois recevraient des parcelles de « terre fertile » en guise de dédommagement. Cette entreprise a également précisé, selon les Plaignants, que la communauté recevrait 25% des recettes touristiques issues de la Réserve faunique et 85% des emplois générés, et également que des bassins pour le bétail et des barrages d'eau potable seraient construits par l'Etat Défendeur.

8. Les Plaignants soutiennent qu'après plusieurs réunions visant à déterminer la compensation financière liée au recasement des 400 familles, le KWS a déclaré qu'il allait allouer 3.150 Shillings kenyans par famille. Les Plaignants affirment qu'aucun de ces termes n'a été respecté et que seulement 170 des 400 familles ont finalement reçu de l'argent en 1986, des années après la conclusion des accords. Les Plaignants déclarent que l'argent remis aux 170 familles a toujours été considéré comme une simple allocation visant à faciliter le recasement plutôt que la réparation du préjudice subi par les Endorois.

9. Les Plaignants déclarent qu'en vue de revendiquer leurs terres ancestrales et de sauvegarder leur mode de vie pastorale, les Endorois ont présenté une requête afin de rencontrer le président Moi, qui était alors leur député. Une rencontre s'est tenue le 28 décembre 1994 à son hôtel du Lac Bogoria.

10. Les Plaignants déclarent qu'à la suite de cette rencontre, le président a instruit les autorités locales de respecter les accords de 1973 relatifs au dédommagement et que 25% des recettes annuelles allouées aux projets communautaires soient reversés aux Endorois. En novembre de l'année suivante, sur notification de la communauté Endorois du fait que rien n'avait été exécuté dans ce sens, les Plaignants déclarent que le président Moi a ordonné à nouveau que ses instructions soient appliquées.

11. Les Plaignants déclarent que suite à la non application des instructions du président Moi, les Endorois ont entamé une action judiciaire contre les conseils de comté de Baringo et Koibatek. Un jugement a été rendu le 19 avril 2002, qui rejetait la plainte.² Bien que la Haute cour ait reconnu que le Lac Bogoria avait été une Fiducie foncière pour le compte des Endorois, elle a déclaré que ceux-ci avaient effectivement perdu toute revendication légale sur lui suite au classement de cette terre comme Réserve faunique en 1973 et 1974. Elle a conclu que l'argent remis en 1986 à 170 familles comme frais de recasement représentait l'acquittement par les pouvoirs publics de toutes obligations envers les Endorois pour la perte de leurs terres ancestrales.

12. Les Plaignants relèvent que la Haute cour a également clairement déclaré qu'elle ne pouvait pas régler la question du droit collectif à la propriété d'une communauté, faisant allusion aux individus affectés et affirmant que « les personnes qui ont été affectées par l'expropriation foncière n'ont pas une identité propre... ayant été présentée à la cour ». Selon les Plaignants, la Haute cour a affirmé qu'elle ne pensait pas que la loi kényane doive assurer une protection particulière des terres d'une population sur la base de l'occupation historique et des droits culturels de cette dernière.

13. Les Plaignants soutiennent que depuis l'affaire de la Haute cour kényane en 2000, les membres de la communauté Endorois ont pris conscience du fait que des parties de leurs terres ancestrales ont été démarquées et vendues par les autorités kényanes³ à des tiers.

14. Les Plaignants soutiennent ensuite que des concessions d'exploitation des gisements de rubis situés sur les terres traditionnelles des Endorois ont été accordées en 2002 à une entreprise privée. Il y a été inclus la construction d'une route en vue de faciliter l'accès aux engins lourds. Les Plaignants prétendent que ces activités comportent un risque élevé de pollution des canalisations utilisées par la communauté Endorois, aussi bien pour leur consommation personnelle que pour leur bétail. Les opérations minières, de démarcation et de vente de terrain se sont poursuivies malgré la requête de la Commission Parlementaire au président du Kenya demandant la suspension de ces activités sous réserve des résultats de la présente Communication présentée devant la Commission africaine.

15. Les Plaignants affirment que depuis le début de l'action judiciaire au nom de la communauté, certaines améliorations ont été observées par rapport à l'accès des membres de la communauté au Lac. Par exemple, il ne leur est plus exigé de payer des frais d'entrée dans la Réserve faunique. Mais les Plaignants soutiennent que cet accès est soumis à la discrétion des responsables de la Réserve faunique. Selon eux, la communauté Endorois aura toujours un accès limité au Lac Bogoria en ce qui concerne les pâturages, les aspects religieux et la collecte de plantes médicinales. Les Plaignants pensent également que l'incertitude entourant les droits d'accès et les droits d'utilisation rend les

Endorois totalement dépendants de la discrétion des autorités de la Réserve faunique à leur accorder ces droits sur une base ad hoc.

16. Les Plaignants affirment que les Endorois tiennent leurs terres en très haute estime, puisque la terre tribale, en plus d'assurer des moyens de subsistance, est considérée comme sacrée et est étroitement liée à l'intégrité culturelle de la communauté et à son mode de vie traditionnelle. Selon eux, la terre appartient à la communauté et non à un individu, et elle est un élément essentiel à la préservation et à la survie des populations autochtones. Les Plaignants soutiennent que la santé des Endorois, leurs moyens de subsistance, leur religion et leur culture sont étroitement liés à leurs terres ancestrales, dans la mesure où les pâturages, les sites religieux sacrés et les plantes utilisées pour la médecine traditionnelle sont tous situés sur les berges du Lac Bogoria.

17. Les Plaignants soutiennent qu'actuellement, les Endorois vivent dans certains endroits à la périphérie de la Réserve – que les Endorois ont non seulement été expulsés des terres fertiles pour des zones semi arides, mais qu'ils ont également été divisés en tant que communauté et déplacés de leurs terres ancestrales. Les Plaignants déclarent que l'accès à la région du Lac Bogoria est un droit pour la communauté et le gouvernement du Kenya continue à rejeter la participation effective de la communauté aux décisions affectant leurs propres terres, en violation de leur droit au développement.

18. Les Plaignants soutiennent par ailleurs que le droit des Endorois à la représentation légale est limité, puisque Juma Kiplenge, avocat défenseur des droits de l'homme qui représentait les 20 000 éleveurs nomades Endorois a été arrêté en août 1996 et accusé « d'appartenance à une association illégale » . Il a également reçu des menaces de mort.

19. Les Plaignants affirment que la décision de classer les terres traditionnelles des Endorois comme Réserve faunique, et de leur interdire l'accès à cette zone a compromis les activités pastorales et mis en péril l'identité culturelle de cette communauté. Selon les Plaignants, 30 ans après leur expulsion, les Endorois attendent toujours un dédommagement intégral et équitable pour la perte de leurs terres et de leurs droits sur celles-ci. Ils soutiennent également que le processus d'expulsion des Endorois de leurs terres ancestrales a non seulement violé les droits de propriété des membres de cette communauté, mais a également rompu leurs liens spirituels, culturels et économiques avec ces terres.

20. Les Plaignants affirment que les Endorois n'ont pas voix au chapitre s'agissant de la gestion de leurs terres ancestrales. Le Comité chargé du Bien-être des Endorois, qui est l'organe représentatif de la communauté Endorois s'est vu refuser le droit à l'enregistrement, ce qui rejetait le droit des Endorois à une consultation équitable et légitime. Pour les Plaignants, ce défaut d'enregistrement du Comité chargé du Bien-être des Endorois a souvent conduit à des consultations illégitimes, dans lesquelles les pouvoirs publics choisissent des individus particuliers qui donnent leur accord « au nom de la communauté » . Le refus du titre juridique domestique de leurs terres ancestrales, l'expulsion de la communauté de son domicile ancestral et les limites strictes imposées par rapport à l'accès à la région du Lac Bogoria, couplés à l'absence d'un dédommagement adéquat constituent une violation grave des articles de la Charte africaine ci-dessous. Les plaignants affirment que les Endorois portent plainte pour cette violation en leur nom en tant que peuple et également au nom de tous les individus affectés.

21. Les Plaignants soutiennent qu'en créant la Réserve faunique, le gouvernement du Kenya n'a pas tenu compte de la législation nationale, des dispositions de la Constitution et surtout, des nombreux articles de la Charte africaine, notamment le droit à la propriété, la libre utilisation des ressources naturelles, le droit à la religion, le droit à la vie culturelle et le droit au développement.

Articles allégués avoir été violés

22. La plainte fait état des violations des articles [8](#), [14](#), [17](#), [21](#) et [22](#) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Les Plaignants, sollicitent :

- La restitution de leur terre, accompagnée d'un titre juridique et d'une démarcation claire.
- Le dédommagement de la communauté pour tous les préjudices subis pour la perte de leurs biens, de leur développement, des ressources naturelles, mais également la liberté de pratiquer leur religion et leur culture.

Procédure

23. Le 22 mai 2003, le Centre de Développement des Droits des Minorités (CEMIRIDE) a fait parvenir au Secrétariat de la Commission africaine une lettre d'intention officielle concernant la présentation prochaine d'une Communication au nom de la communauté Endorois.

24. Le 9 juin 2003, le Secrétariat de la Commission africaine a fait parvenir une lettre au Centre de Développement des Droits des Minorités pour accuser réception de cette correspondance.

25. Le 23 juin 2003, le Secrétariat de la Commission africaine a fait parvenir une lettre au *Cynthia Morel of Minority Rights Group International*, qui assiste le Centre de Développement des Droits des Minorités, accusant réception de sa Communication et l'informant du fait que sa plainte sera présentée à la 34^{ème} Session ordinaire de la Commission africaine.

26. Une copie de la plainte, datée du 28 août 2003, a également été expédiée au Secrétariat de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples le 29 août 2003.

27. Lors de sa 34^{ème} Session ordinaire tenue à Banjul en Gambie du 6 au 20 novembre 2003, la Commission africaine a examiné la plainte et a décidé de se saisir de cette affaire.

28. Le 10 décembre 2003, le Secrétariat a écrit aux deux parties pour les informer de sa décision et leur a demandé de présenter leurs arguments écrits pour recevabilité à la 35^{ème} Session ordinaire.

29. Etant donné que les Plaignants avaient déjà expédié leurs arguments lorsque la Communication avait été envoyée au Secrétariat, ce dernier a écrit à l'Etat Défendeur pour lui rappeler de présenter ses arguments pour recevabilité.

30. Dans une lettre datée du 14 avril 2004, les Plaignants ont présenté une requête à la Commission africaine demandant l'autorisation de présenter leurs arguments oraux sur l'affaire lors de la Session.

31. Le 29 avril 2004, le Secrétariat a fait parvenir une lettre de rappel à l'Etat Défendeur lui demandant de présenter ses arguments écrits pour recevabilité de la Communication.

32. Lors de sa 35^{ème} Session ordinaire tenue à Banjul, en Gambie du 21 mai au 4 juin 2004, la Commission africaine a examiné la plainte et a décidé de reporter sa décision sur sa recevabilité à la prochaine session. La Commission a également décidé d'émettre une ordonnance au gouvernement de la République du Kenya, demandant la suspension de toute action ou mesure étatique par rapport à l'objet de la présente communication, sous réserve de la décision de la Commission africaine, qui a été expédiée le 9 août 2004.

33. Lors de cette même session, une copie de la plainte a été remise à la délégation de l'Etat Défendeur.

34. Le 17 juin 2004, le Secrétariat a écrit aux deux parties pour les informer de sa décision et pour demander à l'Etat Défendeur de présenter ses arguments pour recevabilité à la 36^{ème} Session ordinaire.

35. Une copie de la même correspondance a été adressée à la Haute Commission de l'Etat Défendeur à Addis-Abeba en Ethiopie le 22 juin 2004.

36. Le 24 juin 2004, la Haute Commission kényane d'Addis Abéba en Ethiopie a informé le Secrétariat du fait qu'elle avait expédié la Communication de la Commission au Ministère des Affaires Etrangères du Kenya.

37. Le Secrétariat a expédié une autre lettre de rappel à l'Etat Défendeur le 7 septembre 2004, lui demandant de présenter ses arguments écrits pour recevabilité de la Communication à la 36^{ème} Session ordinaire.

38. Lors de la 36^{ème} Session ordinaire tenue à Dakar au Sénégal du 23 novembre au 7 décembre 2004, le Secrétariat a reçu une demande manuscrite de l'Etat Défendeur, lui demandant de renvoyer l'affaire à la prochaine session. Lors de la même Session, la Commission africaine a décidé de renvoyer l'affaire à sa prochaine session afin de donner à l'Etat Défendeur plus de temps pour présenter ses arguments sur la recevabilité.

39. Le 23 décembre 2004, le Secrétariat a écrit à l'Etat Défendeur pour l'informer de sa décision et lui demander de présenter ses arguments sur la recevabilité dans les meilleurs délais.

40. Les mêmes lettres de rappel ont été expédiées à l'Etat Défendeur le 2 février et le 4 avril 2005.

41. Lors de sa 37^{ème} Session ordinaire tenue à Banjul en Gambie du 27 avril au 11 mai 2005, la Commission africaine a examiné la présente Communication et l'a déclarée recevable, l'Etat Défendeur n'ayant pas coopéré avec la Commission africaine sur la procédure de recevabilité, en dépit des nombreuses lettres de rappel de ses obligations au titre de la Charte.

42. Le 7 mai 2005, le Secrétariat a écrit aux deux parties pour les informer de sa décision et leur demander de présenter leurs arguments sur le Fond.

43. Le 21 mai 2005, le président de la Commission africaine a adressé une ordonnance au président de la République du Kenya sur les rapports reçus faisant état du harcèlement du président du Conseil d'Assistance aux Endorois impliqué dans la présente Communication.

44. Les 11 et 19 juillet 2005, le Secrétariat a reçu les arguments des Plaignants sur le Fond, qui ont été transmis à l'Etat Défendeur.

45. Le 12 septembre 2005, le Secrétariat a fait parvenir une lettre de rappel à l'Etat Défendeur.

46. Le 10 novembre 2005, le Secrétariat a reçu un mémoire d' *amicus-curiae* sur l'affaire en provenance du Centre des Droits sur l'Habitat et les Expulsions (COHRE).

47. Lors de sa 38^{ème} Session tenue du 21 novembre au 5 décembre 2005 à Banjul en Gambie, la Commission africaine a examiné la Communication et a renvoyé sa décision sur le Fond à la 39^{ème} Session ordinaire.

48. Le 30 janvier 2006, le Secrétariat a informé les Plaignants de sa décision.

49. Par Note Verbale datée du 5 février 2006, laquelle a été remise en mains au Ministère des Affaires Etrangères de la République du Kenya, à travers un personnel du Secrétariat qui se rendait au pays en mars 2006, le Secrétariat a informé l'Etat Défendeur de la présente décision de la Commission africaine. Des copies de tous les arguments présentés par les Plaignants depuis l'ouverture du dossier y étaient jointes.

50. Par un e-mail daté du 14 mai 2006, la Commission africaine a demandé à la Commission africaine de renvoyer l'examen de la présente communication au motif que l'Etat Défendeur était encore en train de préparer une réponse à cette affaire dont il disait qu'elle était plutôt longue et impliquait de nombreux départements.

51. Par une note verbale datée du 4 mai 2006, qui a été reçue au Secrétariat le même jour, le Procureur Général de l'Etat Défendeur a formellement demandé à la Commission africaine de renvoyer l'affaire à la prochaine session, en relevant principalement que compte tenu de l'abondance des questions soulevées dans la communication, sa réponse ne serait pas prête pour présentation à la 39^{ème} Session ordinaire.

52. Lors de la 39^{ème} Session ordinaire tenue du 11 au 25 mai 2006 à Banjul en Gambie, la Commission africaine a examiné la Communication et a renvoyé son examen à la 40^{ème} Session ordinaire en attendant les résultats des négociations de règlement à l'amiable en cours entre les Plaignants et l'Etat Défendeur.

53. Le Secrétariat de la Commission africaine a notifié en conséquence les deux parties de cette décision.

54. Le 31 octobre 2006, le Secrétariat de la Commission africaine a reçu une lettre des Plaignants mentionnant que les deux parties avaient eu des échanges constructifs sur l'affaire, et que celle-ci serait instruite sur le Fond en novembre 2006 par la Commission africaine. Les Plaignants ont également sollicité l'autorisation de faire entendre un témoin expert lors de la 40^{ème} Session ordinaire.

55. A la 40^{ème} Session ordinaire, la Commission africaine a renvoyé sa décision sur le fond de la Communication après avoir entendu le témoin expert appelé par les Plaignants. L'Etat Défendeur a également fait des présentations. D'autres documents ont été présentés lors de cette session, et plus tard, pendant l'inter-session. Davantage de documents ont été présentés par les deux parties avant la 41^{ème} Session ordinaire.

56. Lors de la 41^{ème} Session ordinaire, les Plaignants ont présenté leurs observations finales sur la dernière présentation de l'Etat Défendeur.

Décision sur la recevabilité

57. L'Etat Défendeur a eu beaucoup d'opportunités de présenter ses arguments sur la recevabilité de l'affaire. Ses délégués aux deux précédentes Sessions ordinaires de la Commission africaine ont également reçu des copies dures de la plainte. Il n'y a eu aucune réaction de la part de l'Etat

Défendeur. La Commission africaine n'a pas eu d'autre choix que celui de procéder à l'examen de la recevabilité de la Communication uniquement sur la base des informations fournies par les Plaignants.

58. En conséquence, la recevabilité de la Communication conformément à l'article 55 de la Charte africaine est régie par les conditions énoncées à l'article 56 de la Charte africaine. Cet article fixe sept (7) conditions qui doivent généralement être remplies par le Plaignant pour qu'une communication soit déclarée recevable.

59. Dans la présente communication, la plainte indique que la démarche de ses auteurs (article 56 (1)), est en conformité avec les Chartes de l'OUA/ UA et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 56 (2) et qu'elle n'est pas rédigée dans un langage de dénigrement (article 56 (3)). A cause de l'absence d'informations qu'aurait dû fournir l'Etat Défendeur, le cas échéant, la Commission africaine n'est pas en mesure de remettre en cause la question de savoir si la plainte est exclusivement basée sur les informations publiées dans les mass médias (article 56 (4), si les recours locaux ont été épuisés, et s'il n'y a pas eu d'autre règlement en vertu de l'article 56(1) de la Charte africaine. S'agissant de la condition d'épuisement des recours locaux, en particulier, les Plaignants ont approché la Haute Cour de Nakuru au Kenya en novembre 1998. Toutefois, l'affaire avait été rejetée au motif qu'elle manquait d'arguments sur le Fond et faisait état du fait que les Plaignants avaient été dûment consultés et dédommagés pour les pertes subies. Les Plaignants soutiennent ainsi qu'étant donné que les affaires considérées comme des références constitutionnelles ne sauraient faire l'objet d'une ordonnance, tous les potentiels recours locaux ont été épuisés.

60. La Commission africaine relève qu'il y a eu absence de coopération de la part de l'Etat Défendeur, qui aurait pu apporter plus de lumière sur cette affaire. En l'absence d'une telle présentation, et compte tenu de la valeur nominale des arguments des Plaignants, la commission africaine retient que la plainte est conforme à l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et par conséquent, déclare la Communication recevable.

61. Dans ses observations sur le fonds, l'Etat Défendeur a demandé à la Commission africaine de revoir sa décision sur la recevabilité. Il soutient que bien que la Commission africaine ait procédé à la recevabilité de la Communication, il n'en allait pas moins continuer à présenter des arguments selon lesquels la Commission ne devait pas être empêchée de réexaminer la recevabilité de la Communication, après son témoignage oral, et de rejeter la Communication.

62. En prétendant que la Commission africaine ne devait pas constituer un tribunal de première instance, l'Etat Défendeur soutient que la réparation sollicitée par les plaignants auprès de la Haute Cour du Kenya ne pouvait pas être la même que celle sollicitée auprès de la Commission.

63. Au profit de la Commission africaine, l'Etat Défendeur a présenté les questions soumises à la Cour dans Misc, Affaire Civile n° 183 de 2002 :

1. Une Déclaration selon laquelle la terre entourant le Lac Baringo est une propriété de la communauté Endorois, détenue en fiducie pour leur profit par le Conseil de Comté de Baringo et le Conseil de Comté de Koibatek, dans le cadre des sections 114 et 115 de la Constitution du Kenya.
2. Une Déclaration selon laquelle le Conseil de Comté de Baringo et le Conseil de Comté de Koibatek sont en violation du droit fiduciaire de la communauté Endorois, à cause de leur échec à utiliser les bénéfices issus de la Réserve faunique contrairement aux sections 114 et 115 de la Constitution du Kenya.
3. Une Déclaration selon laquelle les Plaignants et la communauté Endorois ont droit à tous les bénéfices générés par la Réserve faunique exclusivement et/ ou à titre subsidiaire, et selon laquelle la terre de la Réserve faunique serait reversée à la communauté pour être gérée par un Administrateur désigné par la communauté pour recevoir et investir ces bénéfices dans l'intérêt de la communauté suivant la section 117 de la Constitution du Kenya.
4. Un jugement des dommages-intérêts exemplaires découlant de la violation des droits constitutionnels des Plaignants dans le cadre de la section 115 de la Constitution du Kenya.

64. L'Etat Défendeur informe la Commission africaine que la Cour a retenu que les procédures régissant la mise en réserve de la Réserve faunique ont été suivies. L'Etat Défendeur affirme par ailleurs qu'il est allé jusqu'à conseiller aux Plaignants qu'ils auraient dû exercer leur droit d'appel défini dans les articles 10, 11 et 12 de la Loi sur les Fiducies Foncières, chapitre 288 de la législation kényane, au cas où ils avaient le sentiment que le jugement portant dédommagement n'était pas équitablement appliqué. Aucun des Plaignants n'avait fait appel, et la Haute Cour était d'avis qu'il était trop tard pour introduire une plainte.

65. L'Etat Défendeur affirme également que la Cour a retenu que la requête ne s'inscrivait pas dans le cadre de la section 84 (Protection des Droits Constitutionnels) étant donné que cette requête n'alléguait aucune violation ou vraisemblance de violation de leurs droits définis dans les sections 70 – 83 de la Constitution.

66. Il soutient également que cette Communication a été présentée de manière irrégulière à la Commission africaine dans la mesure où les Plaignants n'ont pas épuisé les recours locaux concernant les violations présumées, pour les raisons suivantes:

1. Les Plaignants n'ont pas fait valoir que leurs droits ont été violés ou susceptibles d'être violés selon la Haute Cour Misc. Affaire Civile 183 de 2002. Ils déclarent que la question des violations présumées de l'un des droits revendiqués dans la présente Communication n'a, par conséquent, pas été examinée par les tribunaux locaux. Ceci signifie que la Commission africaine devra agir en tant que tribunal de première instance. L'Etat Défendeur soutient que par conséquent, il doit être demandé aux Plaignants d'épuiser les recours locaux avant d'informer la juridiction de la Commission.
2. Les Plaignants n'ont pas engagé d'autres recours administratifs disponibles. L'Etat Défendeur soutient que les allégations selon lesquelles le système juridique kényan ne dispose pas de recours adéquats pour résoudre l'affaire des Endorois sont mensongères et non fondées. Il affirme qu'en matière de droits de l'Homme, la Haute Cour du Kenya était désireuse d'appliquer les instruments internationaux liés aux droits de l'homme pour protéger les droits des individus.

67. L'Etat Défendeur affirme par ailleurs que le système juridique kényan possède une description très détaillée des droits de propriété, et prévoit la protection de toutes les formes de propriété dans la Constitution. Il soutient que s'il est vrai que différents instruments internationaux, dont la Charte africaine, reconnaissent le droit à la propriété, ils n'en ont pas moins une approche minimaliste qui ne répond pas au genre de bien protégé. L'Etat affirme que le système juridique kényan va au-delà des dispositions prévues par ces instruments internationaux des droits de l'homme.

68. L'Etat Défendeur allègue également que la terre en tant que bien est reconnue par le système juridique kényan et que ses différentes formes de propriété sont reconnues et protégées. Celles-ci incluent la propriété privée (pour les personnes physiques et morales), la propriété communautaire reconnue soit à travers la Loi Foncière (Représentants d'un groupe) pour les terres attribuées sur décision judiciaire, également appelées Group Ranches (Ranches de groupe), soit à travers les Fiducies Foncières gérées par le Conseil de comté, où est située la zone de juridiction au profit des personnes résidant habituellement sur cette terre. L'Etat prouve que le *Land Group Act* (loi sur la propriété foncière collective) donne effet à un tel droit de propriété, aux intérêts et autres bénéfices issus de la terre tel que stipulé dans le droit coutumier africain.

69. L'Etat conclut que les Fiducies Foncières sont créées par la Constitution du Kenya et gérées par une loi parlementaire, et que la Constitution prévoit que les Fiducies Foncières peuvent être aliénées à travers :

- L'enregistrement auprès d'une personne autre que le Conseil de comté;
- Une loi parlementaire qui prévoit que le Conseil de comté peut mettre en réserve une zone de la Fiducie Foncière.

70. L'article 118(2) du Règlement intérieur de la Commission africaine stipule que :

Si la Commission a déclaré une Communication irrecevable en vertu de la Charte, elle peut reconsidérer cette décision à une date ultérieure si elle en reçoit la demande.

La Commission africaine note les arguments avancés par l'Etat Défendeur de revoir sa décision sur la recevabilité. Toutefois, après un examen minutieux des observations de l'Etat Défendeur, la Commission africaine n'est pas convaincue qu'elle doit réexaminer les observations sur la recevabilité de la Communication. Elle rejette par conséquent la demande de l'Etat Défendeur.

Arguments sur le Fond

Présentation des arguments des Plaignants sur le Fond

71. Les arguments ci-dessous sont présentés par les Plaignants, et tiennent également compte de leur présentation orale lors de la 40^{ème} Session ordinaire de la Commission africaine, de tous leurs arguments écrits, y compris les lettres et les déclarations sous serment qui les accompagnent.

72. Les Plaignants soutiennent que les Endorois ont toujours été les propriétaires *bona fide* des terres situés dans la région du Lac Bogoria.⁴ Ils affirment que la conception que les Endorois ont de la terre n'intégrait pas la perte de celle-ci sans dédommagement. Selon eux, en tant que communauté d'éleveurs, les Endorois, ont une conception de la « possession » de leur terre qui n'est pas celle d'une possession sur le papier. Ils prétendent que la communauté Endorois a toujours considéré la terre en question comme la « terre des Endorois », appartenant à l'ensemble de la communauté et utilisée à des fins d'habitation, d'élevage de bétail, d'apiculture, et de pratiques religieuses et culturelles. D'autres communautés devaient, par exemple, demander la permission d'amener leur bétail dans cette zone.⁵

73. Les Plaignants soutiennent également que les Endorois se sont toujours considérés comme une communauté distincte. Ils affirment qu'au plan historique, les Endorois sont une communauté d'éleveurs, dépendant presque entièrement de l'élevage. Leur pratique de l'élevage a consisté à faire paître leur bétail (vaches, moutons, chèvres) dans les prairies entourant le Lac Bogoria pendant la saison pluvieuse, et à se rendre dans la forêt de Mochongoi pendant la saison sèche. Ils affirment que les Endorois se sont toujours appuyés sur l'apiculture pour avoir du miel. Que la région du Lac Bogoria est constituée de terres fertiles qui assurent des pâturages et des plantes médicinales permettant de produire du bétail sain. Ils soutiennent que le Lac Bogoria est également le centre des pratiques religieuses et traditionnelles de la communauté : autour du Lac se trouvent les sites historiques religieux de la communauté, les lieux des rites de circoncision et autres cérémonies culturelles. Ces sites ont été utilisés sur une base hebdomadaire ou mensuelle pour de petites cérémonies locales, et sur une base annuelle pour des festivités culturelles impliquant tous les Endorois de la région.

74. Les Plaignants soutiennent que les esprits de tous les anciens Endorois, sans distinction de leur lieu d'enterrement, vivent dans le Lac. Des festivals annuels se sont déroulés autour du Lac avec la participation de tous les Endorois de la région. Ils affirment que la forêt de Mochongoi est considérée comme le berceau des Endorois et le lieu d'installation de la première communauté Endorois. Ils affirment également que l'autorité de la communauté Endorois a toujours été basée sur les anciens. Bien que des chefs aient été désignés sous l'administration coloniale britannique, cette pratique ne s'est pas poursuivie après l'indépendance du Kenya. Ils soutiennent qu'à une date plus récente, la communauté a mis sur pied le Comité chargé du Bien-être des Endorois (EWC), pour défendre ses intérêts. Toutefois, les autorités locales ont refusé d'enregistrer l'EWC malgré deux tentatives distinctes visant à le faire depuis sa création en 1996.

75. Les Plaignants soutiennent que les Endorois sont un peuple, statut qui leur donne le droit de jouir des dispositions de la Charte africaine qui protègent les droits collectifs. Les plaignants déclarent que la Commission africaine a affirmé le droit des peuples à porter plainte dans le cadre de la Charte africaine dans l'affaire [The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria](#), déclarant que : Les articles 20 à 24 de la Charte africaine stipulent clairement que les « peuples ont des droits en tant que peuples », c'est-à-dire, des « droits collectifs ». L'importance de l'identité communautaire et collective dans la culture africaine est reconnue dans la Charte

africaine.⁶ Ils soutiennent en outre que la Commission africaine a relevé que lorsqu'il existe un grand nombre de victimes individuelles, il peut être peu pratique pour chaque individu qui se plaint de se présenter devant les tribunaux locaux. Dans ce genre de situations, comme il a été relevé dans l'affaire *Ogoni*, la Commission africaine peut statuer sur les droits d'un peuple considérés comme des droits collectifs. Les Plaignants soutiennent ainsi que les Endorois, en tant que peuple, ont le droit de porter plainte collectivement conformément aux dispositions pertinentes de la Charte africaine.

Violation présumée de l'article 8 – Droit de pratiquer une Religion

L'article 8 de la Charte africaine stipule que :

La liberté de conscience, la profession et la libre pratique d'une religion doivent être garanties. Nul ne peut, sous le prétexte de la force de l'ordre, être soumis à des mesures limitant l'exercice de ces libertés.

76. Les Plaignants soutiennent que le droit des Endorois de pratiquer librement leur religion a été violé par la création de la Réserve faunique, leur déplacement de leur terre et le refus persistant des autorités kényanes de leur donner un droit d'accès. Les Endorois n'ont pas été capables d'effectuer leurs prières et leurs cérémonies étroitement liées au Lac, de même qu'ils ont été incapables de visiter librement la demeure spirituelle de tous les Endorois, vivants et morts.

77. Les Plaignants soutiennent que la Commission africaine a épousé la grande discrétion exigée par le droit international dans la définition et la protection de la religion. Ils affirment que dans l'affaire *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaïre*, la Commission africaine a retenu que les pratiques des Témoins de Jéhovah étaient protégées par l'article 8.⁷ Dans la présente affaire, les plaignants déclarent que les croyances des Endorois sont protégées par l'article 8 de la Charte africaine et constituent une religion dans le contexte du droit international. Les Endorois croient que leur grand ancêtre, Dorios, est venu du ciel et s'est établi dans la forêt de Mochongoi. Les Endorois pensent qu'après une période d'excès et de débauche de celui-ci, Dieu s'est fâché et comme châtiment il a fait s'effondrer la terre en une nuit, ce qui a formé le Lac Bogoria. Les Endorois pensent qu'ils sont les descendants des familles ayant survécu à cet événement.

78. Ils affirment qu'à chaque saison l'eau du Lac se teinte en rouge et que les sources chaudes émettent une odeur étrange. A ce moment, la communauté effectue des cérémonies traditionnelles pour apaiser l'esprit des ancêtres qui se sont noyés dans le Lac qui s'est formé. Les Endorois considèrent la Forêt de Mochongoi et le Lac Bogoria comme des lieux sacrés, et les ont toujours utilisés pour des cérémonies culturelles et religieuses majeures telles que les mariages, les funérailles, les circoncisions et les initiations traditionnelles.⁸

79. Les Plaignants affirment que les Endorois, en tant que groupe autochtone dont la religion est étroitement liée à la terre, nécessitent une protection spéciale. Le Lac Bogoria, affirment-ils, revêt une importance religieuse fondamentale pour tous les Endorois. Les sites religieux des Endorois sont situés autour du Lac, où les Endorois font leurs prières, et où se déroulent régulièrement des cérémonies religieuses liées au Lac. Les ancêtres sont enterrés près du Lac, et comme indiqué précédemment, ils soutiennent que le Lac Bogoria est considéré comme la demeure spirituelle de tous les Endorois, vivants et morts. Le Lac, soutiennent les Plaignants, est par conséquent essentiel aux pratiques et croyances religieuses des Endorois.

80. Les Plaignants soutiennent qu'en expulsant les Endorois de leurs terres, et en leur refusant l'accès au Lac et aux autres sites religieux environnants, les autorités kényanes ont porté atteinte aux capacités des Endorois de pratiquer leur religion comme l'exige leur foi. Les Plaignants affirment qu'en violation de l'article 8 de la Charte africaine, les sites religieux situés dans la Réserve faunique n'ont pas subi une démarcation et une protection adéquates. Et que depuis leur expulsion de la région du Lac Bogoria, les Endorois sont incapables de pratiquer librement leur religion. L'accès qu'ils y avaient de plein droit pour effectuer des rites religieux tels que la circoncision, les rites matrimoniaux et initiatiques a été complètement spolié. De même, les Endorois sont aujourd'hui incapables d'effectuer ou de participer à leurs rites religieux annuels les plus importants, qui se déroulent lorsque le Lac subit des changements saisonniers.

81. Citant la jurisprudence de la Commission africaine dans l'affaire *Amnesty International v. Sudan*, les Plaignants soutiennent que la Commission africaine a reconnu le caractère capital de la liberté de

religion,⁹ relevant que l'Etat partie a violé le droit des auteurs de pratiquer une religion étant donné que les non musulmans n'avaient pas le droit de prêcher ou de construire leurs églises et qu'ils étaient soumis au harcèlement, aux arrestations arbitraires et aux expulsions. Par ailleurs, affirment-ils, le projet de Déclaration des Droits des Peuples Autochtones des NU donne aux peuples autochtones le droit de "conserver, protéger et accéder en privé à leurs sites religieux et culturels... »;¹⁰ ils soutiennent que ce n'est qu'à travers l'accès illimité à leur terre que les Endorois seront capables de protéger, conserver et utiliser leurs sites sacrés conformément à leurs croyances religieuses.

82. Citant l'affaire *Loren Laroye Riebe Star*,¹¹ les Plaignants affirment que la Commission inter-américaine des Droits de l'Homme (IACmHR) a retenu que l'expulsion des terres essentielles à la pratique d'une religion constitue une violation des libertés religieuses. Dans le cas sus évoqué, allèguent-ils, la Cour a retenu que l'expulsion des prêtres de la région de Chiapas était une violation du droit de se rassembler librement pour des raisons religieuses. Ils affirment par la suite que l'IACmHR est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *Dianna Ortiz v. Guatemala*. Cette affaire concernait une nonne catholique qui avait fui le Guatemala suite à des actions gouvernementales visant à l'empêcher de pratiquer librement sa religion¹². Ici, l'IACmHR a retenu que son droit de pratiquer librement une religion avait été violé, parce qu'on lui avait refusé l'accès à la terre qui avait le plus d'importance pour elle.¹³

83. Les Plaignants soutiennent que la gestion actuelle de la Réserve faunique a échoué à assurer la démarcation complète des sites sacrés au sein de la Réserve et à conserver les sites considérés comme sacrés pour les Endorois. Rapport *Wildlife Federation, Lake Bogoria National Reserve Draft Management Plan*, Juillet 2004. >> L'échec des autorités kényanes à assurer la démarcation et la protection des sites religieux au sein de la Réserve faunique constitue une entrave grave et permanente au droit des Endorois de pratiquer leur religion. En l'absence de soins adéquats, des sites d'une importance religieuse et culturelle majeure ont été endommagés, détériorés ou détruits. Ils citent le Projet de Déclaration des Droits des Peuples Autochtones des NU dont une partie stipule que « les Etats doivent prendre des mesures effectives, en concertation avec les peuples autochtones concernés, en vue de s'assurer que les lieux sacrés autochtones, y compris les sites d'enterrement, soient préservés, respectés et protégés ». ¹⁵

84. Les Plaignants accusent également les autorités kényanes d'entraver le droit des Endorois de pratiquer librement leur religion en les expulsant de leurs terres et en leur refusant le libre accès à leurs sites sacrés. Cette séparation de leur terre, affirment-ils, empêche les Endorois d'effectuer les pratiques sacrées essentielles à leur religion.

85. Ils prétendent que bien que l'article 8 stipule que les Etats puissent faire obstacle aux pratiques religieuses "sous réserve de l'ordre public", les pratiques religieuses des Endorois ne constituent pas une menace à l'ordre public et par conséquent, il n'y a aucune justification de cette entrave. Les Plaignants soutiennent que les limites imposées aux obligations des Etats concernant la protection des droits doivent être considérées à la lumière des intentions sous-tendant la Charte africaine. Dans l'affaire *Amnesty International v. Zambia*, les Plaignants soutiennent que la Commission africaine a relevé qu'elle était d'avis que les clauses de récupération ne soit pas interprétée contre les principes de la Charte... Le recours à celles-ci ne doit pas être utilisé comme un moyen d'accréditer les violations des dispositions expresses de la Charte. ¹⁶

Violation présumée de l'article 14 – Droit à la propriété

L'article 14 de la Charte africaine stipule que :

Le droit à la propriété doit être garanti. Il ne peut être empiété que dans l'intérêt d'un besoin public ou dans l'intérêt général de la communauté et en conformité avec les dispositions des lois appropriées.

86. Les Plaignants soutiennent que les Endorois jouissent d'un droit à la propriété par rapport à leurs terres ancestrales, aux possessions qui y sont rattachées et à leur bétail. Ils affirment que ces droits à la propriété sont dérivés du droit national kényan et de la Charte africaine, qui reconnaissent le droit des peuples autochtones à jouir des droits à la propriété sur leurs terres ancestrales. Les Plaignants soutiennent que les droits à la propriété des Endorois ont été violés par la dépossession continue de la terre entourant le Lac Bogoria sans dédommagement adéquat de la violation des lois domestiques

et internationales appropriées. Ils affirment que l'impact sur la communauté a été disproportionnel par rapport à un quelconque besoin public ou intérêt communautaire général.

87. En présentant les arguments faisant état de la violation de l'article [14](#), les Plaignants soutiennent que la terre entourant le Lac Bogoria est la terre traditionnelle du peuple Endorois, où pendant des siècles les Endorois ont construit leurs maisons, cultivé leurs champs, joui des droits incontestés d'accès aux pâturages, aux forêts et ont compté sur ces terres pour assurer leur subsistance. Ils affirment qu'en le faisant, le peuple Endorois a exercé une forme de régime foncier autochtone, à travers une espèce de possession collective de la terre. Ce comportement traduisait la propriété foncière traditionnelle pratiquée en Afrique, et qui était rarement rédigée comme une codification des droits ou des titres, mais faisait bel et bien l'objet d'une reconnaissance et d'un respect mutuels entre les propriétaires fonciers. Les « transactions foncières » étaient basées sur l'occupation de la terre.

88. Les Plaignants affirment que même sous l'administration coloniale, lorsque la Couronne a revendiqué la possession officielle des terres des Endorois, les autorités coloniales ont reconnu le droit des Endorois d'occuper et d'utiliser la terre et ses ressources. Ils soutiennent que du point de vue du droit, cette terre était reconnue comme "la place des Endorois" et que dans la pratique, les Endorois ont connu une longue période de tranquillité pendant l'administration coloniale. Le fait que la communauté Endorois ait continué à jouir de ces droits traditionnels a été également reconnu lors de la création de la république indépendante du Kenya en 1963. Le 1er mai 1963, la terre des Endorois est devenue une "Fiducie Foncière" conformément à l'article 115 (2) de la constitution kényane, qui stipule que:

Chaque Conseil de Comté doit être dévolu à la Fiducie Foncière au profit des personnes qui résident habituellement sur cette terre et doit donner effet aux droits, intérêts et autres avantages liés à cette terre tel que défini par le droit coutumier africain en vigueur et applicable conféré à tout(e) tribu, groupe, famille ou individu.

89. Les Plaignants soutiennent qu'en vivant et en travaillant sur cette terre pendant des siècles, les Endorois étaient des résidents habituels sur cette terre, et que leur forme traditionnelle de propriété collective de la terre a valeur de droit, intérêt ou autre avantage...dans le cadre du droit coutumier africain » conféré à tout(e) tribu, groupe ou famille conformément à l'article 115 (2). Ils affirment que par conséquent, dans le cadre du droit kényan, les Conseils de Comté de Baringo et Koibatek étaient – et restent obligés de donner effet aux droits et intérêts des Endorois en ce qui concerne cette terre.

Droits de propriété et Communautés autochtones

90. Les Plaignants soutiennent que les tribunaux internationaux et domestiques ont reconnu que les groupes autochtones ont une forme particulière de régime foncier qui crée un ensemble de problèmes spécifiques, dont l'absence de reconnaissance d'un titre "officiel" de leurs territoires historiques, l'échec des systèmes juridiques domestiques à reconnaître les droits de propriété communautaires, et la revendication par les autorités coloniales d'un titre légal officiel sur les terres des autochtones. Ils affirment que cette situation a abouti à de nombreux cas de déplacement des populations de leurs territoires historiques, à la fois par les autorités coloniales et les régimes post coloniaux s'appuyant sur le titre légal hérité des autorités coloniales.

91. Dans le même ordre d'idées, les Plaignants affirment que la Commission africaine elle-même a reconnu les problèmes auxquels sont confrontés les communautés traditionnelles s'agissant de l'expropriation de leurs terres dans un Rapport du Groupe de Travail sur les Populations / Communautés autochtones, qui mentionne que :

[...] leurs lois et règlements coutumiers ne sont pas reconnus ou respectés et ceci d'autant plus que la législation nationale dans de nombreux cas ne prévoit pas d'attribution de titre foncier collectif. La propriété foncière collective est fondamentale pour la plupart des communautés autochtones d'éleveurs et de chasseurs, et l'une des principales requêtes des communautés autochtones est par conséquent la reconnaissance et la protection des formes collectives de propriété foncière.

[17](#)

92. Ils soutiennent que la jurisprudence de la Commission relève que l'article [14](#) inclut le droit à la propriété aussi bien individuel que collectif.

93. Citant l'affaire *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua* , ¹⁹ les Plaignants soutiennent que les droits de propriété des autochtones ont été légalement reconnus comme des droits de propriété communautaires, où l' IActHR a reconnu que la Convention inter-américaine a protégé les droits de propriété « de manière à inclure, entre autres, les droits des membres des communautés autochtones dans le cadre de la propriété communautaire ». ¹⁹

94. Les Plaignants soutiennent en outre que les Tribunaux ont statué sur des cas de violations des droits de propriété des autochtones issues de la saisie coloniale des terres, comme par exemple lorsque les Etats modernes s'appuient sur le titre légal domestique hérité des autorités coloniales. Ils prétendent que les tribunaux nationaux ont reconnu ce droit. De tels jugements ont été rendus par le Conseil Privé du Royaume-Uni en 1921, ²³ la Cour Suprême du Canada ²¹ et la Haute Cour d'Australie. ²² Citant l'affaire *Richtersveld* , ils affirment que la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud a retenu que les droits d'une certaine communauté ont survécu à l'annexion de ses terres par la Couronne britannique et que ceci a pu être opposé aux occupants actuels de leur territoire. ²³

95. Les Plaignants affirment que la protection accordée par l'article 14 de la Charte africaine inclut les droits de propriété des autochtones, notamment leurs terres ancestrales. Le droit des Endorois à la possession des terres entourant le Lac Bogoria, affirment-ils, est par conséquent protégé par l'article 14. Ils prouvent que les droits de propriété protégés sont au-dessus de celles envisagées par la loi kényane et incluent un droit à la propriété collective.

96. Les Plaignants soutiennent que suite aux actions des autorités kényanes, l'on a empiété sur la propriété des Endorois, notamment à travers l'expropriation, et par ricochet, le refus effectif de propriété de leurs terres. Les Plaignants soutiennent que le système judiciaire kényan n'a assuré aucune protection des droits de propriété des Endorois. Citant la Haute Cour du Kenya, ils affirment qu'elle s'est déclarée incompétente à statuer sur la question du droit à la propriété. ²⁴

97. Les Plaignants affirment que le jugement de la Haute Cour du Kenya retenait en effet que les Endorois avaient perdu tous droits dans le cadre de la fiducie, sans être dédommagés au-delà des sommes minimum finalement allouées pour couvrir les frais de recasement de 170 familles. Ils soutiennent que ce jugement, en définitive, rejette également le fait que les Endorois ont des droits dans le cadre de la fiducie, bien qu'ils soient des "résidents habituels" sur ce territoire. Ils affirment que la cour a déclaré que :

L'objet en question est une ressource naturelle nationale. La loi n'autorise pas les individus à jouir d'une telle ressource simplement parce qu'ils sont nés à côté d'elle.

98. Ils soutiennent qu'en le déclarant, la Haute Cour a rejeté les arguments basés non seulement sur la fiducie, mais également sur les droits des Endorois sur cette terre en tant que peuple, en raison de leur occupation historique de la région du Lac Bogoria.

99. Les Plaignants citent un certain nombre d'empiétements qui, selon eux, affectent directement l'identité de la communauté en tant que peuple :

1. L'échec à assurer la reconnaissance et la protection adéquates dans la législation nationale des droits de la communauté sur la terre, en particulier l'échec de la loi kényane à reconnaître la propriété collective de la terre;
2. La déclaration de la Réserve faunique en 1973/1974 qui était censée éliminer les droits de propriété restants des membres de la communauté sur la terre, y compris leurs droits en tant que bénéficiaires d'une fiducie régie par le droit kényan.
3. L'absence totale de dédommagement des membres de la communauté Endorois pour la perte de leurs capacités à utiliser et à jouir de leurs biens après 1974 ;
4. l'expulsion des Endorois de leur terre, à travers non seulement le déplacement physique des familles Endorois vivant sur cette terre mais également le refus de l'accès à la terre pour le reste de la communauté, ainsi que les pertes résultant de leurs biens non meubles situés sur cette terre, notamment les habitations, les sites culturels et religieux et les ruches.
5. la perte significative par les Endorois de leur bétail suite à leur expulsion ;
6. le refus des avantages, de l'utilisation et des intérêts de leurs terres ancestrales depuis leur expulsion, notamment le refus de tout bénéfice financier issu des ressources de la terre, à l'instar de celles générées par le tourisme ;

7. l'attribution du titre foncier à des particuliers et l'octroi de concessions minières sur les terres querellées.

100. Les Plaignants affirment qu'un empiètement sur la propriété constitue une violation de l'article [14](#), sauf s'il est prouvé qu'il a lieu dans l'intérêt général ou public de la communauté et conformément aux dispositions des lois appropriées. Ils soutiennent par ailleurs que la condition énoncée dans l'article [14](#) de la Charte est conjonctive. En d'autres termes, pour qu'un empiètement ne constitue pas une violation de l'article [14](#), il doit être prouvé que cet empiètement a eu lieu dans l'intérêt public/ général de la communauté et qu'il a eu lieu conformément aux lois en vigueur et obéit au principe de proportionnalité. Citant la jurisprudence de la Commission elle-même, les plaignants soutiennent que : « La justification des limites doit être strictement proportionnelle et absolument nécessaire aux avantages les accompagnants.²⁵ Ils affirment que la Cour Européenne des Droits de l'Homme ²⁶ autant que l'IACmHR ont retenu que les limites imposées aux droits doivent être —proportionnelles et raisonnables.» ²⁷

101. Les Plaignants soutiennent que dans cette affaire, au nom de la création de la Réserve faunique, les autorités kényanes ont expulsé les Endorois de leurs terres et détruit leurs biens, notamment les maisons, les bâtiments religieux et les ruches. Ils soutiennent que le bouleversement et le déplacement des membres de toute une communauté et le rejet de leurs droits de propriété sur leurs terres ancestrales est disproportionné par rapport à un quelconque besoin public comblé par la Réserve faunique. Ils affirment que même en supposant que la création de la Réserve faunique visait un but légitime et satisfaisait un besoin public, elle aurait pu être assurée par des moyens alternatifs proportionnels au besoin.

102. Les Plaignants affirment par ailleurs que l'empiètement sur les droits de propriété des Endorois devait se faire en conformité avec les « lois appropriées », en vue d'éviter une violation de l'article [14](#), et que cette disposition signifie à tout le moins que le droit kényan, autant que les dispositions pertinentes du droit international, soient respectés. Ils soutiennent que la violation des droits des Endorois n'a pas respecté le droit kényan au moins à trois niveaux :

1. il n'existait aucun pouvoir devant les expulser de cette terre;
2. la fiducie en leur faveur n'avait jamais été éteinte légalement, mais simplement ignorée ; et
3. un dédommagement adéquat ne leur avait jamais été payé.

103. Les Plaignants soutiennent que les terres traditionnelles du peuple Endorois sont classées Fiducie Foncière dans la section 115 de la Constitution, et que ceci oblige le Conseil de Comté à donner effet aux « droits, intérêts ou autres avantages liés à la terre, tels que conférés par le droit coutumier africain en vigueur » . Ils affirment que ceci a créé un droit bénéficiaire pour les Endorois sur leurs terres ancestrales.

104. Les Plaignants allèguent en outre que les autorités kényanes ont créé la Réserve faunique du Lac Hannington, y compris les terres des Endorois autochtones le 9 novembre 1973, mais qu'ils ont changé ce nom en Réserve faunique du Lac Bogoria dans un Second Avis en 1974. ²⁸ L' Avis de 1974 avait été publié par le ministère kényan du Tourisme et de la Faune dans le cadre de la Loi sur la Protection de la Faune (—WAPAll). ²⁹ Selon les plaignants, la WAPA s'appliquait à la Fiducie Foncière tout comme elle s'appliquait sur toute autre terre, et ne nécessitait pas que cette terre soit éliminée de la Fiducie avant la création d'une Réserve faunique à cet endroit. Ils soutiennent que la législation en vigueur ne donnait pas le pouvoir d'expulser un individu ou un groupe quelconque occupant la terre de la Réserve faunique. Au contraire, la WAPA interdisait simplement la chasse, l'abattage ou la capture d'animaux au sein de la réserve faunique. ³⁰ Pourtant, affirment les Plaignants, malgré l'absence de justification légale, la communauté Endorois a été informée dès 1973 qu'elle devrait quitter ses terres ancestrales.

105. Les Plaignants affirment que de surcroît, la déclaration de la Réserve faunique du Lac Bogoria contenue dans l'Avis de 1974 n'a pas affecté le statut de la terre des Endorois comme Fiducie Foncière. L'obligation des Conseils de Comté de Baringo et Koibatek de donner effet aux droits et intérêts du peuple Endorois reste valable. Ils soutiennent que le seul moyen, dans le cadre du droit

kényan, par lequel les avantages des Endorois par rapport à la Fiducie auraient pu être dissous concernait le cas où le Conseil de Comté ou le président du Kenya « mettait en réserve » cette terre. Toutefois, la Loi sur les Fiducies Foncières exigeait qu'une telle mise en réserve de la terre, pour être légale, soit publiée dans le Kenyan Gazette. ³¹

106. Les Plaignants affirment qu'à la connaissance des membres de la communauté, un tel avis n'a pas été publié. Tant que cela n'est pas fait, poursuivent-ils, la Fiducie Foncière contenant le Lac Bogoria ne saurait être divisée, et les droits coutumiers africains du peuple Endorois continueront à être régis par la loi kényane. ³²

109. Citant la loi kényane, les Plaignants affirment que la Loi kényane sur l'Acquisition Foncière définit les facteurs qui doivent être pris en compte dans la détermination des frais de dédommagement, ³⁴ partant du principe de base selon lequel le dédommagement doit être basé sur la valeur marchande de la terre au moment de son acquisition. D'autres considérations incluent les dommages subis par les personnes concernées et causés par leur expulsion, et d'autres incluant la perte des recettes, les dépenses de recasement et la diminution des avantages issus de la terre. La Loi sur l'Acquisition Foncière prévoit une majoration de 15% de la valeur marchande destinée à compenser les perturbations. Dans le cadre de la loi kényane, lorsqu'un tribunal juge que le montant alloué au dédommagement est insuffisant, un intérêt annuel de 6% doit être ajouté au différentiel dû aux parties concernées. ³⁵

110. Les Plaignants déclarent que seulement cent soixante-dix familles sur au moins quatre cent expulsées des terres ancestrales des Endorois par les autorités kényanes ont reçu une forme d'assistance financière. En 1986, 170 familles expulsées de leurs maisons dans la Réserve faunique du Lac Bogoria ont reçu chacune environ 3.150 Kshs. A l'époque, cette somme équivalait à environ 30£.

111. Les Plaignants déclarent que d'autres sommes à verser en compensation de la valeur de la terre perdue, ainsi que des revenus et des emplois liés à la Réserve Faunique ont fait l'objet de promesses de la part des autorités kényanes, mais que les Endorois ne les ont jamais reçus.

112. Les Plaignants soutiennent que les autorités kényanes elles-mêmes ont reconnu que le paiement d'une somme de 3150 Kshs par famille représentait seulement une « aide au recasement » et ne constituait pas le dédommagement total versé pour la perte de la terre. ³⁶

les Plaignants soutiennent que la protection énoncée à l'article 17 peut être invoquée par n'importe quel groupe qui s'identifie à une culture particulière au sein d'un Etat. Mais, selon eux, cette disposition fait plus que cela. Ils affirment également que l'article 17 couvre la protection des cultures et modes de vie des autochtones.

116. Les Plaignants soutiennent que le peuple Endorois a subi des violations de ses droits culturels sur deux plans. Premièrement, la communauté a été confrontée à des limites systématiques imposées sur l'accès aux sites, telles que les berges du Lac Bogoria, qui revêtent une importance capitale pour la célébration de rites culturels. Les tentatives de la communauté d'accéder à leurs terres historiques pour ces raisons ont été décrites comme des « violations de propriété » et se sont soldées par des intimidations et des arrestations. Deuxièmement, et de manière distincte, les droits des membres de la communauté ont été violés à travers les préjudices sérieux causés par les autorités kényanes à leur mode de vie nomade.

117. Et avec les exploitations minières actuellement en cours près du Lac Bogoria, les Plaignants soutiennent que d'autres menaces planent sur l'intégrité culturelle et spirituelle des terres ancestrales.

118. Les Plaignants affirment que contrairement aux articles 8 et 14 de la Charte africaine, l'article 17 ne contient pas de disposition expresse autorisant les limites à ce droit dans certaines conditions. Ils déclarent que l'absence d'une telle disposition est une indication forte du fait que les rédacteurs de la Charte africaine ont envisagé, le cas échéant, peu de conditions dans lesquelles il serait approprié de limiter le droit d'un peuple à la culture. Cependant, en cas de limite, celle-ci doit être proportionnelle à un but légitime et en conformité avec les principes du droit international sur les droits de l'homme et des peuples. Les plaignants affirment que le principe de proportionnalité exige que les limites soient le moins restrictives possible afin d'atteindre le but légitime.

119. Les Plaignants allèguent par conséquent que même si la création de la Réserve faunique constitue un but légitime, l'échec des autorités kényanes à assurer l'accès au droit aux fins de célébration de festivités et de rites culturels ne saurait être réputé proportionnel à ce but.

Violation présumée de l'article 21 – Droit à la libre utilisation des ressources naturelles

L'article 21 de la Charte stipule que :

- Tous les peuples doivent disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles. Ce droit doit être exercé dans l'intérêt exclusif des peuples. En aucun cas, les peuples ne doivent en être privés.
- En cas de spoliation, les populations expropriées ont le droit de procéder au recouvrement légal de leurs biens ainsi qu'à un dédommagement adéquat.

120. Les Plaignants affirment que les Endorois ont été incapables d'accéder aux ressources vitales de la région du Lac Bogoria depuis leur expulsion de la Réserve faunique. Les plantes médicinales et le sol fertile qui maintenaient leur bétail en bonne santé sont désormais hors de portée de la communauté. Des autorisations d'exploitation minière des terres des Endorois ont été délivrées sans donner aux Endorois une part de ces ressources. Par conséquent, les Endorois ont subi une violation de l'article 21 concernant le droit aux ressources naturelles.

121. Les Plaignants affirment que dans l'affaire Ogoni, le droit aux ressources naturelles continues dans les terres traditionnelles a été conféré aux peuples autochtones, et qu'un peuple habitant une région spécifique au sein d'un Etat peut revendiquer la protection de l'article 21.³⁸ Ils soutiennent que le droit de disposer librement des ressources naturelles est d'une importance capitale pour les peuples autochtones et leur mode de vie. Ils citent le rapport du Groupe de travail d'Experts de la Commission africaine qui relève que :

L'expropriation foncière et des ressources naturelles est un problème majeur relevant des Droits humain des peuples autochtones... La création de zones protégées et de parcs nationaux a appauvri les communautés autochtones d'éleveurs et de chasseurs, les a rendus vulnérables et incapables de s'adapter aux aléas de l'environnement et dans de nombreux cas, les a même déplacés... Ceci (la perte des ressources naturelles fondamentales) est une violation grave de la Charte africaine (article 21(1) et 21(2)), qui stipule clairement que tous les peuples ont droit aux ressources, aux richesses et aux biens naturels.³⁹

122. Citant la Charte africaine, les Plaignants soutiennent que la Charte crée deux droits distincts, aussi bien pour la propriété (article 14) que pour la libre utilisation des richesses et des ressources naturelles (article 21). Ils affirment que dans le contexte des terres traditionnelles, ces deux droits sont étroitement liés et sont violés de la même manière. Ils affirment que l'article 21 de la Charte africaine est néanmoins plus vaste dans sa portée que l'article 14, et exige le respect du droit des peuples à utiliser les ressources naturelles, même lorsque ces peuples ne possèdent pas de titre foncier.

123. Les Plaignants ont relevé que la Directive Opérationnelle 4.10 de la Banque mondiale stipule que « une attention particulière doit être accordée aux droits des peuples autochtones à utiliser et à développer les terres qu'ils occupent, d'être protégés contre les intrusions illégales et d'avoir accès aux ressources naturelles (telles que les forêts, la faune, et l'eau) vitales pour leur subsistance et leur reproduction. »⁴⁰

124. Les Plaignants affirment que les Endorois sont un peuple jouissant de la protection de l'article 21 par rapport au Lac Bogoria et aux richesses et ressources naturelles qui en découlent. Ils soutiennent que pour les Endorois, les ressources naturelles incluent les médicaments traditionnels obtenus à partir des plantes se trouvant autour du Lac et des ressources telles que les sels minéraux et le sol fertile qui leur assuraient un appui pour la santé de leur bétail, et partant, de leur mode de vie d'éleveurs. Les Plaignants déclarent que les membres de la communauté tiraient profit de ces ressources naturelles avant leur expulsion de leurs terres traditionnelles. Par ailleurs, l'article 21 protège également le droit des membres de la communauté à jouir des potentielles richesses de leurs terres, y compris le tourisme, les rubis, et d'autres ressources potentielles. Ils déclarent que depuis leur expulsion du Lac Bogoria, les Endorois, en violation de l'article 21, se sont

vu refuser le libre accès à cette terre et à ses ressources naturelles, puisqu'ils ne peuvent plus bénéficier de celles-ci et des richesses potentielles, y compris celles générées par la récente exploitation de ladite terre, à l'instar des revenus et des emplois générés par la création de la Réserve faunique et des produits de l'exploitation minière.

Violation présumée de l'article – Droit au développement

L'article 22 de la Charte africaine stipule que :

Tous les peuples ont droit au développement économique, social et culturel, compte dûment tenu de leur liberté et de leur identité et de la jouissance égale de l'héritage commun de l'humanité.

125. S'agissant du droit au développement, les plaignants soutiennent que le droit des Endorois au développement a été violé suite à l'incapacité de l'Etat Défendeur à impliquer de manière adéquate les Endorois dans le processus de développement, couplé au défaut d'assurer l'amélioration permanente du bien-être de la communauté Endorois.

126. Les Plaignants soutiennent que les Endorois ont vu l'ensemble de choix et capacités qui leur étaient offerts se réduire depuis leur expulsion de la Réserve faunique. Ils affirment qu'en raison du manque d'accès au Lac, aux sels minéraux et à leurs pâturages habituels, le bétail des Endorois a été décimé. Par conséquent, les Endorois n'étaient pas en mesure de payer leurs impôts, ce qui a amené les autorités kényanes à prendre davantage de bétail.

127. Ils soulignent que les Endorois n'avaient pas d'autre choix que de quitter le Lac. Cette absence de choix, selon les Plaignants, contredit directement les garanties du droit au développement. Ils déclarent que si les autorités kényanes avaient assuré le droit au développement tel que stipulé par la Charte africaine, le développement de la Réserve faunique aurait accru les capacités des Endorois.

128. Citant l'affaire *Ogoni*, les Plaignants affirment que la Commission africaine a relevé l'importance du choix lié au bien-être. Ils soutiennent que la Commission africaine a retenu que l'Etat doit respecter les détenteurs de droits et « leur liberté d'action » .⁴¹ Ils affirment que la liberté reconnue par la Commission est équivalente au choix compris dans le droit au développement. En reconnaissant cette liberté, déclarent-ils, la Commission africaine a commencé à épouser le droit au développement en tant que choix. S'agissant toujours du droit au développement, ils affirment que le même principe de liberté d'action peut être appliqué à la communauté Endorois dans ce cas précis.

129. Les Plaignants prétendent que le choix de l'autodétermination inclut également la capacité de la communauté à utiliser les ressources naturelles comme elle le désire, nécessitant des mesures de contrôle de la terre. Ils affirment également que pour les Endorois, la capacité d'utiliser les sels minéraux, l'eau, et le sol de la région du Lac Bogoria a été éliminée, compromettant leur autodétermination. A cet égard, affirment les Plaignants, il est clair que le développement doit être compris comme un accroissement du bien-être des peuples, tel que mesuré par les capacités et les choix disponibles. La réalisation du droit au développement, selon eux, nécessite l'amélioration et l'accroissement des capacités. Ils soutiennent que les Endorois ont subi une perte de leur bien-être à travers la restriction de leurs choix et de leurs capacités, y compris une participation effective et significative aux projets qui les concerneront.

130. Citant la Comité des Droits de l'Homme, les Plaignants soutiennent que la Commission a examiné la question de l'efficacité des procédures de consultation dans l'affaire *Mazurka c./ Nouvelle-Zélande* .⁴² Ils affirment que le Comité a trouvé que le processus de consultation élargie entrepris par la Nouvelle Zélande a effectivement prévu la participation du peuple Maori dans la détermination des droits de pêche. Les autorités de la Nouvelle-Zélande ont mené des négociations avec les représentants des Maori, et ont autorisé que le Protocole d'Accord qui en est issu soit largement débattu par tous les Maori du pays.⁴³ Les Plaignants soutiennent que le Comité a spécialement relevé que cette procédure de consultation prenait en compte l'importance culturelle et religieuse de la pêche pour le peuple Maori, et que les représentants des Maori étaient capables d'affecter le règlement définitif.

131. Selon les Plaignants, le caractère inadéquat des consultations menées par les autorités kényanes est souligné par les actions des Endorois après la création de la Réserve faunique. Les plaignants informent la Commission africaine que les Endorois croyaient, et ont continué à croire

même après leur expulsion, que la Réserve faunique et leur mode de vie d'éleveurs ne seraient pas absolument exclusifs et qu'ils auraient le droit de revenir sur leurs terres. Ils affirment que dans leur défaut de comprendre qu'elles étaient expulsées pour toujours, de nombreuses familles sont restées dans leurs maisons jusqu'en 1986.

132. Les Plaignants affirment que le cours des événements a laissé les Endorois déçus par ce processus de la plus haute importance pour leur vie en tant que peuple. Le ressentiment lié à la manière injuste dont ils avaient été traités a inspiré certains membres de la communauté, qui ont essayé de revendiquer la Forêt de Mochongoi en 1974 et 1984, de rencontrer le président et de discuter de cette affaire en 1994 et 1995, et de protester contre les actions entreprises à travers des manifestations pacifiques. Ils soutiennent que si ces consultations avaient été menées de manière à impliquer effectivement les Endorois, il n'y aurait pas eu de confusion quant à leurs droits, ou de ressentiment lié au fait que leur consentement avait été indûment obtenu.

133. Les Plaignants ajoutent que la condition liée au consentement préalable et avisé a également été délimitée dans la jurisprudence de l'IACmHR. Référant la Commission africaine à l'affaire *Mary and Carrie Dan c./USA*, ils soutiennent que l'IACmHR a relevé que le fait de convoquer des réunions avec la communauté 14 ans après le début des procédures d'extinction du titre ne constituait ni une participation préalable, ni une participation effective.⁴⁴ Ils affirment que pour qu'un processus devant aboutir à un consentement soit pleinement avisé, il faut au moins que tous les membres de la communauté soient pleinement et exactement informés de la nature et des conséquences de ce processus et qu'ils aient l'opportunité effective d'y participer individuellement ou de manière collective.⁴⁵

134. A cet égard, les Plaignants sont d'avis que les autorités kényanes ont violé le droit au développement des Endorois en engageant des actions de coercition et d'intimidation qui sont venues abroger le droit des membres de la communauté d'assurer leur participation effective et de donner librement leur consentement. Les plaignants affirment que cette coercition a continué jusqu'à nos jours. Ils déclarent que M. Charles Kamuren, le président du Conseil chargé du Bien-être des Endorois, a informé la Commission africaine des détails liés aux menaces et au harcèlement dont lui-même et sa famille, ainsi que d'autres membres de la communauté avaient fait l'objet, notamment lorsqu'ils avaient soulevé des objections sur la question de la délivrance de concessions minières.

135. Les Plaignants affirment également que les Endorois ont été exclus de la participation ou du partage des bénéfices du développement. Les autorités kényanes n'ont pas adopté une approche basée sur les droits aux fruits de la croissance économique, qui insiste sur le développement d'une manière conforme et essentielle à l'exercice des droits humains et du droit au développement à travers une consultation préalable. Ils concluent par conséquent que le développement des Endorois en tant que peuple a pâti aux plans économique, social et culturel. Ils concluent par conséquent que le peuple Endorois a subi une violation de l'article 22 de la Charte.

Arguments sur le fond de l'Etat Défendeur

136. En réponse au mémoire présenté par les Plaignants sur le fond de la Communication 276, y compris l' *Amicus Curiae* Brief par le *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE), l'Etat Défendeur, la République du Kenya, a présenté sa réponse sur le fond de la Communication à la Commission africaine.

137. Les arguments ci-dessous constituent les arguments présentés par l'Etat Défendeur, prenant en compte aussi bien leurs témoignages oraux lors de la 40^{ème} Session ordinaire de la Commission africaine, toutes leurs présentations écrites, notamment les lettres, les déclarations sous serment les accompagnant, les vidéos ainsi que « Arguments du Défendeur et Clarifications Ultérieures découlant des Questions posées par le Commissaire pendant l'Audience sur le Fond de la Communication ».

138. L'Etat Défendeur affirme que la plupart des tribus ne résident pas sur leurs terres ancestrales à cause des déplacements liés à certains facteurs, incluant mais non limités à : la recherche de pâturages pour leur bétail; la recherche de terres arables pour les activités agricoles; le recasement par le gouvernement visant à faciliter le développement; la création de plans d'irrigation, parcs nationaux, réserves fauniques, forêts et l'extraction des ressources naturelles telles que les minerais.

139. L'Etat Défendeur affirme qu'il a mis sur pied un programme pour la gratuité de l'enseignement primaire universel et un programme de relance économique, en vue d'accroître les revenus des ménages ruraux défavorisés, y compris les Endorois. Il soutient qu'il a non seulement initié des programmes pour la répartition équitable des ressources budgétaires, mais a également élaboré une stratégie de relance économique pour la création des richesses et des emplois, dans le but d'éradiquer la pauvreté et sécuriser les droits économiques et sociaux des couches défavorisées et marginalisées, dont les Endorois.

140. L'Etat Défendeur allègue que la terre située dans la région du Lac Bogoria est occupée par la tribu Tugen, qui est composée de quatre clans, à savoir :

141. Les Endorois, qui se sont établis dans les zones de Mangot, Mochongoi et Tangulmbei ;
Les Lebus – qui se sont établis dans la zone du District de Koibatek ;
Les Somor – qui vivent dans les zones de Maringati, Sacho, Tenges et Kakarnet et ;
Les Alor – qui vivent dans les zones de Kaborchayo, Paratapwa, Kipsalalar et Buluwesa.

142. L'Etat Défendeur soutient que tous ces clans coexistent dans une même zone géographique. Il soutient qu'il convient de relever qu'ils partagent la même langue et les mêmes noms, ce qui signifie qu'ils ont beaucoup de choses en commun. L'Etat Défendeur conteste que les Endorois constituent effectivement une communauté /une sous-tribu ou un clan à part, et il soutient qu'il revient aux plaignants de prouver que les Endorois sont différents de l'autre clan Tugen ou de la tribu Kalenjin qui est plus nombreuse avant de continuer à présenter cette affaire devant la Commission africaine.

143. L'Etat Défendeur maintient que suite à la Déclaration de la Réserve du Lac Bogoria, le Gouvernement s'est lancé dans une opération de réinstallation de la majorité des Endorois dans le cadre du plan de réinstallation de Mochongoi. Il soutient que c'était plus que l'indemnisation payée aux Endorois après la parution dans le journal officiel de leur terre ancestrale autour du lac. Il a en outre déclaré qu'il n'y avait rien de pareil au Mochongoi Forest au Kenya et la seule forêt dans la région était la Ol Arabel Forest.

Décision sur le Fond

144. La présente Communication allègue que l'Etat Défendeur a violé les droits humains de la communauté Endorois, en tant que population autochtone, en les faisant partir de force leur terre ancestrale, en ne les indemnisant pas de manière adéquate pour la perte de leurs biens, en mettant fin aux activités pastorales et en violant le droit à la pratique de leur religion et culture, ainsi que l'ensemble du processus de développement du peuple Endorois.

145. Avant d'aborder les articles allégués avoir été violés, l'Etat Défendeur a demandé à la Commission africaine de déterminer si les Endorois peuvent être reconnus comme communauté, tribu ou clan à part. L'Etat Défendeur conteste que les Endorois sont une communauté distincte nécessitant une protection spéciale. L'Etat Défendeur déclare qu'il est nécessaire que les plaignants prouvent leur différence par rapport aux autres clans Tugen ou à la grande tribu Kalenjin. Les questions immédiates que la Commission africaine doit se poser sont les suivantes:

146. Les Endorois sont-ils une communauté distincte ? Sont-ils un peuple autochtone, qui nécessite par conséquent une protection spéciale? S'ils sont une communauté distincte, qu'est-ce qui les rend différents du clan Tugen sub-tribu ou de la grande tribu Kalenjin ?

147. Avant d'examiner cette question, la Commission africaine note que les concepts de « peuples », « peuples / communautés autochtones » sont des termes contestés. ⁴⁶ S'agissant de l'expression « peuples autochtones », il n'existe aucune définition universelle et formelle de ce concept, puisqu'aucune définition acceptée n'incorpore la diversité des cultures, de l'histoire et des circonstances actuelles des autochtones. Les rapports entre les populations autochtones et les groupes dominants ou principaux de la société varient d'un pays à l'autre. Ceci est également valable pour le concept de « peuples ». La Commission africaine est ainsi consciente de la connotation politique véhiculée par ces concepts. Ces controverses ont amené les rédacteurs de la Charte africaine à s'abstenir délibérément de proposer une quelconque définition de la notion de « peuple(s) ». ⁴⁷ Dans son Rapport du Groupe de travail des Experts sur les Populations / Communautés Autochtones, ⁴⁸ la Commission africaine décrit son dilemme face à la définition du concept de « peuples » dans les termes suivants :

Malgré son rôle visant à interpréter toutes les dispositions de la Charte africaine en vertu de l'article 45 (3), la Commission africaine s'est au départ écartée de l'interprétation du concept de « peuples ». La Charte africaine elle-même ne définit pas ce concept. Au départ, la Commission africaine n'était pas à l'aise pour développer les droits pour lesquels il existait peu de jurisprudence concrète internationale. Le PIRDCP et le PIRDESC ne définissent pas le terme « peuples ». Il est évident que les rédacteurs de la Charte africaine ont voulu établir une différence entre les droits traditionnels individuels, lorsque les sections précédant l'article 17 font référence à « chaque individu ». L'article 18 sert de cassure en faisant référence à la famille. Les articles 19 à 24 invoquent spécifiquement « tous les peuples ».

148. Toutefois, la Commission africaine relève que s'il est vrai que les termes peuples et communautés autochtones suscitent des débats passionnés, il n'en demeure pas moins vrai que certains groupes marginalisés et vulnérables en Afrique souffrent de problèmes spécifiques. Elle est consciente que beaucoup de ces groupes n'ont pas été pris en compte par les paradigmes dominants de développement et que dans la plupart des cas ils sont victimes des principales politiques de développement et estime que leurs droits sont bafoués. La Commission africaine est également consciente que les populations autochtones, en raison des processus passés et actuels, sont marginalisées dans leur propre pays et ont besoin que leurs droits humains fondamentaux et leurs libertés fondamentales soient reconnus et protégés.

149. La Commission africaine relève également que du point de la vue de la norme, la Charte africaine est un document novateur et unique, par rapport à d'autres instruments régionaux en matière de droits de l'Homme, par le fait qu'elle met un accent particulier sur les droits des « peuples ». ⁴⁹ Elle présente une grande différence par rapport à d'autres instruments régionaux et universels des droits de l'Homme en tissant une toile qui inclut les trois « générations » de droits: les droits civiques et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels et les droits des groupes et des peuples. A cet égard la Commission relève pour sa part que le terme « autochtone » ne vise pas non plus à créer une classe spéciale de citoyens, mais plutôt à prendre en compte les injustices et les inégalités passées et présentes. C'est dans ce sens que ce terme a été appliqué dans le contexte africain par le Groupe de Travail sur les Populations / Communautés Autochtones de la Commission africaine. ⁵⁰ Dans le contexte de la Charte africaine, le Groupe de Travail note que la notion de populations est étroitement liée aux droits collectifs. ⁵¹

150. La Commission africaine note également que la Charte africaine, en ses articles 20 à 24, dispose que les peuples peuvent faire valoir leurs droits en tant que peuples, c'est-à-dire en tant que collectivités. ⁵² La Commission, à travers son Groupe d'Experts sur les populations/communautés autochtones, a également présenté quatre critères d'identification des populations autochtones : ⁵³ l'occupation et l'utilisation d'un territoire spécifique ; la perpétuation volontaire de traits culturels distinctifs ; l'auto identification comme collectivité distinctive, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ; une expérience de subjugation, de marginalisation, de dépossession, d'exclusion ou de discrimination. Le Groupe de Travail a également fixé certaines caractéristiques communes aux groupes autochtones d'Afrique :

...tout d'abord (mais non de façon exclusive) les différents groupes de chasseurs ou d'anciens chasseurs et certains groupes de bergers... Une caractéristique clé pour la plupart d'entre eux est que la survie de leur mode de vie spécial dépend de leur accès et de leurs droits à leur espace traditionnel et à ses ressources naturelles. ⁵⁴

151. La Commission africaine est donc consciente de l'existence d'un nouveau consensus autour de certains aspects objectifs qu'un groupe d'individus devrait être considéré comme « un peuple » - à savoir une tradition historique commune, une identité raciale ou ethnique, une homogénéité culturelle, une unité linguistique, des affinités religieuses et idéologiques, une liaison territoriale, et une vie économique ou d'autres liens, identités et affinités dont ils jouissent collectivement – en particulier les droits énoncés aux termes des articles 19 et 24 de la Charte africaine – ou souffrent collectivement de la dénégaration de ces droits. Ce qui est évident, c'est que toutes les tentatives visant à définir le concept de population autochtone reconnaissent les liens entre les peuples, leurs terres et leur culture et qu'un tel groupe exprime son souhait d'être identifié comme un peuple ou soit conscient d'être un peuple. ⁵⁵

152. Pour ce qui est de la question en cours d'étude, l'article [61](#) de la Charte africaine enjoint la Commission de s'inspirer d'autres sources subsidiaires du droit international ou de principes généraux pour déterminer les droits figurant dans la Charte africaine. [56](#) La Commission africaine accepte, par conséquent, la définition proposée par le Groupe de Travail des Nations Unies sur les peuples indigènes :

...que les autochtones sont...ceux qui, ayant une continuité historique avec les sociétés pré invasion et précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se croient distincts des autres secteurs des sociétés qui prévalent maintenant dans ces territoires, ou dans une partie de ces territoires. Ils constituent actuellement les secteurs non dominants de la société et sont décidés à préserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres, et leur identité ethnique, en tant que fondement de leur existence continue en tant que peuples, selon leurs modèles culturels, leurs institutions sociales et leurs systèmes juridiques. [57](#)

153. Mais cette définition devrait être lue conjointement avec le Rapport du Groupe de travail de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones, ce qui est la base de sa « définition » de populations autochtones. [58](#) Elle note également que l'Organisation internationale du Travail a donné une définition des autochtones dans la Convention N°169 relative aux populations et tribus autochtones des pays indépendants : [59](#)

Les populations des pays indépendants qui sont considérées comme des autochtones parce qu'ils sont les descendants des premiers habitants du pays, ou une région géographique comprenant ce pays, à la période coloniale, lors des conquêtes, ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat et qui, compte non tenu de leur statut juridique, gardent toutes ou partie de leurs institutions socio-économiques, culturelles et politiques. [60](#)

154. La Commission africaine est également consciente du fait que, bien que certaines populations autochtones aient pu être les premiers habitants, la confirmation des droits n'est pas automatiquement accordée à de telles pré-invasions ou revendications pré-coloniales. En vertu de la Convention 169 de l'OIT, même si de nombreux pays africains n'ont pas signé et ratifié ladite Convention, et à l'instar du concept de groupes de travail des NU, la Commission africaine note l'existence d'un fil commun reliant les divers critères tentant de décrire les autochtones comme ayant une relation ambiguë avec un territoire distinct et que tous les efforts de définition de ce concept reconnaissent les liens entre les peuples, leurs terres et leurs cultures. A cet égard, la Commission africaine note l'observation du Rapporteur spécial des Nations Unies, où il précise qu'au Kenya, les peuples ou communautés autochtones comprennent les communautés des éleveurs tels que les Endorois, [61](#) les Borana, les Gabra, les Massai, les Pokot, les Sumburu, les Turkana, les Somali et les communautés des chasseurs dont les activités restent liées à la forêt, tels que les Awer (Boni), Ogiek, Sengwer, ou Yaaku. Le Rapporteur spécial des Nations Unies a, par ailleurs, fait savoir que les Endorois ont vécu pendant plusieurs siècles sur leur territoire traditionnel au bord du lac Bogoria, qui a été déclaré Réserve faunique en 1973. [62](#)

155. Dans la présente communication, la Commission souhaite souligner le fait que la Charte reconnaît les droits des peuples. [63](#) Les Plaignants maintiennent que les Endorois sont un peuple, statut qui leur donne le droit de bénéficier des dispositions de la Charte africaine qui protègent les droits collectifs. L'Etat Défendeur s'y oppose. [64](#) La Commission africaine relève que la constitution du Kenya qui comprend pourtant le principe de non discrimination et qui garantit les droits civiques et politiques, ne reconnaît pas les droits économiques et socio- culturels en tant que tels, ainsi que les droits de groupes. Elle relève, par ailleurs, que les droits des communautés autochtones de bergers et des chasseurs ne sont pas reconnus en tant que tel dans le cadre constitutionnel et juridique du Kenya, par conséquent, aucune politique ni institution gouvernementale ne traite directement les questions relatives aux populations autochtones. Elle fait également remarquer que, bien que le Kenya ait ratifié la plupart des conventions et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, il n'a pas ratifié la Convention N°169 de l'OIT sur les Autochtones des Pays indépendants, et a refusé d'approuver la Déclaration des Nations Unies, sur les Droits des Autochtones, de l'Assemblée générale.

156. Après étude de toutes les observations des Plaignants et de l'Etat Défendeur, la Commission africaine est d'accord avec les plaignants que les pratiques des Endorois en matière de culture, de

religion et de la tradition sont intimement liées à la terre de leurs ancêtres, qui comprend le Lac Bogoria et la zone environnante. Elle accepte que le Lac Bogoria et la forêt de Monchongoi sont au centre de la culture des Endorois, et que, privés de la terre de leurs ancêtres, les Endorois sont dans l'incapacité d'exercer leurs droits culturels et religieux, et se sentent déconnectés de leurs terres et de leurs ancêtres.

157. En plus d'une relation sacrée avec leurs terres, l'auto-identification est un autre critère important de détermination des autochtones.⁶⁵ Le *Rapporteur spécial* des Nations Unies sur les Droits et Libertés fondamentales des Autochtones soutient également l'auto-identification comme critère clé pour déterminer qui est effectivement autochtone.⁶⁶ La Commission africaine est consciente du fait que, de nos jours, plusieurs autochtones demeurent exclus de la société et souvent, mêmes frustrés de leurs droits en tant que citoyens à part entière de l'état. Néanmoins, la plupart de ces communautés sont déterminées à préserver, développer, et léguer aux générations à venir le territoire de leurs ancêtres et leur identité ethnique. Elle accepte les arguments selon lesquels l'existence continue des communautés autochtones en tant que « peuples » est intimement liée à la possibilité pour eux d'influencer leur propre destin et de vivre conformément à leurs modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes religieux.⁶⁷ La Commission africaine relève, par ailleurs, que le Rapport du Groupe d'experts de la Commission africaine sur les populations/communautés autochtones (WGIP) souligne le fait que l'auto-identification des peuples constitue un élément important du concept de droit des peuples, tel que garanti par la Charte. Elle accepte que les prétendues violations de la Charte africaine par l'Etat Défendeur sont celles qui vont au cœur des droits des autochtones, le droit de préserver son identité par l'identification à la terre des ancêtres, aux modèles culturels, aux institutions sociales et aux systèmes religieux. La Commission africaine accepte par conséquent que l'auto-identification de chaque Endorois comme autochtone et leur acceptation comme un tel groupe, constitue un élément essentiel de son identité.⁶⁸

158. Par ailleurs, en s'inspirant du droit international de la personne, la Commission remarque que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a jugé des cas d'auto-identification où les communautés originaires d'Afrique vivaient ensemble, et avaient pendant deux à trois siècles, développé une relation ancestrale avec leurs terres. En outre, les modes de vie de ces communautés dépendaient surtout de l'utilisation traditionnelle des terres, et de l'héritage culturel et spirituel dû à l'existence des tombeaux des ancêtres sur ces terres.⁶⁹

159. La Commission relève que, alors qu'elle a déjà accepté l'existence des autochtones en Afrique, par ses rapports WGIP, et par l'adoption de son avis consultatif sur la Déclaration des Nations Unies relative aux droits des autochtones, elle remarque que la Cour interaméricaine n'a pas hésité à accorder la protection des droits collectifs aux groupes, au-delà de la compréhension étroite, aborigène et précolombienne des autochtones traditionnellement adoptée dans les Amériques. Dans cette optique, elle a remarqué deux décisions pertinentes de la Cour interaméricaine : D'abord, l'affaire *Moiwana contre le Surinam*⁷⁰ et l'affaire *Saramaka c/Surinam*. L'affaire *Saramaka* a une pertinence particulière par rapport à l'affaire Endorois, compte tenu des avis exprimés par le gouvernement kényan pendant les auditions orales sur le fond.⁷¹

160. Dans l'affaire *Saramaka*, selon les preuves fournies par les Plaignants, le peuple Saramaka constitue un des six groupes Marron du Suriname dont les ancêtres étaient des esclaves africains acheminés de force au Surinam, au 17^{ème} siècle, pendant la colonisation européenne. La Cour interaméricaine considérerait que le peuple Saramaka constitue une communauté tribale dont les caractéristiques socio culturelles et économiques sont différentes des autres sections de la communauté nationale, surtout à cause de leur relation spéciale avec la terre de leurs ancêtres, et parce qu'ils s'auto régulent, au moins partiellement, par leur propre norme, coutume, ou tradition.

161. A l'instar de l'Etat de Surinam, l'Etat Défendeur (Kenya), dans la présente communication, a déclaré que l'intégration des Endorois dans la « société moderne » a affecté leur spécificité culturelle, de telle sorte qu'il serait difficile de les définir comme un groupe distinct très différent de l'autre sous tribu Tugen ou la plus grande tribu Kalenjin. Ce qui veut dire que l'Etat s'est demandé si les Endorois peuvent se définir d'une manière qui prenne en compte les différents degrés auxquels plusieurs membres de la communauté Endorois adhèrent aux lois et coutumes traditionnelles et à l'économie, surtout ceux vivant dans la région du Lac Bogoria. Dans l'affaire *Saramaka*, la Cour interaméricaine

n'est pas d'accord avec l'Etat de Saramaka, à savoir que les Saramaka ne peuvent pas être considérés comme un groupe de personnes distinct juste parce que quelques membres ne s'identifient pas à un groupe plus large. Dans le cas présent, la Commission africaine est convaincue de toutes les preuves qui lui ont été soumises, que les Endorois peuvent être définis comme un groupe tribal distinct dont les membres jouissent et exercent certains droits, tels que le Droit à la propriété d'une manière collective, distincte de la sous tribu Tugen ou alors de la plus importante tribu des Kalenjin.

162. La Cour interaméricaine a également noté que certains membres au sein de la Communauté Saramaka peuvent vivre hors du territoire traditionnel Saramaka et de manière différente des autres Saramaka vivant à l'intérieur du territoire Saramaka et conformément aux coutumes Saramaka n'affecte en rien la spécificité de ce groupe tribal, encore moins son usage communautaire de sa propriété. Dans le cas des Endorois, la Commission africaine est d'avis que la question de savoir si certains membres de la communauté revendiquent certains droits communautaires au nom du groupe est un problème qui doit être résolu par les Endorois, conformément à leurs coutumes et normes traditionnelles, et non par l'Etat. L'absence d'identification individuelle, par rapport aux traditions et aux lois des Endorois, par quelques membres de la communauté ne peut servir de prétexte pour refuser de reconnaître aux Endorois, leurs droits à une personnalité juridique.

Selon toutes les preuves « tant orales qu'écrites, ou par témoignage sur vidéo » remises à la Commission africaine, celle-ci reconnaît que les Endorois sont une communauté autochtones et qu'ils remplissent le critère de « spécificité ». La Commission africaine reconnaît que les Endorois se considèrent comme un peuple à part, partageant une histoire, une culture et une religion communes. La Commission africaine est satisfaite du fait que les Endorois sont un « peuple », statut leur permettant de bénéficier des dispositions de la Charte africaine qui protège les Droits collectifs. La Commission africaine est d'avis que les prétendues violations de la Charte africaine sont celles qui touchent l'essentiel des droits des autochtones – le droit de préserver leur identité par leur identification à la terre des ancêtres.

Violation présumée de l'article 8

163. Les Plaignants allèguent que le droit des Endorois d'exercer librement leur religion, a été violé par l'action de l'Etat Défendeur ayant consisté au déguerpissement des Endorois de leurs terres et au refus de l'accès au Lac Bogoria et d'autres sites religieux environnants. Ils soutiennent par ailleurs que les autorités Kényanes se sont ingérées dans l'aptitude et la pratique d'adoration des Endorois tel que dictée par leur foi ; que les sites religieux à l'intérieur de la Réserve n'ont pas eu une bonne démarcation et une bonne protection, et depuis leur expulsion de la zone du lac Bogoria, les Endorois n'ont pas eu la possibilité d'exercer librement leur religion. Ils présumant que les rites conformes à la liberté de religion, tels que la circoncision, les rituels du mariage, le droit à l'initiation, leur ont été refusés. De la même façon, ils déclarent que les Endorois n'ont pas pu organiser ou participer à leur plus grand rituel religieux de l'année, qui se produit lorsque le lac connaît des changements saisonniers.

164. Les Plaignants déclarent par ailleurs que les Endorois n'ont pas pu pratiquer des prières et des cérémonies qui sont intimement liées au Lac, et qu'ils n'ont pas pu visiter librement la maison spirituelle des Endorois vivants ou morts. Ils déclarent que les croyances spirituelles des Endorois et les cérémonies constituent une religion selon le Droit international. Ils précisent que le terme « religion » dans les instruments internationaux des Droits de l'homme, couvre les diverses croyances religieuses et spirituelles devant être interprétées au sens large. Ils font valoir que le droit à la liberté de religion, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) : Protège les croyances théistes, non théistes et athées, ainsi que le Droit de ne pratiquer aucune religion ou croyance. Les termes « croyance et religion » doivent être compris dans le sens le plus large. L'article 18 ne se limite pas aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances à caractère institutionnel ou pratique analogue à celles des religions traditionnelles.⁷²

Afin de réfuter une violation présumée de l'article 8 de la Charte africaine, l'Etat Défendeur fait valoir que les Plaignants n'ont pas pu démontrer que l'action du gouvernement, visant à rendre publique la

Réserve faunique en vue de conserver l'environnement et la faune, et les raisons culturelles évoquées par les plaignants n'ont pas été assez convaincantes et justificatives. Il fait valoir que la désignation des divers sites protégés, parcs nationaux et réserves fauniques sous la tutelle des Musées nationaux a rendu possible la conservation de certaines des zones menacées par l'empiètement dû à la modernisation. L'Etat Défendeur déclare que certaines de ces zones comprennent le « kayas » (forêts utilisées comme aires rituelles par les communautés originaires de la Province côtière du Kenya), qui se sont montrées très efficaces alors que les communautés ont continué à entrer dans ces aires sans aucune crainte d'empiètement.

65. Avant de décider si l'Etat Défendeur a vraiment violé l'article 8 de la Charte, la Commission souhaite savoir si les croyances spirituelles des Endorois et leurs cérémonies constituent une religion, conformément à la Charte africaine et au Droit International. Dans cette optique, la Commission africaine note l'observation du HCR à l'alinéa 193 (ci-dessus). Elle reconnaît que la liberté de conscience et de religion devrait, entre autres, signifier le droit à l'adoration, à s'engager dans les rituels, à observer les jours de repos, et à porter des costumes religieux.⁷⁴ La Commission africaine fait ses propres observations dans la communication [Free \[ij\] Legal Assistance Group c./ Zaïre](#), selon lesquelles le droit à la liberté de conscience permet aux individus ou groupes d'adorer ou de se rassembler par rapport à une religion ou à une croyance, et d'établir et conserver des places à ce sujet, ainsi que de célébrer des cérémonies conformément aux préceptes de sa religion ou de sa croyance.⁷⁴

166. La Commission est consciente du fait que la religion est souvent liée à la terre, aux croyances et pratiques culturelles et que la liberté d'adorer et de s'engager dans de tels actes est au centre de la liberté de religion. Les pratiques culturelles et religieuses des Endorois sont concentrées autour du lac Bogoria et ont une grande signification pour le peuple en question. Pendant les témoignages oraux, et dans les observations écrites des plaignants, l'attention de la Commission a été attirée sur le fait que les sites religieux sont situés autour du lac Bogoria où les Endorois prient et où les cérémonies religieuses ont régulièrement lieu. Elle reconnaît que les ancêtres des Endorois ont été enterrés à côté du lac, et comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le Lac Bogoria est considéré comme la demeure spirituelle de tous les Endorois vivants ou morts.

167. Elle le fait remarquer par ailleurs que l'une des croyances des Endorois est que leur grand ancêtre, Dorios, est venu du ciel pour s'installer dans la forêt Mochongoi. Il note également les arguments des plaignants, qui n'ont pas été contestés par l'Etat Défendeur, et selon lesquels les Endorois croient que chaque saison, les eaux du lac deviennent rouges, et les ruisseaux chauds émettent une odeur forte signalant ainsi le temps où la communauté doit exécuter les cérémonies traditionnelles pour apaiser les ancêtres qui se sont noyés à la naissance du lac.

168. D'après l'analyse ci-dessus, la Commission africaine accepte que les croyances spirituelles et les cérémonies pratiquées par les Endorois constituent une religion, selon la Charte africaine.

169. La Commission africaine va déterminer maintenant si l'Etat Défendeur, par son action ou son inaction s'est ingéré dans le droit des Endorois, à la liberté de religion.

170. L'Etat Défendeur n'a pas réfuté le fait que les Endorois avaient été déguerpis de la terre de leurs ancêtres qu'ils appellent leurs demeures. L'Etat Défendeur a simplement avancé les raisons selon lesquelles les Endorois ne peuvent plus vivre dans la zone du Lac Bogoria. Les Plaignants font valoir que l'incapacité des Endorois à pratiquer leur religion est une conséquence directe de leur expulsion de leurs terres et que, depuis leur éviction, les Endorois n'ont pas pu pratiquer librement leur religion, dans mesure où l'accès au droit aux rituels religieux a été interdit à leur communauté.

171. Il convient de noter que dans l'affaire [Amnesty International contre le Soudan](#), la Commission africaine a reconnu l'importance capitale de la pratique de la liberté de religion.⁷⁶ La Commission africaine a remarqué que l'Etat partie a violé le droit à la liberté de religion' parce que les non-musulmans n'avaient pas le droit de prêcher ou de construire leur église et étaient victimes de tracasseries, d'arrestations arbitraires et d'expulsions. La Commission africaine rappelle l'affaire *Loren Laroye Riebe Star*, qui a été jugée au TIADH, et qui a déterminé que l'expulsion des terres qui sont au centre de la pratique de la religion, constitue une violation des libertés de religion. Elle remarque que le tribunal a fait savoir que l'expulsion de prêtres de la région de chiapas était une violation du droit à la libre association à but religieux.⁷⁷

172. La Commission africaine reconnaît que dans certaines situations il peut s'avérer nécessaire d'opposer quelques formes de restrictions à un droit protégé par la Charte africaine, mais qu'une telle restriction doit être fixée par la loi et ne doit pas être appliquée de manière à vicier complètement le droit. Elle note la Recommandation du Comité des droits de l'homme, selon laquelle des limitations ne peuvent être opposées que pour les raisons pour lesquelles elles ont été prescrites, et qu'elles doivent être directement liées et proportionnelles à un besoin spécifique pour lequel elles ont été prévues.⁷⁸ La raison d'être d'une limitation particulièrement rude du droit de pratiquer sa religion, telle que celle qu'ont vécue les Endorois doit être basée sur des raisons exceptionnellement bonnes, et il revient à l'Etat Défendeur de prouver qu'une interférence n'est pas seulement proportionnelle aux besoins spécifiques pour lequel elle a été prévue, mais aussi raisonnable. Dans l'affaire Amnesty Internationale contre le Soudan, la commission a déclaré qu'une gamme importante d'interdictions d'association chrétienne était « disproportionnée par rapport aux mesures nécessaires au Gouvernement pour maintenir l'ordre public, la sécurité et la paix » . Elle a continué en faisant valoir que toutes restrictions aux droits à la pratique de la religion doivent être négligeables. Dans l'affaire ci-dessus, la commission a décidé que l'expulsion des terres réservées aux cérémonies religieuses ne constitue pas une restriction minimale.⁷⁹

173. La Commission africaine est d'accord avec les Plaignants que le fait de refuser aux Endorois l'accès au Lac est une restriction de leur liberté de religion, ce qui n'est pas nécessaire pour des raisons de sécurité publique ou d'autres justifications. La Commission africaine est aussi convaincue que le fait de déguerpier les Endorois de la terre de leurs ancêtres, était une action légale dans la poursuite du développement économique ou la protection de l'écologie. La Commission accepte que le fait d'autoriser les Endorois à utiliser la terre pour pratiquer leur religion, ne peut entraver l'objectif de conservation ou de développement de la région pour des raisons économiques. Par conséquent, la Commission africaine trouve à l'encontre de l'Etat Défendeur, une violation de l'article 8 de la Charte africaine. La Commission africaine accepte que l'expulsion des Endorois de la terre de leurs ancêtres par les autorités Kenyans était une violation du droit des Endorois à la liberté de religion et les éloignait des terres sacrées essentielles à la pratique de leur religion. Cette mesure rendait pratiquement impossible la continuation des pratiques religieuses essentielles à la culture et à la religion de cette communauté.

La Commission africaine est d'accord avec les Plaignants que les restrictions apportées aux fonctions de l'Etat pour protéger les droits doivent être vues dans l'esprit de la Charte africaine. Telle était la position de la Commission dans l'affaire opposant [Amnesty International à la Zambie](#) où elle a fait remarquer que l'interprétation des clauses rétrogrades de la Charte ne doit pas aller à l'encontre des principes de la Charte, et que le recours à ces clauses ne doit pas servir de prétexte aux violations des dispositions expresses de la Charte. »

⁸⁰

Violation présumée de l'Article [14](#)

174. Les Plaignants font valoir que le peuple Endorois a le droit à la propriété pour ce qui est de la terre de leurs ancêtres, les propriétés annexes, et le bétail. L'Etat Défendeur réfute ces allégations.

175. L'Etat Défendeur soutient en outre que la terre en question entre dans le cadre de la définition des terres sous tutelle et était administrée par le Conseil régional de Baringo au profit de toutes les populations qui étaient d'habitude des résidents dans leur juridiction composée essentiellement des quatre tribus Tungen. Il a fait valoir que les terres sous tutelle sont non seulement établies par la constitution du Kenya et administrées selon un Acte du Parlement, mais que la Constitution du Kenya dispose que les terres sous tutelle peuvent être aliénées par leur immatriculation au profit d'une personne autre que le Conseil régional ; un Acte du Parlement établissant les dispositions permettant au Conseil régional de réserver une partie d'un terrain sous tutelle destiné à l'usage d'une autorité ou d'un organe publics pour l'intérêt public. Une ou plusieurs personnes ou des objectifs qui, selon le Conseil, sont susceptibles de rendre service aux personnes résidant d'habitude dans cette localité, par le Président, en consultation avec le Conseil. Il déclare que le terrain sous tutelle peut être réservé, en tant que domaine de l'Etat, pour utilité publique ou comme terrain privé.

176. L'Etat Défendeur soutient que lorsqu'un terrain sous tutelle est réservé pour objectif quelconque, le profit ou les intérêts relatifs à ce terrain qui appartenait, par le passé, à une tribu, groupe, famille ou individu, selon le droit coutumier africain, sont annulés. Il déclare cependant que la constitution et la Loi sur les terrains sous tutelle prévoient une compensation adéquate et rapide au profit de tous les résidents. L'Etat Défendeur soutient, dans ses observations écrites comme orales, que La Loi sur les terrains sous tutelle prévoit une procédure exhaustive pour l'évaluation de la compensation, pour laquelle les Endorois doivent faire leur demande au Commissaire de District et interjeter appel en cas d'insatisfaction. L'Etat défendeur déclare en outre que les Endorois ont le droit de saisir le tribunal de Grande Instance du Kenya par la constitution pour déterminer si leurs droits ont été violés.

177. Selon l'Etat Défendeur, avec la création de plusieurs autres collectivités locales, les terrains en question comprennent alors certaines parties des Conseils du Conté de Baringo et de Koibatek, et que par arrêté paru dans le Journal officiel N° 239, de 1973, ces terres avaient été d'abord retenues comme réserve faunique du Lac Hannington, qui a été ensuite révoquée par le Journal officiel N° 270 de 1974. Lorsque la réserve faunique a été renommée Réserve Faunique du Lac Baringo, les frontières et les raisons justifiant la réservation de cette zone ont été spécifiées dans la circulaire parue au Journal Officiel comme l'exige la Loi sur les terrains sous tutelle. Il a déclaré que le gouvernement a offert une compensation prompte et adéquate aux populations concernées, « un fait que les demandeurs reconnaissent. » ⁸¹

178. Dans ses observations orales et écrites, l'Etat Défendeur fait valoir que la publication d'une réserve faunique conformément aux lois régissant la faune au Kenya, a pour objectif de s'assurer que la faune est gérée et conservée de façon à rapporter à la Nation en général et aux localités individuelles en particulier, des revenus optimum en terme de gains culturels, esthétiques, scientifiques et économiques, comme c'est le cas lorsqu'il existe une bonne gestion et une bonne conservation de la faune. L'Etat Défendeur fait également valoir que les réserves nationales contrairement aux parcs nationaux, où la Loi exclut de façon expresse, l'interférence humaine, sauf les cas où quelqu'un a obtenu une autorisation, sont soumis à un accord relatif aux restrictions ou conditions relatives aux dispositions de la zone couverte par ladite réserve. Il indique également que les communautés riveraines des réserves nationales ont, dans certains cas, été autorisées à faire paître leurs troupeaux dans la réserve tant qu'ils ne nuisent pas à l'environnement et à l'habitat naturel des animaux sauvages. Ils déclarent qu'avec l'établissement d'une réserve nationale, surtout dans des terres sous tutelle, il est évident que la communauté ne perd pas son droit d'accès, mais plutôt son droit de propriété, tel que reconnu par la loi (c'est-à-dire, le droit d'utiliser ces propriétés comme bon leur semble). C'est le droit de propriété qui est réduit au minimum, d'où la nécessité d'une compensation au profit des populations concernées.

179. En réfutant la revendication des plaignants à qui les autorités publiques ont refusé la possibilité d'occuper la forêt de Mochongoi, une autre terre de leurs ancêtres, l'Etat Défendeur a fait valoir que les terres en question ont été désignées, en 1941, dans le Journal officiel comme forêt, sous la dénomination Forêt OI Arabel, ce qui veut dire que cette terre avait cessé d'appartenir à la Communauté, à la suite de cette publication. Il déclare que des cérémonies d'excision ont eu lieu dans la forêt en question en vue de créer le campement de Muchongoi pour recaser les membres des quatre tribus Tungen du district de Baringo, dont l'une est constituée des Endorois.

180. L'Etat Défendeur déclare également avoir fait un pas supplémentaire en formulant des « règles », notamment « les Règles » relatives aux Forêts (Tugen-kamasia) permettant aux habitants du district de Baringo, y compris les Endorois, de jouir de certains privilèges par l'accès à la Forêt OI Arabel pour certaines questions. Ces règles a-t-il précisé, permettent à la communauté de : ramasser du bois mort pour le chauffage, cueillir les fruits des arbres, enlever l'écorce des arbres morts, pour construire les ruches, couper et enlever les plantes rampantes et les lianes servant à la construction des maisons amener les troupeaux, y compris les chèvres au point d'eau, à l'intérieur des Forêts centrales tel qu'approuvé par le Commissaire de District, en consultation avec le responsable de la forêt, pénétrer dans la forêt en vue d'effectuer des cérémonies et rites coutumiers (sans détruire aucun arbre), faire paître les moutons dans la forêt, faire paître le bétail à une période précise de la

saison sèche sur permission écrite du Commissaire de District ou du Responsable de la forêt, et de retenir ou construire des huttes dans la forêt par des cultivateurs reconnus, entre autres.

181. L'Etat Défendeur soutient en outre que les règles ci-dessus permettent que les métiers de la Communauté ne soient pas compromis par la publication, dans la mesure où les populations peuvent obtenir de la nourriture et des matériaux de construction et effectuer des activités économiques telles que l'apiculture ou le pâturage. Il affirme également que les populations étaient libres de pratiquer leur religion et leurs cultures. En outre, il précise que la mise en place des lois relatives à la compensation suivait son cours pendant cette publication.

182. Pour ce qui est de la dépossession de la terre des ancêtres dans la forêt Mochongoi, l'Etat Défendeur n'a pas résolu cette question en faisant valoir qu'elle ne faisait pas partie des affaires relevant du Tribunal de Première Instance, et la Commission se comporterait, par conséquent, comme un Tribunal de Première Instance si tel était le cas.

183. L'Etat Défendeur ne réfute pas le fait que la zone du Lac Bogoria dans les districts administratifs de Baringo et Koibatek constitue la terre des ancêtres des Endorois. Une des questions que l'Etat Défendeur remet en cause est de savoir si le peuple Endorois constitue effectivement une communauté distincte. Cette question a déjà obtenu une réponse dans les lignes ci-dessus. Au paragraphe 1.1.6 du Résumé des arguments sur le Fond de l'Etat Défendeur, ce dernier a déclaré : [quote] « qu'à la suite de la Déclaration du Lac Bogoria comme Réserve faunique, le gouvernement avait entrepris un exercice de recasement qui a abouti au recasement de la majorité des Endorois, dans le campement Mochongoi. Ce qui dépassait largement la compensation faite aux Endorois, à la suite du retrait de la terre de leurs ancêtres autour du lac. ⁸²

184. Il était donc évident que les terres autour du Lac Bogoria sont les terres traditionnelles du peuple Endorois. Au paragraphe 1 du résumé des arguments sur le Fond, remis par les plaignants, ils écrivent : [quote] « les Endorois constituent une communauté d'à peu près 60 000 personnes qui, depuis des temps immémoriaux, ont vécu dans la zone du Lac Bogoria, dans les Districts Administratifs de Baringo et Koibatek. ⁸³ Au paragraphe 47, les Plaignants ont également déclaré que : [quote] « depuis des siècles, les Endorois ont construit des maisons sur ces terres, ont cultivé la terre, joui des droits relatifs aux pâturages, et à la forêt et dépendaient de la terre comme moyen de subsistance. Les Plaignants disent qu'en dehors d'une confrontation avec les Masai, au sujet de la zone du Lac Bogoria il y a 300 ans, les Endorois avaient été acceptés par toutes les tribus voisines comme propriétaires légitimes de leurs terres, y compris la couronne britannique. L'Etat Défendeur n'a pas réfuté ces déclarations des plaignants. La seule conclusion que l'on peut tirer est que les Endorois ont un droit de propriété en ce qui concerne leurs terres ancestrales, les possessions qui y sont rattachées et leurs animaux.

185. Les deux questions qu'il faut évacuer avant de passer à la question plus importante de savoir si l'Etat Défendeur a violé l'article 14, concernent la détermination de ce qu'est un « droit de propriété » (dans le contexte des communautés autochtones ou défavorisées) qui correspond au Droit africain et au droit International, et la question de savoir si des mesures spéciales sont nécessaires pour la protection des Droits, le cas échéant, et si les terres des Endorois ont été empiétées par l'Etat Défendeur. Les Plaignants font valoir que les « droits de propriété » ont un sens autonome dans le Droit International relatif aux Droits de l'Homme, qui prime sur les définitions juridiques nationales. Ils stipulent que la Cour européenne et la Cour interaméricaine ont étudié les faits spécifiques des situations individuelles pour déterminer ce qui doit être classé comme droits de propriété, surtout pour les personnes déplacées, au lieu de se limiter aux exigences formelles de la loi nationale. ⁸⁴

186. Pour répondre à cette question, la Commission doit considérer sa propre jurisprudence et le droit international des cas. Dans l'affaire opposant [Malawi African Association et Autres contre la Mauritanie](#), la terre a été considérée comme « propriété » à l'article 14 de la Charte. ⁸⁵ La Commission africaine, dans l'affaire *Ogoni*, a également trouvé que le « droit à la propriété » comprend non seulement le droit d'avoir accès à sa propriété et empêcher l'invasion et l'empiètement de ladite propriété, ⁸⁶ mais aussi le droit à une possession, et une utilisation ainsi qu'un contrôle en toute tranquillité de cette propriété, tel que ses propriétaires le désirent. ⁸⁷ La Commission africaine a également remarqué que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les « droits de

propriété » pouvaient également comprendre les ressources économiques et les droits sur les terres communautaires des demandeurs.⁸⁸

187. Les Plaignants déclarent que les tribunaux internationaux et locaux ont reconnu que les groupes autochtones ont une forme spécifique d'exploitation de terrains qui crée un ensemble spécifique de problèmes. Les problèmes communs auxquels sont confrontés les groupes autochtones comprennent le manque de « reconnaissance » formelle du titre de leur territoire historique, l'échec des systèmes juridiques locaux de reconnaître les droits de propriété communautaire, et la prétention au titre officiel et légal pour les terres autochtones par les autorités coloniales. Ils déclarent que cette situation a entraîné plusieurs cas de déplacement de peuples de leur territoire historique, tant par les autorités coloniales que par les Etats post coloniaux comptant sur le peu qu'ils avaient hérité des autorités coloniales. La Commission africaine déclare que son Groupe de Travail sur les populations/communautés autochtones a reconnu que certaines minorités africaines font face à la dépossession de leurs terres et que des mesures spéciales sont nécessaires pour assurer leur survie, conformément à leurs traditions et coutumes.⁸⁹ La Commission africaine est ainsi d'accord avec les plaignants que la première étape de la protection des communautés traditionnelles africaines est la reconnaissance du fait que les droits, intérêts et bénéfices de ces communautés dans leurs territoires traditionnelles constituent la « propriété » selon la Charte, et des mesures spéciales peuvent être prises pour assurer de tels « droits de propriété ».

188. L'affaire *Dogan et autres contre la Turquie*,⁹⁰ est également pleine d'enseignements dans la présente communication, bien que les demandeurs aient été dans l'incapacité de présenter un titre foncier relatif aux terrains que les autorités turques leur avaient arrachés, la Cour européenne des droits de l'homme a, cependant, observé que :

« La notion de possession à l'article 1 a un sens autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens physiques : d'autres droits et intérêts constituant les avoirs peuvent également être considérés comme « Droit de propriété », et ainsi comme « possessions » dans le cadre de la présente disposition.»⁹¹

189. Bien qu'ils ne disposaient pas de biens immatriculés, ils avaient soit leurs maisons construites sur la terre de leurs ancêtres, ou ils vivaient dans des maisons appartenant à leurs pères et cultivaient des terres appartenant également à ces derniers. La Cour a, par ailleurs, noté que les demandeurs avaient des droits inattaquables sur les terres communautaires du village, telles que les pâturages et les forêts et qu'ils gagnaient leur vie en pratiquant l'élevage et l'abattage des arbres.

190. La Commission africaine note également l'observation de la Cour interaméricaine dans l'affaire séminale des *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c./ le Nicaragua*⁹² que la Convention Inter Américaine protégeait les droits de propriété dans un sens qui comprend, entre autres, les droits des membres des communautés autochtones dans le cadre de la propriété communautaire et a soutenu que la possession de la terre devrait suffire aux communautés autochtones manquant de titres réels pour l'obtention et la reconnaissance officielle de cette propriété.

191. Selon la Commission africaine, l'Etat Défendeur a obligation, selon l'article 14 de [quote] mais aussi de protéger ledit droit. Dans les affaires impliquant la *Mauritanie*,⁹³ la Commission africaine a conclu que la confiscation et le pillage de la propriété des mauritaniens noirs et l'expropriation ou destruction de leurs terres et de leurs maisons, avant de les obliger à s'exiler, constitue une violation du droit à la propriété tel que garanti à l'article 14. De la même manière, dans l'Affaire *Ogoni*,⁹⁴ la Commission africaine s'est occupée des situations de faits comprenant l'expulsion des populations de leurs maisons. La Commission africaine a maintenu que l'expulsion des populations de leurs maisons était une violation de l'article 14 de la Charte africaine, ainsi que du droit à un ha, est aussi garanti par l'article 14.⁹⁵

192. L'Affaire *Saramaka* montre aussi comment l'échec de reconnaissance d'un groupe autochtone ou tribal devient une violation du —droit à la propriété.⁹⁶ Dans son analyse de la question de savoir si l'Etat du Surinam avait adopté un cadre approprié pour assurer au « droit à la propriété » un effet juridique au niveau local, la Cour interaméricaine a résolu les questions suivantes : Cette controverse au sujet de qui représente effectivement les Saramaka est une conséquence naturelle du manque de reconnaissance de leur personnalité juridique.⁹⁷

193. Dans cette affaire, l'Etat du Surinam n'avait pas reconnu que les Saramaka pouvaient jouir et exercer les droits de propriété en tant que communauté. La Cour avait également fait remarquer que d'autres communautés du Surinam avaient été privées du droit d'obtenir une protection judiciaire contre les violations présumées de leur droit de propriété collective précisément parce qu'un juge a considéré qu'ils n'avaient pas la capacité juridique nécessaire pour requérir une telle protection. Le Tribunal a fait valoir que cela plaçait les Saramaka dans une situation vulnérable où les droits individuels à la propriété peuvent influencer sur leurs droits à la propriété communautaire, et où les Saramaka peuvent ne pas chercher, en tant que personnes juridiques, une protection légale contre les violations de leurs « droits de propriété » reconnus dans l'article 21 de la Convention.

194. Comme dans l'Affaire en cours devant la Commission africaine, l'Etat du Suriname a reconnu que son cadre juridique national ne reconnaît pas aux Saramaka le droit à la jouissance et à l'utilisation de la propriété, conformément à leur système de propriété communautaire, mais plutôt un privilège d'utiliser les terres. Il a poursuivi en donnant les raisons pour lesquelles il ne devrait pas tenu responsable de donner effet aux réclamations des Saramaka à un droit à la propriété, par exemple parce que le système de possession des terres des Saramaka, surtout pour ce qui est de la question de savoir à qui appartient la terre, présente un problème pratique par rapport à la reconnaissance par l'Etat de leur droit à la propriété, communautaire. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a rejeté les arguments de l'Etat. Dans la présente Communication, la Haute Cour a aussi rejeté les réclamations fondées sur l'occupation historique et les droits culturels.⁹⁸

195. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a poursuivi en affirmant que, dans tous les cas, l'insuffisance alléguée de clarté du système de possession des terres des Saramakas ne devrait pas présenter un caractère insurmontable pour l'Etat qui a le devoir de consulter les membres des Saramaka pour leur demander des éclaircissements sur cette question afin de se conformer à des obligations en vertu de l'article 21 de la Convention.

196. Dans la présente Communication, l'Etat Défendeur (le gouvernement kenyan) a fait valoir, pendant les audiences orales, que la législation ou un traitement spécial en faveur des Endorois pourrait être perçu comme discriminatoire. La Commission africaine a rejeté cette opinion. Elle est d'avis que l'Etat Défendeur ne peut s'abstenir de se conformer à ses obligations internationales en vertu de la Charte africaine simplement parce qu'il pourrait être taxé de discriminatoire en procédant ainsi. Elle est d'avis que, dans certains cas, une discrimination positive ou une action palliative aident à redresser le déséquilibre. La Commission africaine partage la préoccupation de l'Etat Défendeur par rapport à la difficulté impliquée, néanmoins, l'Etat a toujours le devoir de reconnaître le droit à la propriété des membres de la Communauté Endoroise, dans le cadre d'un système de propriété communautaire, et fixer les mécanismes nécessaires pour donner un effet juridique national à un droit reconnu par la Charte et le Droit International. Par ailleurs, un principe bien établi de droit international veut qu'un traitement inégal de personnes dans des situations inégales n'équivaille pas nécessairement à une discrimination inacceptable.⁹⁹ Une législation reconnaissant lesdites différences n'est par conséquent pas nécessairement discriminatoire.

197. S'inspirant encore de l'Affaire *Saramaka c/ Surinam*, qui confirme une jurisprudence antérieure dans *Moiwana c/ Surinam*, *Yakye Asca c/ Paraguay*,¹⁰⁰ *Sawhoyamaya c/ Paraguay*,¹⁰¹ et *Mayagna Awas Tingni c/ Nicaragua*,¹⁰² la Cour interaméricaine des droits de l'homme déclaré, sur la base de l'article 1 (1) de la Convention, que les membres des communautés autochtones et tribales ont besoin de mesures spéciales qui garantissent le plein exercice de leurs droits, surtout par rapport à la jouissance des « droits de propriété », en vue de sauvegarder leur survie physique et culturelle.

198. D'autres sources du droit international ont, de la même façon, déclaré que de telles mesures spéciales sont nécessaires. Dans l'Affaire *Moiwana*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme avait déterminé qu'une autre Communauté Marron du Surinam n'était pas non plus native de la région, mais constituait plutôt une Communauté tribale installée au Surinam aux 17^{ème} et 18^{ème} siècle, et que cette communauté tribale avait une relation [quote] « profonde et très englobante avec la terre de leurs ancêtres » [/quote] qui était centrée, non pas « sur l'individu, mais plutôt sur la Communauté en tant qu'entité ». Cette relation spéciale avec la terre, ainsi que leur conception communautaire de la propriété, ont poussé le Tribunal à appliquer à la Communauté Tribale *Moiwana* sa jurisprudence relative aux autochtones et leur droit à la propriété communautaire selon l'article 21 de la Convention.

199. La Commission africaine est d'avis que, bien que la Constitution du Kenya dispose que les terres sous tutelle peuvent être aliénées et que la Loi relative aux terres sous tutelle dispose d'une procédure exhaustive d'évaluation de la compensation, des procédures d'appel, les droits des Endorois à la propriété ont été empiétés, surtout par l'expropriation, et le refus effectif de la propriété de leurs terres. Elle est d'accord avec les plaignants que les Endorois n'ont jamais reçu un titre valide pour les terres qui leur appartenaient en pratique avant l'administration coloniale britannique. Leurs terres avaient plutôt fait l'objet d'une tutelle, qui leur donnait un titre de bénéfice, mais leur refusait un titre effectif. La Commission accepte, par ailleurs, que bien que pendant une décennie, ils aient pu exercer leurs droits traditionnels sans restriction, le système de tutelle sur les terres s'est avéré inadéquat pour la protection de leurs droits.

200. La Commission africaine prend note aussi des points de vue exprimés par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui ont servi de test juridique d'expulsion forcée de terres traditionnellement réclamées par un groupe de personnes comme étant leur propriété. Dans son Commentaire général n° 4, il déclare que « les cas d'expulsion forcée sont de prime abord incompatibles avec les exigences du Pacte et ne peuvent être justifiés que dans les circonstances les plus exceptionnelles et conformément aux principes pertinents du Droit international » . ¹⁰³ Ce point de vue a été également réaffirmé par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies qui a déclaré que les expulsions forcées constituent des violations flagrantes des droits de l'homme, et en particulier du droit à un logement décent. ¹⁰⁴ La Commission africaine note également le Commentaire général n° 7 qui demande aux Etats Parties qu'avant d'effectuer une expulsion, ils explorent toutes les alternatives possibles, conjointement avec les personnes concernées, en vue d'éviter, ou au moins de minimiser la nécessité d'utiliser la force. ¹⁰⁵

201. La Commission africaine est aussi guidée par la Cour européenne des droits de l'homme. L'article premier du 1^{er} Protocole à la Convention européenne stipule que :
Chaque personne physique ou morale a droit à une jouissance paisible de ses possessions. Personne ne doit être privé de ses possessions, sauf pour utilité publique et sous réserve des conditions prévues par la loi et par les principes généraux du Droit international. ¹⁰⁶

202. La Commission africaine se réfère également à *Akdivar et Autres c/ Turquie* . La Cour européenne a reconnu que les exclusions forcées constituent une violation de l'article premier du 1^{er} Protocole de la Convention européenne. Akdivar et Autres concernait la destruction de maisons dans le conflit en cours opposant la Turquie aux forces séparatistes kurdes. Les demandeurs avaient été expulsés de force de leurs maisons, qui avaient ensuite été brûlées et détruites. Il n'était pas facile d'établir quelle partie au conflit en était responsable. Néanmoins, la Cour européenne a considéré que la Turquie avait violé l'article 8 de la Convention européenne et l'article 1 du Protocole 1 à la Convention européenne parce qu'elle avait le devoir de respecter et protéger les droits inscrits dans la Convention européenne et ses protocoles.

203. Dans la présente affaire, l'Etat Défendeur établit les conditions de réservation d'un terrain sous tutelle pour quelque objet que ce soit. ¹⁰⁷

204. La Commission africaine a relevé que la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples indigènes, officiellement sanctionnée par la Commission africaine dans son Avis consultatif de 2007, explique en détail les droits fonciers. La jurisprudence, en droit international, accorde le droit à la propriété, plutôt qu'un simple accès. La Commission fait valoir que, si le droit international n'accordait que l'accès, les autochtones resteraient vulnérables à d'autres violations / dépossession par l'Etat ou des tiers. La propriété permet aux autochtones de prendre des engagements auprès de l'Etat et les tiers en tant que parties prenantes actives, plutôt que bénéficiaires passifs. ¹⁰⁸

205. La jurisprudence de la Cour interaméricaine précise également que le simple accès ou la propriété de fait du terrain n'est pas compatible avec les principes du droit international. Seule une propriété juridique peut garantir aux populations autochtones une protection efficace. ¹⁰⁹

206. Dans l'Affaire *Saramaka* , la Cour a déclaré que le cadre juridique de l'Etat donne à peine aux Saramaka le privilège d'utiliser les terres, qui ne garantit pas le droit de contrôler effectivement leur territoire sans interférence extérieure. La Cour a retenu qu'au lieu d'un privilège d'utiliser les terres qui peuvent être retirées par l'Etat ou aliénées par les droits fonciers d'un tiers, les autochtones et les tribus doivent obtenir un titre sur leur territoire pour en garantir la jouissance ou l'utilisation

permanente. Ce titre doit être reconnu et respecté, non seulement dans la pratique, mais également dans les lois, pour en assurer la certitude juridique. Pour obtenir un tel titre, le territoire traditionnellement utilisé et occupé par les Saramaka doit d'abord être délimité et matérialisé, conjointement par ce peuple et les peuples voisins. La situation des Endorois n'est pas différente. L'Etat Défendeur souhaite simplement leur accorder des privilèges comme un accès limité aux sites cérémoniels. Cela, de l'avis de la Commission, est en deçà des normes internationalement reconnues. L'Etat Défendeur doit leur accorder un titre de propriété pour en garantir l'utilisation et la jouissance permanentes.

207. La Commission africaine note que les articles 26 et 27 de la Déclaration de l'ONU sur les peuples autochtones utilise les termes « occupé ou utilisé autrement » . Ceci veut dire que l'on reconnaît que les autochtones ont droit à la propriété de la terre de leurs ancêtres, selon le droit international, même en l'absence d'un titre officiel. Cette clarification a été faite au cours du jugement relatif à l'*Affaire Awas Tingni c/ Nicaragua* . Dans la grande affaire internationale en cours sur cette question, Les *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua* , ¹¹⁰ Elle a déclaré que la possession des terres devrait suffire aux communautés autochtones n'ayant pas de titre concret, pour obtenir une reconnaissance officielle de cette propriété. ¹¹²

208. La Commission africaine note également que dans l'*Affaire Sawhoyamaya c/ Paraguay* , la Cour interaméricaine des droits de l'homme, agissant dans le cadre de sa compétence adjudicataire, a pris des décisions relatives à la possession des terres par les autochtones, dans trois situations différentes, à savoir : l'*Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* , où elle a fait remarquer que la possession des terres devrait suffire aux communautés autochtones n'ayant pas de titre effectif de propriété de leurs terres pour obtenir une reconnaissance officielle de la propriété en question, et pour son immatriculation; ¹¹³ dans l'*Affaire de la Communauté Moiwana* , elle a considéré que les membres de la Communauté N'djuka étaient les « propriétaires légitimes de la terre de leurs ancêtres » , bien qu'ils ne la possédaient pas, parce qu'ils les avaient quittées à la suite des actes de violence dont ils avaient été victimes, bien que dans cette affaire la terre des ancêtres n'était pas occupée par des tiers ¹¹⁴ . Enfin, dans l'*Affaire de la Communauté autochtone Yakye Axa* , la Cour a considéré que les membres de la communauté avaient le droit, même sous les lois locales, de revendiquer la terre de leurs ancêtres et d'exiger de l'Etat, comme mesures de réparation, d'individualiser lesdites terres et de les transférer sur la base d'une quelconque considération. ¹¹⁵

209. Selon la Commission africaine, on peut tirer les conclusions suivantes :

1. la possession traditionnelle de leurs terres par des autochtones a des effets équivalents à ceux d'un titre de propriété octroyé par l'Etat ;
2. la possession traditionnelle implique que les autochtones ont le droit d'exiger une reconnaissance officielle et l'enregistrement du titre de propriété ;
3. les membres de la communauté autochtones ayant involontairement quitté la terre de leurs ancêtres, ou qui en ont perdu la possession, en conservent le droit de possession et de propriété, même s'ils ne disposent pas de titre légal, à moins que ces terres n'aient été transférées légalement à des tiers de bonne foi ; et
4. les membres d'une communauté autochtone ayant involontairement perdu la possession de leurs terres, lorsque ces terres ont été légalement transférées à des tiers innocents, ont droit à une restitution des terres en question ou à l'obtention d'autres terres de même superficie et d'égale qualité. La possession n'est, par conséquent, pas une condition nécessaire d'existence des droits de restitution des terres appartenant aux autochtones. L'Affaire en cours des Endorois obéit à cette dernière conclusion. La Commission africaine accepte ainsi que les terres des Endorois ont été empiétées.

210. La preuve d'un tel empiètement transparaissait dans l'incapacité des Endorois, après leur expulsion de la terre de leurs ancêtres, d'avoir libre accès aux sites religieux et à leurs pâturages traditionnels. La Commission africaine est consciente du fait que les voies d'accès, les barrières, les maisons des garde-chasse ont toutes été construites sur la terre des ancêtres des Endorois à côté du Lac Bogoria et des opérations minières imminentes menacent également de causer des dégâts

irréparables aux terres. La Commission africaine a également été notifiée que l'Etat Défendeur s'est engagé dans la démarcation et la vente d'une partie des terres historiques des Endorois à des tiers.

211. La Commission africaine est consciente que l'empiètement en soi ne constitue pas une violation de l'article 14 de la Charte tant qu'il est conforme à la loi. L'article 14 de la Charte africaine indique une approche à deux volets, au cas où l'empiètement est incontournable, « pour utilité publique ou pour l'intérêt général de la communauté » et « conformément aux lois en vigueur ». La Commission africaine va maintenant évaluer si un empiètement (pour utilité publique) est en effet si utile qu'il dépasse les droits des autochtones à la terre de leurs ancêtres. La Commission africaine est d'accord avec les plaignants que le test décrit à l'article 14 de la Charte est conjonctif, c'est-à-dire pour qu'un empiètement ne soit pas en violation de l'article 14, il faut prouver que l'empiètement en question répondait à un intérêt public/intérêt général de la communauté et était effectué conformément aux lois en vigueur.

212. Le « critère d'utilité publique » se trouve à un seuil supérieur en cas d'empiètement des terres autochtones, plutôt qu'une propriété individuelle. Dans ce sens, le test est plus rigoureux lorsqu'il s'applique aux droits à la terre des ancêtres chez les autochtones. En 2005, ce point a été souligné par le Rapporteur spécial de la Sous Commission des Nations Unies pour la promotion et la protection des droits de l'homme qui a publié la déclaration suivante :

« Les limitations, le cas échéant, du droit des autochtones à leurs ressources naturelles, doit découler uniquement de l'intérêt le plus urgent et le plus absolu de l'Etat. Très peu de limitations sont justifiées en matière des droits aux ressources des autochtones, parce que la propriété indigène des ressources est liée aux Droits de l'homme les plus importants et les plus fondamentaux, y compris le droit à la vie, à la nourriture, à l'autodétermination, à l'habitat et le droit d'exister en tant que peuple ».

¹¹⁶

213. La Commission africaine convient avec les Plaignants que des limitations de droits, telle que la limitation autorisée par l'article 14, doivent être revues selon le principe de la proportionnalité. La Commission conclut à son tour que « ... la raison des limitations doit être strictement proportionnelle et absolument nécessaire par rapport aux avantages y afférents ». ¹¹⁷ La Commission africaine note également l'affaire décisive *Handyside c/ Royaume-Uni*, où la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que toute condition ou restriction imposée par rapport à un droit doit être « proportionnelle à l'objectif légitime poursuivi ». ¹¹⁸

214. La Commission africaine estime que toute limitation de droits doit être proportionnelle au besoin légitime et doit être la mesure la moins restrictive possible. Dans la présente Communication, la Commission estime que dans le but de créer une Réserve faunique, l'Etat Défendeur a illégalement expulsé les Endorois de leurs terres ancestrales et détruit leurs biens. Elle convient avec le Plaignant que la perturbation et le déplacement des Endorois des terres qu'ils considèrent comme leur appartenant et la négation de leurs droits à la propriété sur leurs terres ancestrales sont disproportionnés pour n'importe quel besoin public justifiant la Réserve faunique.

215. Elle reconnaît aussi que même si la Réserve faunique était un objectif légitime pour une nécessité publique, elle aurait pu être réalisée par d'autres moyens proportionnels au besoin. Selon les preuves fournies tant oralement que par écrit, il était clair que la communauté était disposée à collaborer avec les autorités dans le respect de leurs droits à la propriété, même si une Réserve faunique était en cours de création. Sous ce rapport, la Commission inscrit sa propre conclusion dans l'*Affaire Projet de Droits constitutionnels*, lorsqu'elle a déclaré que « une limitation ne doit pas éroder un droit au point de le rendre illusoire » [quote]. ¹¹⁹ Lorsque le droit devient illusoire, la limitation ne peut être considérée proportionnelle – elle devient une violation du droit. La Commission africaine est d'accord que l'Etat Défendeur n'a pas seulement nié tous les droits légaux de la Communauté Endorois sur leurs terres ancestrales, rendant ainsi leur droit à la propriété essentiellement illusoire, mais sous le prétexte de la création d'une Réserve faunique et le déguerpissement subséquent de la communauté Endorois de leurs terres ancestrales, l'Etat Défendeur a violé l'essence même du droit proprement dit et ne saurait justifier une telle ingérence en invoquant « l'intérêt général de la communauté » ou un « besoin public ».

216. La Commission africaine note que le lien avec le droit à la vie, au paragraphe 219 ci-dessus, est particulièrement remarquable, étant donné qu'il s'agit d'un droit non dérogeable conformément au

droit international. Incorporer le droit à la vie dans le domaine du « test de l'intérêt public » est davantage confirmé par la jurisprudence de l'IACtHR. Dans l'affaire *Yakye Axa c/ Paraguay*, la Cour a jugé que la conséquence de l'expulsion de populations autochtones de leur terre ancestrale pourrait constituer une violation de l'article 4 (droit à la vie), si les conditions de vie de la communauté sont incompatibles avec les principes de la dignité humaine.

217. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a avancé que l'une des obligations que l'État doit inévitablement respecter comme garant, pour protéger et assurer le droit à la vie, est celle de créer des conditions de vie minimum compatibles avec la dignité de la personne humaine et non de créer des conditions qui empêchent sa manifestation ou l'empiètent. A cet égard, l'Etat a le devoir de prendre des mesures positives et concrètes visant à matérialiser le droit à la vie, notamment dans le cas de personnes vulnérables et exposées, dont les soins deviennent une grande priorité.

218. La Commission africaine note également le caractère disproportionné de l'envahissement des terres autochtones – violant ainsi la condition énoncée dans les dispositions de l'article 14 de la Charte africaine – est à considérer comme une violation encore plus grave de l'article 14, dans la mesure où le déguerpissement en question avait été effectué de force. Des expulsions forcées, au sens propre, ne saurait corroborer avec l'article 4 du test de la Charte d'être effectuées « conformément à la loi ». Cette disposition signifie, au moins, que la loi kényane et les dispositions pertinentes du droit international ont été respectées. La gravité des expulsions forcées pourrait impliquer une violation flagrante des droits de l'homme. En effet, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, dans les Résolutions 1993/77 et 2004/28, a réaffirmé que « les expulsions forcées sont une violation grave des droits de l'homme et en particulier du droit à un logement décent » . ¹²⁰ Lorsqu'un tel retrait est forcé, cela voudrait dire que la condition de la proportionnalité n'a pas été remplie.

219. Pour ce qui est de la condition conformément à la loi, l'État Défendeur doit également être capable de prouver que le retrait des Endorois n'était pas seulement une question d'intérêt public mais que leur retrait était conforme aux exigences du droit kényan et du droit international. S'il est établi qu'il existait une fiducie en faveur des Endorois, avait-elle été annulée légalement ? Si oui, comment a-t-elle été respectée ? La communauté avait-elle été indemnisée de manière adéquate ? Aussi, la loi portant création de la Réserve faunique exige-t-elle expressément l'expulsion des Endorois de leur terre ?

220. La Commission africaine note que l'État Défendeur ne conteste pas la thèse selon laquelle les terres traditionnelles des Endorois sont classées Fiducie foncière. En effet, la Section 115 de la Constitution kényane reconnaît le bien fondé de cette réclamation. Selon la Commission africaine, elle établit un droit bénéficiaire des Endorois sur leur terre ancestrale ? Ceci aurait dû signifier que le Conseil régional devrait reconnaître ces droits, cet intérêt ou d'autres avantages liés à la terre.

221. Les Plaignants soutiennent que l'État Défendeur a créé la Réserve faunique du Lac Hannington, comprenant les terres autochtones des Endorois, le 9 novembre 1973. Le nom avait été changé en Réserve faunique du Lac Bogoria dans une seconde notification en 1974. ¹²¹ La Déclaration de 1974 avait été faite par le ministre kényan du Tourisme et de la Faune selon la Loi sur la Protection de la Faune (« WAPA »). ¹²² Les Plaignants soutiennent que la WAPA s'appliquait aux Fiducies foncières comme à n'importe quelles terres et ne nécessitait pas que la terre soit retirée du régime de fiducie avant de pouvoir la déclarer Réserve faunique.

222. Ils estiment aussi que la législation y afférente n'autorisait pas le retrait d'un individu ou d'un groupe occupant la terre dans une Réserve faunique. Au contraire la WAPA interdisait simplement la chasse, l'abattage ou la capture d'animaux dans la Réserve faunique. ¹²³ Les Plaignants arguent que malgré le défaut d'ordre clair leur demandant d'aller s'installer ailleurs, les membres de la communauté Endorois avaient été informés à partir de 1973 qu'ils auraient à quitter leurs terres ancestrales.

223. L'Etat Défendeur conteste ce fait et argue que la Constitution kényane prévoit que la Fiducie foncière peut être aliénée. Elle stipule également que le « gouvernement a procédé à l'indemnisation adéquate et rapide du peuple affecté... » ¹²⁴ . En ce qui concerne la revendication des Plaignants selon laquelle l'Etat Défendeur avait privé la communauté Endorois de leurs terres ancestrales, la forêt de Mochongoi, l'Etat Défendeur argue que la terre en question avait été classée en 1941, sous

l'appellation Forêt d'OI Arabel, avec comme implication que cette terre cessait d'être communautaire en raison de son classement.

224. La Commission africaine convient avec les Plaignants que la législation y afférente n'autorisait pas le retrait d'un individu ou d'un groupe occupant la terre dans une Réserve faunique. Au contraire la WAPA interdisait simplement la chasse, l'abattage ou la capture d'animaux dans la Réserve faunique. ¹²⁵ En outre, l'État Défendeur n'a pas pu prouver au-delà du doute que l'expulsion de la communauté Endorois était conforme au droit kényan et au droit international. La Commission africaine n'est pas convaincue que l'ensemble du processus d'expulsion des Endorois de leurs terres ancestrales était conforme aux dispositions très rigoureuses du droit international. Par ailleurs, le classement d'une Fiducie foncière n'est pas suffisant pour l'annuler légalement. La WAPA aurait dû exiger que la terre soit retirée de la Fiducie avant sa déclaration en Réserve faunique. En d'autres termes, la déclaration de la Réserve faunique du Lac Bogoria par la Notification de 1974 n'avait pas affecté le statut des populations Endorois comme Fiducie foncière. L'obligation des Conseils régionaux Baringo et Koibatek de reconnaître les droits et les intérêts des populations Endorois tenait toujours. Cette implication doit être interprétée conjointement avec le concept d'indemnisation adéquate. La Commission africaine convient avec les Plaignants que le seul moyen selon le droit kényan par lequel les avantages des Endorois auraient pu être dissous était la « mise à part » de la terre par le Conseil régional ou par le Président kényan. Toutefois, la Loi sur la Fiducie foncière exige que cela soit légal et que cette mise à part soit publiée au Journal officiel du Kenya. ¹²⁶

225. Deux autres éléments du test de « conformément à la loi » sont liés aux exigences de consultation et d'indemnisation.

226. En termes de consultation, le seuil est particulièrement rigoureux en faveur des populations autochtones, étant donné qu'il demande qu'un consentement ait été accordé. Le non-respect des obligations de consultation et de recherche d'un consentement – ou d'indemnisation – entraîne finalement une violation du droit à la propriété.

227. Dans l'affaire *Saramaka*, afin de garantir que les restrictions des droits à la propriété des membres de la communauté Saramaka par l'octroi de concessions sur leur territoire ne constitue pas la négation de leur survie en tant que tribu, la Cour a déclaré que l'État doit respecter les trois garanties ci-après : Premièrement, l'État doit assurer la participation effective des membres de la communauté Saramaka, selon leurs us et coutumes, par rapport à tout projet de développement, d'investissement, d'exploration ou d'extraction sur le territoire Saramaka. Deuxièmement, l'État doit garantir que les Saramaka bénéficieront raisonnablement des retombées d'un tel projet ayant lieu sur leur territoire. Troisièmement, l'État doit s'assurer qu'aucune concession ne sera accordée sur le territoire Saramaka tant que des entités indépendantes et techniquement capables, avec la supervision de l'État, n'ont pas effectué une étude d'impact environnemental et social préalable. Ces garanties sont destinées à préserver, protéger et assurer la relation particulière qu'entretient la communauté Saramaka avec son territoire, qui par ailleurs assure sa survie en tant que peuple tribal.

228. Dans le cas d'espèce, la Commission africaine convient qu'aucune participation effective n'avait été proposée aux Endorois, ni aucun avantage raisonnable au profit de la communauté. Par ailleurs, il n'y avait pas eu d'étude d'impact environnemental et social préalable. L'absence de ces trois éléments due la « condition » constitue une violation de l'article ¹⁴, le droit à la propriété, selon l'ACHPR. Le fait de ne pas garantir une participation effective ni une jouissance raisonnable des retombées de la Réserve faunique (ou d'autres formes adéquates d'indemnisation) donne également lieu à une violation du Droit au développement.

229. En ce qui concerne l'indemnisation, l'État Défendeur dans sa réfutation des allégations des Plaignants selon lesquelles la contrepartie versée n'était pas adéquate, argue que les Plaignants ne contestent pas qu'une sorte d'indemnisation avait eu lieu ; mais qu'ils indiquent simplement qu'environ 170 familles avaient été indemnisées. Il soutient par ailleurs que, si toutes les indemnisations effectuées n'avaient pas été adéquates, la Loi sur la Fiducie foncière prévoit une procédure d'appel, concernant le montant et les personnes qui pensent qu'elles n'ont pas été indemnisées à hauteur de leur intérêt.

230. L'État Défendeur ne réfute pas les allégations des Plaignants selon lesquelles en 1986, des 170 familles expulsées à la fin de 1973, de domiciles dans la Réserve faunique du Lac Bogoria, recevant

chacune 3 150 Kshs (à l'époque, ce montant équivalait à approximativement £30), que ce paiement avait été effectué 13 ans après les premières expulsions. Il ne rejette pas non plus l'allégation selon laquelle £30 ne représentaient pas la valeur marchande de la terre classée Réserve faunique du Lac Bogoria. Ils ne contestent pas plus le fait que les autorités kényanes ont elles-mêmes reconnu que le paiement de 3 150 Kshs par famille correspondait une à une « aide au recasement » seulement et ne constitue pas une indemnisation complète pour la perte de la terre.

231. La Commission africaine convient avec les Plaignants que les autorités kényanes n'avaient pas fait payer l'indemnisation rapide et complète comme requis par la Constitution pour la mise à part d'une Fiducie foncière. Elle convient avec le Plaignant que le droit kényan n'a pas été observé. Elle reconnaît aussi que le fait que la communauté Endorois avait accepté cette toute petite compensation financière ne veut pas dire qu'elle l'avait acceptée comme à titre d'indemnisation complète ou encore qu'en réalité elle avait accepté la perte de ses terres.

232. La Commission africaine note que les observations de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones qui, entre autres dispositions concernant les restitutions et les indemnisations, stipule que :

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

¹²⁷

233. Dans l'affaire *Yakye Axa c/ Paraguay*, la Cour a établi plusieurs fois que, toute violation d'une obligation internationale qui a causé des dommages implique le devoir d'effectuer des réparations conséquentes. ¹²⁸A cette fin, l'article 63(1) de la Convention américaine établit que :

Lorsqu'elle reconnaît qu'une liberté ou un droit protégé 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.

234. La Cour a déclaré qu'une fois qu'il a été prouvé que les droits de restitution de la terre sont toujours valables, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour les rendre aux membres du peuple autochtone auquel en revient la propriété. Toutefois, comme la Cour l'a relevé, lorsqu'un Etat est incapable, pour des raisons objectives et raisonnables, d'adopter des mesures visant à restituer des terres traditionnelles et des ressources communautaires à des peuples autochtones, il doit leur céder d'autres terres d'étendue et de qualité égales, choisies avec le consentement des membres des peuples autochtones, suivant leurs propres procédures de consultation et de décision. ¹²⁹Tel n'était pas le cas pour les Endorois. La terre qui leur a été attribuée n'a pas une qualité égale.

235. Les raisons du Gouvernement dans la présente Communication sont discutables à plus d'un titre :

- la terre contestée est le site d'une zone de conservation et les Endorois – en tant que dépositaires ancestraux de la terre – sont mieux équipés pour préserver ses écosystèmes délicats ;
- les Endorois sont prêts à poursuivre l'effort de conservation entrepris par le Gouvernement ;
- aucune autre communauté n'occupe la terre en question et même si c'était le cas, l'Etat est toujours tenu de réparer cette situation ; ¹³⁰
- la terre n'a pas été exploitée et est par conséquent inhabitable ;
- la dépossession et l'aliénation continue de leur terre ancestrale est une menace permanente pour la survie culturelle du mode de vie des Endorois, une conséquence qui fait pencher l'argument de la proportionnalité en faveur des peuples autochtones selon le droit international.

236. La Commission africaine a également l'impression que le montant de £30 à titre d'indemnisation de la perte du terroir ancestral d'un individu en vue d'un recasement ailleurs échappe à tout entendement de bon sens et d'équité.

237. La Commission africaine note les recommandations détaillées concernant l'indemnisation due à des personnes déplacées ou expulsées élaborées par la Sous Commission des Nations Unies pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités. ¹³¹ Ces recommandations prises en compte et appliquées par la Cour européenne des droits de l'homme ¹³² établissent les principes suivants en matière d'indemnisation suite à la perte de la terre : Les personnes déplacées doivent être :

- au préalable entièrement et équitablement indemnisées pour leurs pertes avant leur déplacement effectif ;
- assistées dans ce déplacement et soutenues pendant la période de transition sur le site de recasement ; et
- assistées dans leurs efforts visant à améliorer leurs conditions de vie antérieures, leur capacité de production de revenus et leur niveau de production ou au moins pour les restaurer. Ces recommandations pourraient être suivies si l'Etat Défendeur souhaite accorder une indemnisation équitable aux Endorois.

238. En connaissance de toutes les déclarations des deux parties, la Commission africaine convient avec les Plaignants que la Propriété du peuple Endorois a été sérieusement empiétée et continue de l'être. Le préjudice n'est pas proportionnel au besoin public et n'est pas conforme au droit national et international. Par conséquent, la Commission africaine estime en faveur des Plaignants que les Endorois, en tant que peuple distinct, ont subi une violation de l'Article 14 de la Charte.

Violation présumée de l'Article 17 (2) & 17(3)

239. Les Plaignants allèguent que les droits culturels des Endorois ont été violés doublement : Premièrement, la communauté a subi des restrictions systématiques à l'accès aux sites culturels et deuxièmement, les droits culturels de la communauté ont été violés par les dommages graves causés par les autorités kenyanes à leur vie pastorale.

240. L'Etat Défendeur conteste l'allégation selon l'accès aux zones forestières a toujours été autorisé, sous réserve de formalités administratives. L'Etat Défendeur soutient également que, dans certains cas, certaines communautés ont laissé que des questions politiques soient déguisées en pratiques culturelles et ce processus met en péril la coexistence pacifique avec d'autres communautés. L'Etat Défendeur n'a pas fournie de preuves sur ces « communautés » ou sur la nature des ces« questions politiques déguisées en pratiques culturelles. »

241. La Commission africaine pense que la protection des droits de l'homme va au-delà du devoir de ne pas détruire ou d'affaiblir délibérément des minorités, mais implique le respect et la protection de leur héritage religieux et culturel essentiel pour leur identité collective, y compris des bâtiments et des sites tels que des bibliothèques, des églises, des mosquées, des temples, des synagogues et lieux assimilés. Les Plaignants et l'Etat Défendeur semblent converger sur ce point. Elle relève et convient avec les Plaignants que l'article 17 de la Charte révèle une double dimension dans sa nature à la fois individuelle et collective ; d'une part, la protection de la participation de l'individu dans la vie culturelle de sa communauté et d'autre part, l'obligation de l'Etat à promouvoir et à protéger les valeurs traditionnelles reconnues par une communauté. Elle comprend donc que la culture désigne cette entité complexe qui comprend le lien spirituelle et physique d'une personne avec les terres, les connaissances, les croyances, l'art, le droit, les mœurs, les coutumes et toutes autres capacités et habitudes ancestrales acquise par l'humanité en tant que membre de la société – l'ensemble des activités et produits matériels et spirituels d'un groupe social donné qui le distinguent d'autres groupes similaires, et que l'identité culturelle englobe la religion, la langue et d'autres caractéristiques identitaires d'un groupe. ¹³³

242. La Commission africaine note que le préambule de la Charte africaine reconnaît que « les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels... la satisfaction

des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques » , des idées qui ont influencé la Charte culturelle de l'Afrique (1976) qui dans son préambule souligne « que tout peuple a le droit imprescriptible d'organiser sa vie culturelle en fonction de ses idéaux politiques, économiques, sociaux, philosophiques et spirituels» .¹³⁵ L'article 3 de cette même Charte stipule que la culture est une source d'enrichissement mutuel des différentes communautés.¹³⁵

243. La Commission note aussi les avis de la Commission des droits de l'homme concernant l'exercice des droits culturels protégés par l'article 27 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. La Commission indique que « la culture se manifeste sous diverses formes, y compris un mode de vie particulier lié à l'utilisation des ressources foncières, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de peuples autochtones. Ce droit peut comprendre des activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et le droit de vivre dans des réserves légalement protégées. La jouissance de ces droits peut nécessiter des mesures légales positives de protection et des mesures permettant d'assurer la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions qui les concernent. »¹³⁶

244. La Commission africaine note qu'un thème qui ressort généralement des débats sur la culture et sur sa violation est le lien entre l'individu et ses terres ancestrales. Elle note que son Groupe de travail sur les peuples/communautés a observé que la dépossession de la terre et de ses ressources est « un sérieux problème de droits de l'homme » .¹³⁷ Un rapport du Groupe de travail a également relevé que la dépossession « menace à la fois la survie économique, social et culturelle des communautés autochtones de pasteurs et de chasseurs-cueilleurs ».¹³⁸

245. Concernant les communautés autochtones kényanes, la Commission note le compte-rendu critique du « Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones au Kenya » qui estime que « leurs moyens d'existence et leurs cultures ont subi des discriminations traditionnelles et que leur manque de reconnaissance et de valorisation juridique reflète leur marginalisation sociale, politique et économique ».¹³⁹ Il a également déclaré que les principales questions relatives aux droits de l'homme auxquelles ils font face [quote] « sont liées à la perte et à la dégradation environnementale de leur terre, forêts traditionnelles et ressources naturelles, suite à des dépossessions à l'époque coloniale et pendant la période post coloniale. Au cours des dernières décennies, des politiques de développement et écologistes inappropriées ont aggravé la violation de leurs droits économiques, sociaux et culturels. »¹⁴⁰

246. La Commission africaine convient avec les Plaignants que dans son interprétation de la Charte africaine, elle a reconnu le devoir de l'Etat de tolérer la diversité et d'entreprendre des mesures pour protéger les différents groupes identitaires différents de ceux du groupe majoritaire/dominant. Elle a par conséquent interprété l'article 17(2) comme interpellant les gouvernements à prendre des mesures « visant à assurer la conservation, le développement et la diffusion de la culture » , telles que la promotion de « l'identité culturelle comme facteur d'appréciation mutuelle entre individus, groupes, nations et régions ; la promotion de la sensibilisation et de la jouissance de l'héritage culturelle de groupes et minorités ethniques nationaux et des franges autochtones de la population. »¹⁴¹

247. Le WGIP de la Commission africaine a aussi souligné l'importance de la création d'espaces devant permettre aux cultures dominantes et autochtones de coexister. Le WGIP note avec préoccupation que :

Les communautés autochtones ont à plusieurs reprises été expulsées de leurs zones traditionnelles en raison d'intérêts économiques d'autres groupes dominants et d'initiatives de développement à grande échelle qui ont tendance à détruire leurs vies et leurs cultures au lieu d'améliorer leur situation.¹⁴²

248. La Commission estime que l'Etat Défendeur a une responsabilité accrue en termes de mesures positives à prendre pour protéger des groupes et des communautés tels que les Endorois,¹⁴³ mais pour promouvoir les droits culturels dont la création d'opportunités, de politiques, d'institutions ou d'autres mécanismes qui permettent l'existence et le développement de différentes cultures et modes de vie, développer en vue des défis auxquels sont confrontées les communautés autochtones. Ces défis comprennent l'exclusion, l'exploitation, la discrimination et l'extrême pauvreté ; le déplacement de leurs territoires traditionnels et la privation de leurs moyens de subsistance ; le défaut de participation à la prise des décisions concernant la vie de la communauté ; l'assimilation forcée et des

statistiques sociales négatives, entre autres questions et parfois, les communautés autochtones subissent la violence et la persécution directes, tandis que certaines sont même menacées d'extinction. ¹⁴⁴

249. Dans son analyse de l'article 17 de la Charte africaine, la Commission est consciente que contrairement aux articles 8 et 14, l'article 17 ne contient pas de clause de récupération. La Commission convient avec les Plaignants que l'absence de clause de récupération est la preuve que les rédacteurs de la Charte n'ont presque pas pensé à des circonstances dans lesquelles il serait approprié de limiter le droit d'un peuple à la culture. Elle convient également avec les Plaignants que l'Etat Défendeur devait limiter l'exercice de ce droit, la restriction doit être proportionnelle à un objectif légitime qui ne s'oppose pas à l'exercice des droits culturels d'une communauté. Par conséquent, même si la création de la Réserve faunique constitue un objectif légitime, le fait que l'Etat Défendeur n'ait pas assuré l'accès, de droit, pour la célébration du festival et de rites culturels ne peut pas être jugé proportionnel à cet objectif. La Commission convient avec les Plaignants que les activités culturelles de la Communauté Endorois n'affectent d'aucune manière l'écosystème de la Réserve et la restriction des droits culturels ne se justifiait pas, surtout compte tenu du fait qu'aucune autre option adéquate n'avait été proposée à la communauté.

250. Selon la Commission, l'Etat Défendeur a négligé le fait que l'attrait universel d'une grande culture réside dans ses particularités et que des lois ou des règles trop contraignantes sur la culture affectent ces aspects durables. L'Etat Défendeur n'a pas tenu compte du fait que la restriction de l'accès au Lac Bogoria signifie le refus à la communauté de l'accès à un système intégré de croyances, de valeurs, de normes, de mœurs, de traditions et d'artefacts étroitement lié à l'accès au Lac.

251. En forçant la communauté à vivre sur des terres semi arides sans accès aux plantes médicinales et autres ressources vitales pour la santé de leurs bétails, l'Etat Défendeur a créé une menace grave à la vie pastorale des Endorois. Elle convient que toute essence du droit des Endorois à la culture a été refusée, rendant illusoire le droit à toutes intentions ou buts. En conséquence, il est constaté une violation de l'article 17(2) et 17(3) de la Charte par l'Etat Défendeur.

Violation présumée de l'Article 21

252. Les Plaignants allèguent que la communauté Endorois n'a pas accès aux ressources vitales de la région du Lac Bogoria depuis son expulsion de la Réserve faunique.

253. L'Etat Défendeur réfute cette allégation. Il avance l'argument selon lequel les Plaignants ont grandement profité des activités touristiques et de prospection minière, tout en notant que :

- Le produit de la Réserve faunique a été utilisé pour financer un certain nombre de projets dans la région, notamment des écoles, des installations sanitaires, des puits et des routes ;
- Depuis la découverte de gisements de rubis dans les régions de Weseges, près du Lac Bogoria, trois sociétés ont reçu des licences de prospection, deux sociétés sur trois appartenant à la communauté, y compris les Endorois. En outre, la société qui n'est pas constituée de locaux, notamment Corby Ltd, a conclu un accord avec la communauté, s'engageant à fournir certains avantages à celle-ci en termes d'appui à des besoins de projets communautaires. Il déclare qu'il est évident (à partir du compte rendu d'une réunion de la communauté avec la société) que la société est prête à entreprendre un projet sous forme de voies d'accès au site de prospection à l'usage de la communauté et des sociétés de prospection ;
- L'Etat Défendeur estime aussi que les activités de prospection ont lieu en dehors de la Réserve faunique du Lac Bogoria, ce qui signifie que la terre ne constitue pas l'objet de la réclamation des Plaignants.

254. L'Etat Défendeur estime également que la communauté effectue des consultations avec Corby Ltd, comme le témoigne l'accord entre les deux, c'est la manifestation claire de la mesure de participation de celle-ci aux décisions concernant l'exploitation des ressources naturelles et le partage des retombées y relatives.

255. La Commission note que dans l'affaire Ogoni, le droit aux ressources naturelles contenues sur leurs terres traditionnelles est également reconnu aux peuples autochtones, établissant clairement le fait qu'un peuple habitant une région donnée dans un état peut également exprimer une réclamation en vertu de l'article 21 de la Charte africaine.¹⁴⁵ L'Etat Défendeur ne fournit pas de preuves suffisantes permettant d'établir que les Plaignants ont largement bénéficié des activités touristiques et de prospection minière.

256. La Commission africaine note que les produits de la Réserve faunique ont permis de financer beaucoup de projets pertinents, « un fait » que les Plaignants ne contestent pas. La Commission africaine, toutefois, mentionne des cas dans le système interaméricain des droits de l'homme pour éclairer cet aspect de la loi. La Convention américaine n'a pas d'équivalent à l'article 21 de la Charte africaine relative au droit aux ressources naturelles. Elle assimile donc le droit aux ressources naturelles au droit à la propriété (article 21 de la Convention américaine), et ensuite, applique une limitation de droits similaire par rapport à la question des ressources naturelles comme c'est le cas avec le droit à la propriété. Le « test » dans les deux cas, détermine un seuil beaucoup plus élevé lorsque l'exploitation ou la mise en valeur de la terre affecte la terre des autochtones.

257. Dans l'affaire *Saramaka* et la jurisprudence interaméricaine, une question qui découle de l'assertion de la Cour interaméricaine que les membres de la communauté Saramaka ont le droit d'user et de jouir de leur territoire selon leurs traditions et coutumes, est la question du droit d'user et de jouir des ressources naturelles disponibles sur le territoire, y compris les ressources du sous-sol. Dans l'affaire *Saramaka*, l'Etat et le peuple Saramaka prétendent tous les deux à un droit sur ces ressources naturelles. Les Saramaka estiment que leur droit d'user et de jouir de toutes les ressources naturelles est une condition nécessaire pour l'exercice de leur droit à la propriété en vertu de l'article 21 de la Convention. L'Etat argue que tous les droits à la terre, plus précisément aux ressources naturelles du sous-sol, relèvent du domaine de l'Etat qui, peut jouir librement de ces ressources en octroyant des concessions à des tiers.

258. La Cour interaméricaine a abordé cette question complexe dans l'ordre suivant : premièrement, le droit des membres du peuple Saramaka d'user et de jouir des ressources naturelles disponibles sur leur territoire traditionnel ; deuxièmement, l'octroi de concessions par l'Etat en vue de l'exploration et de l'extraction des ressources naturelles, y compris les ressources du sous-sol sur le territoire Saramaka et finalement, le respect des garanties du droit international concernant les concessions d'exploration et d'extraction déjà octroyées par l'Etat.

259. Premièrement, la Cour interaméricaine a examiné si et dans quelle mesure les membres du peuple Saramaka ont le droit d'user et de jouir des ressources naturelles disponibles sur leur territoire traditionnel et dans son sous-sol. L'Etat n'a pas contesté le fait que les Saramaka ont toujours utilisé et occupé certaines terres depuis des siècles ou que les Saramaka ont un « intérêt » pour le territoire qu'ils utilisent traditionnellement selon leurs coutumes. La controverse repose sur la nature et la portée dudit intérêt. Conformément au cadre juridique et constitutionnel surinamais, les Saramaka n'ont pas de droit à la propriété à proprement parler, mais plutôt un simple privilège ou une permission d'utiliser et d'occuper les terres en question. Conformément à l'article 41 de la Constitution surinamaïse et l'article 2 de son Décret de 1986 sur l'Exploitation minière, les droits de propriété sur toutes les ressources naturelles, appartiennent à l'Etat. Pour cela, l'Etat prétend à un droit inaliénable d'explorer et d'exploiter ces ressources. Par ailleurs, il est dit que le droit coutumier du peuple Saramaka confère à sa communauté un droit sur toutes les ressources naturelles qui existent sur son territoire traditionnel.

260. Sous ce rapport, la Cour interaméricaine soutient que la survie culturelle et économique des peuples autochtones et tribaux, et de leurs membres, dépend de leur accès et de leur usage des ressources naturelles sur leur territoire, « lesquelles ressources sont liées à leur culture et sont disponibles sur cet espace », et l'article 21 de la Convention interaméricaine protège le droit à ces ressources naturelles. La Cour a également déclaré que conformément à leur précédente jurisprudence telle qu'invoquée dans les affaires *Yakye Axa et Sawhoyamaya*, les membres des communautés tribales et autochtones ont le droit de posséder les ressources naturelles qu'ils utilisent traditionnellement sur leur territoire pour les mêmes raisons pour lesquelles ils ont le droit de jouir de la terre qu'ils utilisent et occupent traditionnellement depuis des siècles. Sans elles, la survie physique

et culturelle même de ces peuples est menacée. ¹⁴⁶ D'où l'avis de la Cour selon lequel, la nécessité de protéger les terres et les ressources qu'ils utilisent traditionnellement afin de prévenir leur extinction en tant que peuple. Il est dit que l'objectif et le but de mesures spéciales requises de la part des membres des communautés autochtones et tribales consistent à garantir qu'ils peuvent continuer de vivre selon leur mode de vie traditionnel et que leur identité culturelle, leur structure sociale, leur système économique, leurs coutumes, leurs croyances et leurs traditions distinctifs sont respectés, garantis et protégés par l'Etat.

261. Cependant, la Cour a affirmé que les ressources naturelles disponibles sur les territoires des peuples autochtones et tribaux et dans leur sous-sol et protégées selon l'article 21 (de la Convention américaine) sont les ressources naturelles utilisées et nécessaires pour la survie même, le développement et la perpétuation du mode de vie de ces peuples. ¹⁴⁷

262. Dans l'affaire *Saramaka*, la Cour avait déterminé quelles ressources naturelles disponibles sur le territoire du peuple Saramaka et dans son sous-sol sont essentielles pour la survie de leur mode de vie, et sont ainsi protégées en vertu de l'article 21 de la Convention. Ce point revêt une pertinence directe par rapport à la question en instance devant la Commission étant donné les concessions d'exploitation de rubis en cours sur le territoire à la fois ancestral et adjacent à la terre ancestrale des Endorois, et qui selon les Plaignants, a pollué le seul point d'eau restant auquel les Endorois avaient accès.

263. La Commission note l'avis de l'ActHR dans l'affaire *Saramaka*, sur la question des limitations possibles. L'Etat avait estimé que si la Cour reconnaissait aux membres du peuple Saramaka un droit sur les ressources naturelles disponibles sur les terres qu'ils possèdent de manière traditionnelle, ce droit doit être limité aux ressources qu'ils utilisent traditionnellement pour leur subsistance et leurs activités culturelles et religieuses. Selon l'Etat, les droits fonciers présumés des Saramaka « ne comprendraient pas des intérêts par rapport aux forêts ou minéraux en dehors de ce que la tribu possède traditionnellement et utilise pour la subsistance (l'agriculture, la chasse, la pêche, etc.), et les besoins religieux et culturels de ses membres ».

264. La Cour a estimé que même s'il est vrai que toute activité d'exploration et d'exploitation sur le territoire Saramaka est susceptible d'affecter relativement l'usage et la jouissance d'une ressource naturelle utilisée de manière traditionnelle pour la subsistance des Saramaka, il est également vrai que l'article 21 de la Convention ne doit pas être interprété d'une manière qui empêche l'Etat d'octroyer des concessions pour l'exploration et l'extraction des ressources naturelles sur le territoire Saramaka. La Cour observe que cette ressource naturelle est susceptible d'être affectée par des activités d'extraction liées à d'autres ressources naturelles qui ne sont pas utilisées traditionnellement ou essentielles pour la survie du peuple Saramaka et par conséquent, de ses membres. En d'autres termes, l'extraction d'une ressource naturelle est très susceptible d'influer sur l'usage et la jouissance d'autres ressources naturelles nécessaires pour la survie des Saramaka.

265. Néanmoins, la Cour a déclaré que la protection des droits à la propriété selon l'article 21 de la Convention n'est pas absolue et pour cela, ne permet pas une interprétation aussi stricte. La Cour a également reconnu l'interdépendance qui existe entre le droit des membres des peuples autochtones et tribaux d'user et de jouir de leurs terres et leur droits à ces ressources nécessaires pour leur survie mais que ces droits à la propriété, comme beaucoup d'autres droits reconnus dans la Convention, sont soumis à certaines limitations et restrictions. Dans ce sens, l'article 21 de la Convention stipule que la « loi peut subordonner cette usage et cette jouissance à l'intérêt social ». Mais la Cour a également indiqué qu'elle avait antérieurement estimé que, conformément à l'article 21 de la Convention, un Etat peut restreindre l'usage et la jouissance du droit à la propriété si les restrictions sont :

- établies antérieurement par la loi ;
- nécessaires ;
- proportionnelles ; et
- destinées à atteindre un objectif légitime dans une société démocratique. ¹⁴⁸

266. L'affaire *Saramaka* est analogue au présent cas. La Cour a considéré des questions de droit à la propriété dans le contexte des concessions d'exploitation d'or, dans une situation analogue avec les

Endorois par rapport à l'exploitation du rubis. L'IActHR a examiné si des concessions d'exploitation d'or sur le territoire traditionnel Saramaka ont affecté les ressources naturelles qui sont utilisées traditionnellement et sont nécessaires pour la survie des membres du peuple Saramaka. Selon les preuves présentées devant la Cour, les membres de la communauté Saramaka n'utilisent pas l'or comme faisant partie de leur identité culturelle ou de leur système économique. En dépit des exceptions individuelles éventuelles, les membres du groupe Saramaka ne s'identifient pas par de l'or ni n'ont démontré une relation particulière avec cette ressource naturelle, autre que la réclamation selon laquelle ils prétendent « posséder tout, depuis le couvert végétal jusqu'au fin fond du sous-sol ». Toutefois, la Cour a déclaré qu'en raison du fait que toute activité d'exploitation d'or sur le territoire Saramaka affectera nécessairement d'autres ressources naturelles nécessaires pour la survie des Saramaka, tels que des cours d'eau, l'Etat a le devoir de les consulter, dans le respect de leurs traditions et coutumes, pour toute concession d'exploitation minière sur le territoire Saramaka, ainsi que de permettre aux membres de la communauté d'avoir raisonnablement part aux retombées d'une telle concession et d'effectuer ou de superviser l'exécution d'une étude d'impact environnemental et social avant le lancement du projet. Cette même analyse s'applique pour d'autres concessions dans le cas présent des Endorois.

267. Ainsi, dans le cas présent des Endorois, l'Etat Défendeur a le devoir d'évaluer si la restriction de ces droits à la propriété privée est nécessaire pour assurer la survie de la communauté Endorois. La Commission africaine est consciente que les Endorois ne sont pas attachés aux rubis. Néanmoins, il est édifiant de noter que la Commission africaine a décidé dans l'affaire *Ogoni* que le droit aux ressources naturelles contenues dans leurs terres traditionnelles revient au peuple autochtone. Cette décision indiquait clairement qu'un peuple habitant une région spécifique dans un état peut prétendre à la protection de l'article 2.¹⁴⁹ L'article 14 de la Charte africaine indique les deux tests : « dans l'intérêt du besoin public ou dans l'intérêt général de la communauté » et « conformément aux lois en vigueur », doivent être effectués.

268. Autant que la Commission sache, cette exigence n'a pas encore été remplie par l'Etat Défendeur. La Commission africaine convient que les Endorois ont le droit de disposer librement de leur richesse et ressources naturelles. Cependant, depuis leur expulsion de la région du Lac Bogoria, les Endorois se sont vus refuser le droit de contrôler et d'user des ressources naturelles de leur terre traditionnelle. Par ailleurs, l'Etat Défendeur a refusé aux Endorois, le droit d'accéder au Lac Bogoria. L'article 21(2) concerne aussi les obligations d'un Etat signataire de la Charte africaine dans des cas de violation par spoliation, mise à disposition en vue d'une restitution et indemnisation. Les Endorois n'ont jamais bénéficié d'une indemnisation ou une restitution adéquate de leurs terres. Par conséquent, l'Etat Défendeur est réputé avoir violé l'article 21 de la Charte.

Violation présumée de l'Article 22

269. Les Plaignants allèguent que le droit de la communauté Endorois au développement a été violé suite à la création par l'Etat Défendeur d'une Réserve faunique et en raison du fait qu'il n'ait pas impliqué les Endorois dans le processus de développement.

270. Dans sa contestation des allégations des Plaignants, l'Etat Défendeur argue que la tâche des communautés dans une démocratie participative est de contribuer au bien-être de la société dans son ensemble et non seulement de veiller sur sa propre communauté au détriment d'autres. Il soutient que les Conseils régionaux Baringo et Koibatek ne représentent pas seulement les Endorois mais aussi d'autres clans de la tribu Tugen dont les Endorois ne sont qu'un clan. Cependant, pour éviter la tentation qu'une communauté domine sur l'autre, le système politique kényan adopte le principe d'un modèle participatif de la communauté, au travers d'une élection ouverte et fréquente des représentants membres de ces conseils. Il indique que les élections sont réservées aux adultes et s'effectuent au suffrage ; elles sont libres et transparentes.

271. L'Etat Défendeur déclare également qu'il a institué un programme ambitieux pour une éducation primaire universelle gratuite et un programme de relance agricole visant à améliorer les revenus des ménages pauvres en zone rurale, y compris les Endorois ; des programmes ont également été mis sur pied pour la distribution équitable des ressources budgétaires à travers le *Constituency Development Fund* , le *Constituency Bursary Funds* , le *Constituency Aids Committee* et le *District Roads Board*.

272. Il ajoute également que pendant longtemps, le tourisme a connu un déclin au Kenya. Ce déclin a été causé principalement par les troubles ethniques survenus dans les provinces de la côte et de la vallée du Rift qui constituent les principaux bassins touristiques du Kenya, où se trouvent les terres en question et l'on devrait s'attendre à ce que les communes de Boringo et de Koibatek souffrent de cette récession économique.

273. Réfutant par ailleurs les allégations contenues dans les Plaintes, l'Etat Défendeur plaide que les Plaignants déclarent au paragraphe 239 de leur exposé des faits qu'à cause de l'impossibilité d'accès aux pierres à lécher ainsi qu'à leurs pâturages habituels, leur bétail moururent en grand nombre, les rendant de ce fait impuissants à payer leurs impôts et que par conséquent, le gouvernement a prélevé plus d'impôts ; et qu'ils se sont trouvés dans l'impossibilité de payer les études primaires et secondaires de leurs enfants est complètement faux étant donné que les impôts sont prélevés sur le revenu. Selon l'Etat, si les Endorois n'ont pas pu prélever des sommes correspondant aux catégories imposables de leur élevage, cela signifie qu'ils n'ont pas été soumis à l'impôt. Ils prétendent que cette accusation est fautive et ne vise qu'à ternir l'image du gouvernement.

274. Les Plaignants allèguent que, les consultations qui ont eu lieu ne se sont pas déroulées de « bonne foi » ou dans le but de parvenir à un accord ou à un consensus et, en outre, que l'Etat Défendeur n'a pas honoré les promesses faites à la communauté Endorois en matière de partage des bénéfices tirés des Réserves naturelles, le pourcentage d'emplois, du recasement sur les terres fertiles et l'indemnisation. L'Etat Défendeur accuse les Plaignants de vouloir induire la Commission en erreur, étant donné que le Conseil régional collecte toutes les recettes pour ce qui est des Réserves naturelles et ces recettes sont réinvesties dans la communauté dans le respect des compétences dévolues au Conseil régional à travers des projets de développement exécutés par ledit Conseil.

275. Répondant aux allégations selon lesquelles la Réserve faunique rend particulièrement difficile l'accès des Endorois aux plantes médicinales essentielles pour maintenir une bonne santé, l'Etat Défendeur soutient que l'objectif primordial du classement de la Réserve nationale est la protection de la nature. Répondant en outre aux accusations selon lesquelles le Gouvernement kényan a octroyé plusieurs concessions minières et d'exploitations forestières à des tierces parties, concessions dont les Endorois n'ont pas profité, l'Etat Défendeur affirme que la communauté a bien été informée des prospections minières dans la région. Il confirme, par ailleurs, que le comité minier de cette communauté a signé un protocole d'accord avec la société kényane qui faisait la prospection minière, ce qui implique que les Endorois sont bel et bien impliqués dans toutes les décisions communautaires.

276. L'Etat Défendeur soutient également que cette communauté est représentée dans le Conseil régional par leurs conseillers élus, offrant ainsi à cette communauté l'opportunité d'être toujours représentée dans le cercle où les décisions concernant le développement sont prises. L'Etat Défendeur soutient que toutes les décisions récriménées ont été l'objet de consensus lors des séances du conseil.

277. La Commission africaine est d'avis que le droit au développement comporte deux volets, il est à la fois constitutif et instrumental, ou utile à la fois comme un moyen et une fin. Une violation de soit un aspect de conception ou de mise en œuvre constitue une violation du droit au développement. Ne satisfaire que l'un des deux volets ne rend pas compte du respect du droit au développement. La Commission prend note des arguments des Plaignants qui reconnaissent que le droit au développement nécessite la satisfaction de cinq principaux critères: Ce droit doit être équitable, non-discriminatoire, participatif, responsable et transparent, avec l'équité et la possibilité de choisir étant des thèmes importants et indispensables dans le droit au développement. ¹⁵⁰

278. Dans cette perspective, elle tient en compte le rapport de l'expert indépendant des Nations Unies pour qui le développement n'est pas une simple histoire du gouvernement, par exemple, fournir l'habitat pour certains individus ou personnes; le développement consiste plutôt à fournir aux individus les aptitudes à choisir où ils veulent vivre. Elle a émise cette déclaration « ...l'Etat ou toute autre autorité ne peut pas décider de manière arbitraire du lieu où un individu devrait vivre juste parce qu'une maison est disponible. La liberté de choisir doit faire partie intégrante du droit au développement ». ¹⁵¹

279. Les Endorois croient qu'ils ont été forcés de quitter le lac et lorsque certains d'entre eux avaient tenté de réoccuper leurs anciennes terres et maisons ils avaient souffert de la violence et du

recasement forcé. Les Plaignants estiment que l'absence de choix est en contradiction directe avec les garanties du droit au développement. La commission prend note d'un rapport produit pour le Groupe de travail des Nations Unies sur les populations indigènes qui dispose que « les populations indigènes ne sont pas forcées, pressées ou intimidées dans leurs choix du développement » .¹⁵² L'Etat Défendeur a-t-il fourni le droit au développement tel que cela est contenu dans la Charte africaine, le développement de la Réserve faunique aurait accru les capacités des Endorois, puisse qu'il leur aurait donné la possibilité de profiter de la Réserve faunique. Toutefois, les expulsions éliminent tout choix du lieu où ils aimeraient vivre.

280. La Commission africaine est consciente des propositions et des déclarations de l'Etat Défendeur, que la communauté est bien représentée et participe à la prise de décision communautaire, toutefois les Plaignants contredisent cela. Au Paragraphe 27 de l'exposé des faits des Plaignants, ils allèguent que les Endorois n'ont aucun avis dans la gestion des terres léguées par leurs ancêtres. L'EWC, l'organisme représentatif de la communauté Endorois, n'a pas été légalisé, ce qui représente un abus au droit des Endorois à une consultation équitable et légitime. Les Plaignants soutiennent par ailleurs que la non légalisation du EWC a souvent à la tenue de consultations illégitimes, car les autorités choisissent certains individus pour obtenir leur consentement « au nom » de la communauté.

281. La Commission africaine note que selon ses propres normes, un gouvernement doit consulter les populations autochtones, particulièrement lorsque des questions aussi sensibles que la terre sont traitées.¹⁵³ La Commission africaine convient avec les Plaignants que les consultations entreprises par l'Etat Défendeur avec les communautés étaient inappropriées et ne pouvaient pas être considérées comme une participation effective. Les conditions de la consultation ne satisfont pas les normes de consultations de la Commission sous une forme appropriée aux circonstances. La Commission est convaincue que les membres de la communauté avaient été informés des projets imminents comme étant un fait accompli, et aucune opportunité ne leur a été offerte pour influencer les politiques ou déterminer leur rôle dans la Réserve.

282. Par ailleurs, les représentants de la communauté dans une position de négociation inégale, une accusation non démentie ni discutée par l'Etat Défendeur. Ces représentants étaient non seulement illettrés mais aussi ils avaient une compréhension très différente du droit de propriété que celle des autorités kenyanes. La Commission est d'avis qu'il était de la responsabilité de l'Etat Défendeur de mener le processus de consultation de telle manière qui permette aux représentants d'être bien informés de l'accord, et participer au développement des parties importantes de la vie de la communauté. La Commission convient également avec les Plaignants que l'inefficacité des consultations menées par l'Etat Défendeur est soulignée par les actions des Endorois après la création de la Réserve faunique. Les Endorois croient et continuent de croire même après leur expulsion que la Réserve faunique et leur mode de vie pastorale ne sont pas incompatibles et qu'ils ont le droit de reprendre possession de leurs terres. Faute de comprendre leur expulsion définitive, plusieurs familles ont attendu 1986 pour quitter les lieux.

283. La Commission africaine souhaite attirer l'attention de l'Etat Défendeur sur l'article 2(3) de la Déclaration des Nations Unies sur le développement qui dispose que le droit au développement intègre « une participation active, libre et raisonnable au développement » .¹⁵⁴ Le résultat du développement devrait être la responsabilisation de la communauté Endorois. Il ne suffit pas aux autorités Kenyanes de tout juste donner de l'aide alimentaire aux Endorois. Les capacités et les choix des Endorois doivent être mis en valeur pour que le droit au développement soit respecté.

284. Le cas de Yakye Axa est riche en enseignements. La Cour interaméricaine a jugé que les membres de la communauté Yakye Axa vivaient dans des conditions de misère extrême à cause du manque de terres et d'accès aux ressources naturelles parce qu'ils faisaient l'objet de procédures devant la Cour et aussi de la précarité de leur recasement temporaire où ils étaient installés en attendant une solution à leur revendication foncière.

285. La Cour interaméricaine avait noté que, sur la base des déclarations des membres de la communauté Yakye Axa au cours des audiences publiques tenues, les membres de cette communauté auraient dû gagner une partie des moyens nécessaires à leur subsistance au cas où ils auraient été en possession de leurs terres traditionnelles. L'expulsion des membres de cette

Communauté de ces terres leur a causé des difficultés particulières et graves pour se procurer de la nourriture, principalement parce que leur site de recasement temporaire n'offre pas des conditions favorables pour l'agriculture et la pratique de leurs activités traditionnelles de subsistance, telles que la chasse, la pêche et la cueillette. Par ailleurs, dans cet espace de recasement, les membres de la communauté Yakye Axa n'ont pas accès à un habitat adéquat doté des services minimum de bases, tels que l'eau propre et les toilettes.

286. Le caractère précaire du recasement des Endorois après expropriation a eu des effets similaires. Une terre collective d'égale valeur ne leur a pas été attribuée (foulant ainsi au pied une disposition de la loi qui requiert une compensation adéquate). Les Endorois ont été relégués dans un territoire semi-aride, qui s'est révélé impropre aux activités pastorales, compte notamment tenu de la stricte interdiction de l'accès aux eaux salées du lac dotées de vertus médicinales ou aux sources d'eau traditionnelles. Très peu d'Endorois ont obtenu des titres individuels dans la forêt de Mochongoi, puisque la majorité vit sur des terres arides hors de la Réserve. ¹⁵⁵

287. Dans le cas de la communauté Yakye Axa, la Cour a jugé que l'Etat n'a pas garanti les droits des membres de cette communauté à la propriété collective. La Cour a estimé que ce fait a eu un effet négatif sur les droits des membres de la communauté à une vie décente, du fait qu'il leur a privé de la possibilité d'accès à leur moyens traditionnels de subsistance ainsi qu'à l'exploitation et à la jouissance des ressources naturelles pour avoir accès à l'eau propre et pratiquer la médecine traditionnelle pour prévenir et guérir les maladies.

288. Dans cette Communication soumise à la Commission, des preuves vidéo des Plaignants révèlent que l'accès à l'eau potable était sérieusement entravé parce qu'ils avaient perdu leurs terres ancestrales (Lac Bogoria) qui avaient beaucoup de sources d'eau douce. Parallèlement, leurs moyens traditionnels de subsistance – le pâturage de leur bétail – sont désormais très limités à cause du manque d'accès sur les verts pâturages de leurs terres traditionnelles. Les anciens disent généralement avoir perdu plus de la moitié de leur bétail depuis leur déplacement. ¹⁵⁶ La Commission africaine est d'avis que l'Etat Défendeur n'a pas beaucoup fait en termes d'assistance dans ces domaines.

289. Le droit au développement est étroitement lié à la question de la participation. Pour le cas de *Saramaka*, la Cour interaméricaine a déclaré qu'en garantissant la participation effective du peuple Saramaka aux plans de développement ou d'investissement sur leur territoire, l'Etat a la responsabilité de consulter la communauté concernée suivant leurs coutumes et traditions. Cette responsabilité exige que l'Etat accepte de disséminer les informations et implique une communication constante entre les parties. Ces consultations doivent se faire de bonne foi, au travers des procédures adéquates sur le plan culturel, et visant à parvenir à un accord.

290. Dans la présente Communication, bien que l'Etat Défendeur déclare avoir consulté la communauté Endorois, la Commission africaine soutient que cette consultation n'est pas suffisante. La Commission est convaincue que l'Etat Défendeur n'a pas reçu l'approbation préalable de tous les Endorois avant de désigner leur territoire comme Réserve faunique et de commencer leur expulsion. L'Etat Défendeur n'a pas fait comprendre aux Endorois qu'il leur sera refusé le droit de retourner sur leurs terres, en particulier d'avoir un accès sans restriction à leurs pâturages et aux eaux salées ayant des vertus médicinales pour leur bétail. La Commission convient que les Plaignants avaient des attentes légitimes et que même après leur première expulsion, la communauté a continué de croire qu'elle serait autorisée à accéder à ses terres pour des cérémonies religieuses et des raisons médicinales – d'où en fait leur présence devant la Commission africaine.

291. En outre, la Commission est d'avis que pour toute évolution ou tout projet de développement qui aurait un impact majeur sur le territoire des Endorois, l'Etat a la responsabilité non seulement de consulter la communauté, mais aussi d'obtenir leur libre consentement préalable et conséquent, en accord avec leurs coutumes et traditions.

292. Du témoignage oral et même de la note écrite soumise par les Plaignants, la Commission africaine est informée que les représentants Endorois lors des débats avec l'Etat Défendeur sont des analphabètes, ce qui est un handicap à leur capacité de compréhension des documents produits par l'Etat Défendeur. L'Etat Défendeur n'a pas contesté cette déclaration. La Commission africaine convient avec les Plaignants pour affirmer que l'Etat Défendeur n'a pas garanti l'information adéquate

des Endorois sur la nature et les conséquences du processus, des exigences minimales établies par la Commission interaméricaine dans l'affaire *Dann*. ¹⁵⁷

293. Dans cette perspective, il est important de noter ce que le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones a également constaté que : « [P]artout où [des projets à grande échelle] ont lieu dans des régions occupées par des peuples autochtones, il est probable que leurs communautés subissent de profonds changements sociaux et économiques qui ne sont pas très souvent bien compris, encore moins envisagés par les autorités chargées de les promouvoir. [...] Les principaux effets des droits de l'homme découlant de ces projets en faveur des peuples autochtones sont relatifs à la dépossession des terres et territoires traditionnels, l'expulsion, les migrations et les implantations éventuelles, la réduction des ressources nécessaires pour la survie physique et culturelle, la destruction et la pollution de l'environnement traditionnel, la désorganisation sociale et communautaire, les conséquences néfastes à long terme relatives à la santé et à la nutrition, ainsi que dans certains cas, le harcèlement et la violence ». Par conséquent, le Rapporteur spécial des Nations Unies a affirmé que « le consentement libre, préalable et éclairé est essentiel pour la [protection des] droits des peuples autochtones du point de vue des projets de développement majeurs » . ¹⁵⁸

294. Par rapport au partage de retombées, la Cour interaméricaine a affirmé, dans l'affaire *Samaranka*, qu'il est vital pour le droit au développement et, par extension, pour le droit à la propriété. Le droit au développement serait violé si le développement en question diminue le bien-être de la communauté. La Commission africaine note de même que le concept de partage des retombées sert aussi d'indicateur significatif du respect des droits à la propriété ; en cas de non-indemnisation en bonne et due forme (même si les autres critères d'objectif légitime et de proportionnalité sont remplis) résulte en une violation du droit à la propriété.

295. La Commission note, en outre, que, dans la Charte africaine sur la participation et la transformation populaire au développement (1990), le partage des retombées sont la clé du processus de développement. Dans le contexte actuel de l'affaire Endorois, le droit d'obtenir une « juste indemnité » dans l'esprit de la Charte africaine traduit un droit du peuple Endorois de raisonnablement partager les bénéfices récoltés à la suite d'une restriction ou d'une privation de leur droit d'utiliser et de jouir de leurs terres traditionnelles et de ces ressources naturelles nécessaires pour leur survie.

296. Dans cette logique, le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale a non seulement recommandé que le consentement éclairé et préalable des communautés soit recherché lorsque les activités principales d'exploitation sont planifiées sur des territoires autochtones, mais aussi « que le partage équitable des avantages à tirer de telles activités soit garantie ». Dans cette affaire, l'Etat Défendeur, en l'occurrence le Kenya, doit garantir le partage mutuel et équitable des retombées. Dans cette logique, et suivant l'esprit de la Charte africaine, le partage de bénéfices peut être compris comme une forme d'indemnisation équitable et raisonnable résultant de l'exploitation des terres traditionnelles et des ressources naturelles nécessaires à la survie de la communauté des Endorois.

297. La Commission africaine est convaincue que l'inadéquation des consultations a amené les Endorois à avoir un sentiment de privation du droit électoral dans un processus d'une importance capitale pour leur vie en tant que peuple. Le ressentiment découlant de cette injustice avec laquelle ils avaient été traités a inspiré certains membres de la Communauté à essayer de réclamer la forêt de Mochingoï en 1974 et 1984 ; à rencontrer le Président pour débattre de l'affaire en 1994 et 1995, et à protester par des manifestations pacifiques. La Commission reconnaît que si des consultations avaient été menées de manière à impliquer effectivement les Endorois, il n'y aurait pas eu de confusion quant à leurs droits, encore moins de ressentiment de ce que leur consentement n'avait pas été acquis de manière adéquate. Il est également évident qu'ils ont eu des pertes importantes – la perte actuelle en bien-être et le refus de partager les bénéfices grandissants de la Réserve faunique. De même, les Endorois ont enregistrés de lourdes pertes en termes de choix depuis leur expulsion du territoire. Il n'est point de doute que les Endorois, en tant que bénéficiaires du processus de développement, avaient droit à une distribution équitable des bénéfices tirés de la Réserve.

298. La Commission africaine convient qu'il incombe à l'Etat Défendeur la responsabilité de créer des conditions favorables au développement des peuples ¹⁵⁹ Il ne revient assurément pas aux

Endorois eux-mêmes de trouver des pâturages alternatifs pour leur bétail ou pour leurs cérémonies religieuses. Au contraire, l'Etat Défendeur a l'obligation de garantir aux Endorois qu'ils ne sont pas exclus du processus de développement ou du partage de bénéfices. La Commission africaine est d'avis que l'indisponibilité des mesures d'indemnisation ou de bénéfices adéquats, ou encore de terres appropriées pour le pâturage indiquent que l'Etat Défendeur n'a pas pris en compte, tel que cela se doit, les Endorois dans le processus de développement. Elle reproche donc à l'Etat Défendeur d'avoir fait subir aux Endorois une violation de l'article 22 de la Charte.

Recommandation du Secrétariat Compte tenu de ce qui précède, la Commission africaine juge que l'Etat Défendeur a violé les articles 1, 8, 14, 17, 21 et 22 de la Charte africaine. La Commission africaine recommande que l'Etat Défendeur :

- Reconnaisse les droits de propriété des Endorois et leur restitue leur terre ancestrale.
- S'assure que l'accès de la communauté Endorois au Lac Bogoria et aux sites aux alentours pour les rites religieux et culturels, mais aussi pour le pâturage de leur bétail ne soit pas limité.
- Paie des dédommagements adéquats à la communauté pour toutes les pertes subies.
- Paie aux Endorois des redevances provenant des activités économiques existantes et s'assure qu'ils tirent avantage des possibilités d'emploi au sein de la Réserve.
- Autorise l'enregistrement du Endorois Welfare Committee » (Comité du Bien-être des Endorois).
- Engage in dialogue with the Complainants for the effective implementation of these recommendations.
- Rende compte de la mise en œuvre de ces recommandations dans les trois mois qui suivent la date de notification.
- La Commission africaine propose ses bons offices pour aider les parties dans la mise en œuvre de ces recommandations.

Notes

Les notes seront bientôt disponibles.