

**UNIVERSITE DE STRASBOURG**  
Faculté de Droit, de Sciences politiques et de Gestion

**THESE DE DOCTORAT**

**Discipline : « Droit International »**  
**Spécialité : Droits de l'Homme**

**Présentée par :**

**Maureen TONG**

**Titre :**

**LE DROIT A L'AUTODETERMINATION ET A RESTITUTION:**  
L'affaire du peuple de l'archipel des Chagos (Territoire Britannique de  
l'Océan Indien)

**Unité de Recherche :**  
*(N° et Nom de l'Unité)*

**Directrice de Thèse :**  
**Mme Florence BENOIT-ROHMER**

**Soutenué le**  
**6 novembre 2009**

**Localisation/ Ecole doctorales :**

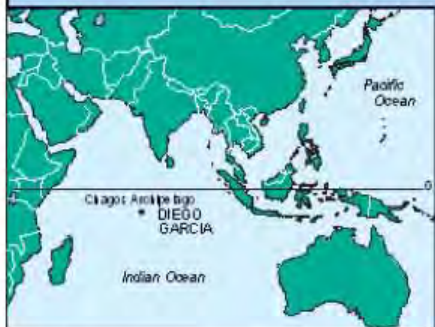
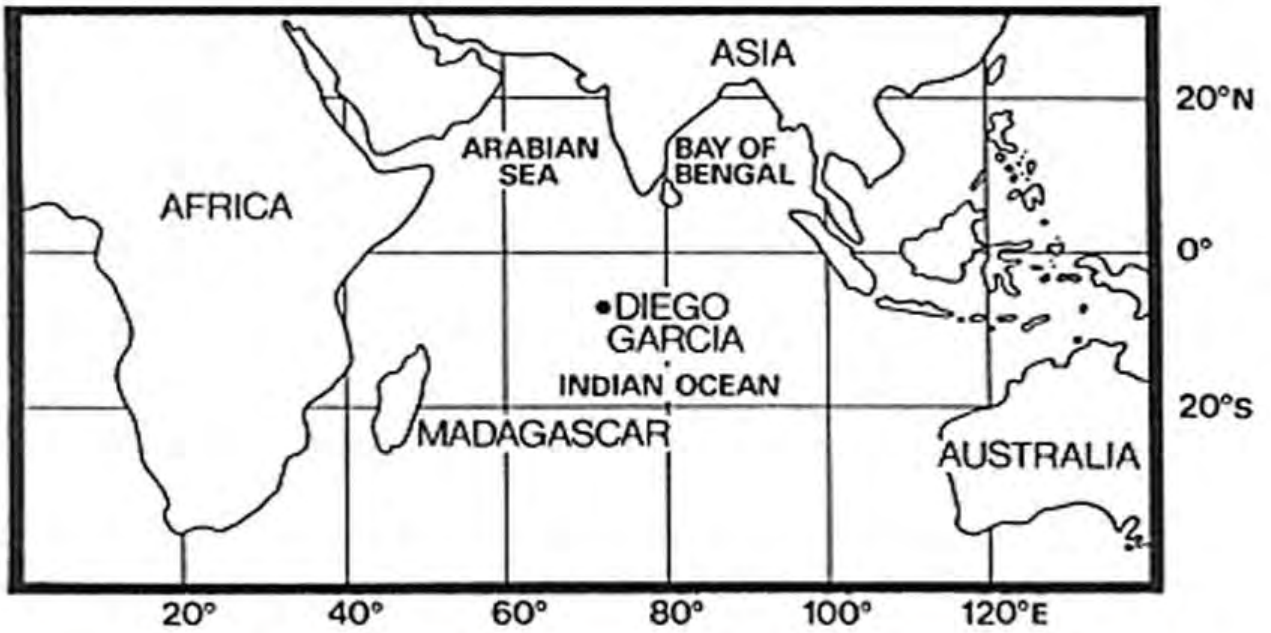
**ED 101 – Droit, sciences politique et histoire**

**Jury :**

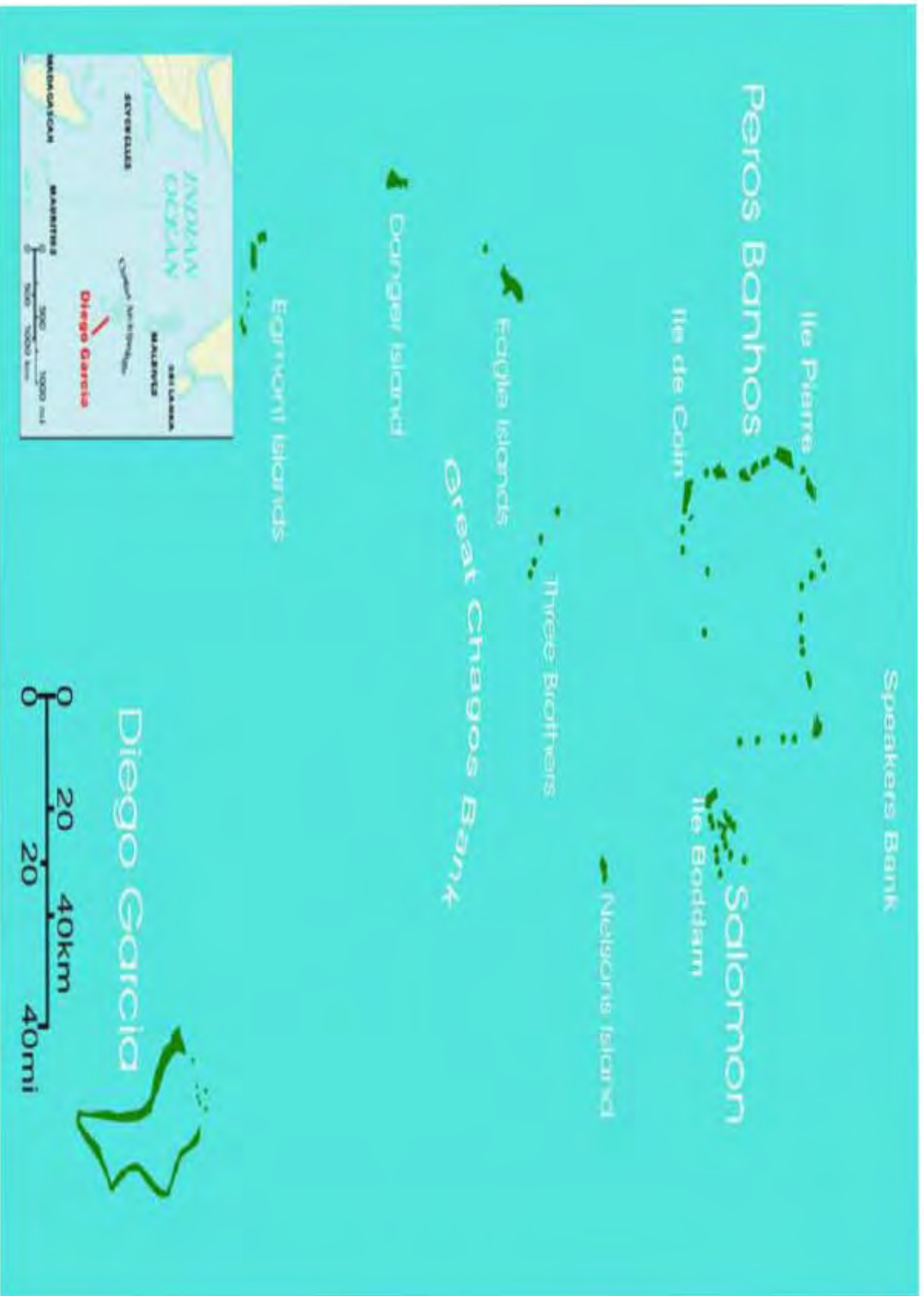
M. Gudmundur ALFREDSSON, Professeur à l'Université de Strasbourg.

M. Peter MacAlister-Smith, Professeur à l'Institut Max Planck, Allemagne.

CARTE DE L'ARCHIPEL DES CHAGOS



0 1 2 MI DIEGO GARCIA



## PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Bancoult (1)</i>	[Ex Parte Bancoult] The Queen v Secretary for the Foreign and Commonwealth Office [2000] EWHC Admin 413 [f2001] QB 1067
<i>Bancoult (2)</i>	The Queen on the application of Louis Olivier Bancoult v The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2006] EWHC 1038 (Admin)
<i>Bancoult (3)</i>	Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office v Ex Parte Bancoult the Queen [2007] EWCA Civ 498
<i>Bancoult (4)</i>	Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v Ex Parte Bancoult [2008] UKHL 61
<i>BIOT</i>	British Indian Ocean Territory : Territoire britannique de l'océan Indien
<i>Chagos Islanders</i>	Chagos Islanders v Attorney General Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner [2003] EWHC 222 (QB)
Charte africaine	Charte Africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples
Commission africaine	Commission Africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples
Commission européenne	Commission Européenne sur les Droits de l'Homme
Commission interaméricaine	Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme
Convention américaine	Convention Américaine relative aux droits de l'homme
Convention européenne	Convention Européenne sur les droits de l'homme
Convention de Vienne	Convention de Viennes sur le droit des traités
Cour africaine	Cour Africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples
CPI	Cour Pénale Internationale

CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CIADH	Cour Interaméricaine pour les Droits de l'Homme
CIJ	Cour Internationale de Justice
CERD	Convention Internationale sur l'Elimination de toutes les formes de Discrimination Raciale
Déclaration de 2007	Déclaration des Nations Unies de 2007 sur les Droits des Peuples Autochtones
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Etats Unis	Etats Unis d'Amérique
GRC	Groupe Réfugiés de Chagos
HCR	Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
MINURSO	Mission des Nations Unies pour le Référendum au Sahara Occidental
<i>Namibie</i>	<i>Conséquences juridiques pour les Etats de la Présence Continue de l'Afrique du Sud en Namibie de 1971 (Sud-ouest africain) nonobstant la Résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Recueils de la CIJ 1971 P. 31</i>
ONU	Organisation des Nations Unies
OIT	Organisation Internationale du Travail
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PIDCP	Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits Economiques, Sociaux et Culturels
Résolution 1514 (XV)	Résolution 1514 (XV) des Nations Unies du 14 Décembre 1960, contenant la déclaration sur l'Indépendance des pays et des peuples

Résolution 1541 (XV)	Résolution 1541 (XV) des Nations Unies du 15 Décembre 1960, sur les principes qui devraient aider à établir les rapports évoqués dans l'article 73 alinéa e de la charte des Nations Unies
Résolution 2625 (XXV)	Résolution 2625 (XXV) de 1970, contenant la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies
Royaume-Uni	Royaume-Uni de la Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord
RADS	République Arabe Démocratique Saharienne
TPIR	Tribunal Pénal International pour le Rwanda
TPIY	Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie
UA	Union Africaine

## **SOMMAIRE**

### **INTRODUCTION**

## **TITRE I : LES DROITS DE L'HOMME ET LES NORMES EN MATIERE DE DECOLONISATION ET D'AUTODETERMINATION**

Chapitre I : Décolonisation et droit à l'autodétermination

Chapitre II : Application du droit à l'autodétermination aux peuples des territoires non autonomes

Chapitre III : Application du droit à l'autodétermination dans le cas du peuple de Chagos

## **TITRE II : LE DROIT A RESTITUTION**

Chapitre I : Le développement du droit à réparation et à restitution en droit international

Chapitre II : La jurisprudence sur le droit à réparation et/ou à restitution en droit international

Chapitre III : Application du droit à réparation et à restitution dans le cas du peuple de Chagos

## **TITRE III : CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS**

Chapitre I : Conclusions sur l'affaire chagossienne

Chapitre II : Recommandations pour la résolution de l'affaire chagossienne

## **SOURCES BIBLIOGRAPHIQUES**

## INTRODUCTION

Gudmundur Alfredsson associe à un territoire ayant un statut colonial trois caractéristiques fondamentales, il s'agit notamment d'un territoire occupé par une nation en dehors de ses propres frontières, d'une entité géographique et politique distincte placée sous domination étrangère<sup>1</sup>. Le droit à l'autodétermination n'invalide pas la base légale de la souveraineté ou du statut « colonial » d'un territoire non autonome, mais impose aux Etats qui jouissent encore de la domination sur des territoires coloniaux, des obligations à aider les peuples de ces territoires à exercer leur droit à l'autodétermination ; soit en accédant à l'indépendance, soit en s'associant ou en intégrant un Etat déjà existant, soit en restant dans le *statu quo*. Le titre légal en-soi demeure valide jusqu'à ce que le peuple du territoire en question exerce son droit à l'autodétermination.

### ***Occupation***

La Cour Internationale de Justice (CIJ), a déclaré en 1975 dans l'affaire du *Sahara occidental, avis consultatif* qu'en droit international en vigueur à cette époque, l'occupation était l'un des moyens légaux d'acquérir la souveraineté sur un territoire afin d'en faire une colonie<sup>2</sup>. Deux éléments étaient requis pour prouver l'occupation effective d'un territoire: l'intention d'acquérir le territoire et la démonstration de l'occupation de ce territoire.

---

<sup>1</sup> G. ALFREDSSON, *Greenland and the Law of Political Decolonization: German Yearbook of International Law*, Duncker & Humblot/Berlin, volume 25, 1982, p.290-299

<sup>2</sup> Affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif*, Rapports de la Cour Internationale de Justice, 1975, paragraphes 79 et 80.



### ***Terra nullius***

Le concept de *terra nullius* ou « terre sans maître » signifie territoire qui n'est possédé par personne, il était appliqué à un territoire qui n'avait encore été soumis à aucun pouvoir colonial, et qui par conséquent était considéré comme territoire non souverain. Ce concept était l'outil légal qui permettait d'acquérir par la force ou d'occuper, tout Etat considéré comme non civilisé parce que sa population n'avait pas de structures sociales, judiciaires et politiques semblables à celles du monde occidental<sup>3</sup>. Le « principe de reconnaissance » de la loi coloniale britannique accordait de la valeur aux lois autochtones en vigueur dans les territoires colonisés avant la colonisation à condition qu'elles soient jugées civilisées, c'est-à-dire semblables aux systèmes occidentaux. Un exemple de l'application du concept de *terra nullius* par le Royaume-Uni dans ses colonies est celui de l'affaire *In Re Rhodesia*<sup>4</sup>. Le *Conseil Privé* de Londres, considéré comme la dernière instance judiciaire de recours pour ce qui était à l'époque appelé la colonie britannique de la Rhodésie du Sud (le Zimbabwe actuel), décida d'invalidier les droits fonciers des peuples Ndebele qu'il jugea « irréconciliables avec les idées légales d'une société civilisée ». Le *Conseil Privé* déclara:

« L'évaluation des droits des tribus autochtones est toujours en soi difficile à réaliser. Certaines tribus se situent au bas de l'échelle de l'organisation sociale à tel point que leur utilisation et leur conception des droits et devoirs ne sont pas réconciliables avec les institutions ou les idées légales des sociétés civilisées. Un tel écart ne peut être rattrapé. Il serait inapproprié d'attribuer à un tel peuple quelque droit que ce soit dans notre loi, droit qui serait ensuite converti en droits transmissibles de propriété tels que nous les connaissons»<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> P. KULCHYSKI, *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Oxford University Press, p. 6.

<sup>4</sup> *In re Rhodesia*, 1919, AC 211 PC.

<sup>5</sup> *Ibid* p.233 – 234.

La CIJ a rejeté le concept de *terra nullius* dans l'affaire du *Sahara occidental, avis consultatif*, le qualifiant de « terme légal à valeur artistique »<sup>6</sup>. Le juge Ammoun ira même plus loin dans son opinion individuelle sur le *Statut International du Sud-ouest africain, avis consultatif* en déclarant que :

« C'était une bévue monstrueuse et une injustice flagrante de considérer l'Afrique sub-saharienne comme *terra nullius*, destinée à être partagée entre les puissances pour être occupée et colonisée, alors qu'au cours du XVI<sup>ème</sup> siècle déjà [la Reine] Victoria [du Royaume-Uni] avait écrit que les Européens ne pouvaient pas obtenir la souveraineté sur les Indes par occupation, vu qu'elles n'étaient pas *terra nullius* »<sup>7</sup>.

Des pays comme la Nouvelle-Zélande, le Canada et l'Australie avaient auparavant ignoré les droits à la terre et aux ressources naturelles des peuples autochtones en faisant usage du concept de *terra nullius*. L'affaire australienne de référence en la matière *Mabo c. Queensland* arrêt (2)<sup>8</sup> a discrédité le concept de *terra nullius* le qualifiant de fiction légale basée sur des attitudes racistes envers les droits des peuples autochtones et leur système légal de tenure de la terre. Cette décision judiciaire a depuis été appliquée par plusieurs juridictions<sup>9</sup>. Le concept de titre autochtone au Canada reconnaît que le peuple autochtone a droit à la terre et aux ressources naturelles qui sont restées intactes jusqu'à ce qu'elles soient expressément détruites par l'Etat.

---

<sup>6</sup> Affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif*, op. cit. paragraphe 79.

<sup>7</sup> *Statut International du Sud-ouest africain*, CIJ Recueil 1950. L'opinion individuelle du juge Fouad Ammoun, p. 86. Le juge Ammoun est allé plus loin en parlant de l'histoire des civilisations africaines, les empires construits longtemps avant l'arrivée des marchands d'esclaves et l'émergence du colonialisme. Il a également fait référence à l'héritage intellectuel du continent pour démontrer que l'argument selon lequel les pays africains n'avaient pas de civilisation, et par conséquent étaient *terra nullius*, destinés à être conquis par les pays européens, était une erreur.

<sup>8</sup> Arrêt *Mabo c. Queensland* n° 2, [1992] 175 CLR 1 (Australie).

<sup>9</sup> Voir l'affaire *Delgamuukw c. British Columbia*, [1997] 153, DLR 193 (4 e.), (Canada).

## ***Cession***

En droit international coutumier, un Etat colonial pouvait également céder sa souveraineté sur un territoire à un autre Etat colonial grâce à un traité de cession entre les deux Etats à condition que l'Etat qui cède la souveraineté ait la compétence de le faire<sup>10</sup>. Au moment où les rivalités entre les puissances coloniales pour contrôler l'Afrique, l'Asie et les Amériques battaient leur plein, le Royaume-Uni, la France, l'Espagne et l'Allemagne s'affrontèrent à plusieurs reprises. A la suite de ces affrontements, ils dominèrent les uns après les autres, prirent le contrôle sur les territoires colonisés, puis le perdirent. En conséquence, la passation de souveraineté sur un territoire d'une puissance coloniale à une autre était faite par le biais de la signature d'un traité de cession entre les deux puissances. Deux exemples tirés de cette étude sont d'une certaine pertinence: le Traité de Paris de 1814, par lequel le Royaume-Uni obtint le contrôle de l'archipel des Chagos, qui était à cette époque-là administré par la France comme une partie du territoire de l'Ile Maurice ; l'autre exemple est celui du Traité d'Utrecht en 1713, par lequel l'Espagne céda sa souveraineté sur Gibraltar au Royaume-Uni.

En droit international, le transfert de souveraineté sur un territoire ne peut légalement se faire que par le consentement de la population vivant sur ce territoire. En conséquence, toute entente de cession entre deux Etats sans l'accord préalable de la population qui occupe le territoire concerné, tombe dans l'illégalité en ce qui concerne le principe d'autodétermination. Par exemple, l'annexion du Timor Oriental par l'Indonésie en 1975 sans avoir obtenu « l'expression libre et véritable de la volonté de la population concernée » tel que stipulé par la CIJ lors de sa délibération sur l'affaire du *Sahara occidental, avis consultatif*<sup>11</sup> était donc illégale et incapable de permettre à l'Indonésie

---

<sup>10</sup> J. CASTELLINO, *International Law and Self-Determination*, p. 186.

<sup>11</sup> Affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif*, op.cit., p. 12.

de déclarer sa souveraineté sur le Timor oriental<sup>12</sup>. Comme le montre la décision judiciaire de l'affaire australienne *Mabo c. Queensland* arrêt (2), la méthode d'acquisition d'un territoire n'est plus le seul facteur à même de déterminer son statut<sup>13</sup>.

Le juge Dillard a déclaré dans sa fameuse opinion individuelle jointe à l'avis sur le *Sahara occidental* « qu'il appartient au peuple de déterminer la destinée d'un territoire et non au territoire de déterminer la destinée d'un peuple. » La CIJ décida dans son avis consultatif sur le *Statut juridique International du Sud-ouest africain* que les Etats ne pouvaient pas changer unilatéralement le statut politique d'un territoire sans le consentement des Nations Unies et particulièrement lorsqu'il s'agit d'une violation du droit des habitants à l'autodétermination<sup>14</sup>. Afin d'illustrer cet argument, nous discuterons des deux affaires mentionnées ultérieurement, ensuite nous définirons en détails le concept d'autodétermination dans le contexte de la décolonisation.

Le droit international n'approuve pas l'acquisition d'un territoire en violation du droit à l'autodétermination. Dans l'affaire du *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, avis consultatif<sup>15</sup>, la CIJ fut de l'opinion que l'acquisition de la souveraineté sur un territoire en violation du droit à l'autodétermination était illégale compte tenu de la règle dès lors bien établie, selon laquelle la volonté libre et véritable des habitants du territoire en question devait être respectée.

Le droit international désapprouve catégoriquement l'usage de la force par les Etats pour renier aux peuples colonisés ou sous domination étrangère ou raciste, le droit à l'autodétermination. De la même manière, les actions visant à empêcher un peuple de faire usage de son droit à l'autodétermination, par exemple par la mise en place d'institutions et autres mécanismes coercitifs, tombent dans l'illégalité du point de vue

---

<sup>12</sup> *The Right to self-Determination in Operation*, p. 188.

<sup>13</sup> *Mabo c. Queensland* [1988] 166 CLR [Australie].

<sup>14</sup> *Statut International du Sud-ouest africain, op.cit.*, p. 141 – 145.

<sup>15</sup> Affaire du *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, Verdict, CIJ Recueils 1995, p. 90.

du droit à l'autodétermination. Les Etats sont autorisés à fournir une assistance technique, financière et logistique de soutien aux mouvements de libération afin que le peuple atteigne son autonomie. Cependant, il est illégal de fournir une quelconque assistance à un Etat oppresseur qui s'oppose au droit à l'autodétermination du peuple sous sa domination<sup>16</sup>.

La CIJ trouva que le droit des peuples à l'autodétermination, dans son évolution dans la charte des Nations Unies et dans les pratiques des Nations Unies avait un caractère d'*erga omnes*. La CIJ conclut également que le principe d'autodétermination avait été reconnu par la charte ainsi que par la jurisprudence de la CIJ, notamment dans les affaires du *Sahara Occidental* et de *Namibie, avis consultatifs*<sup>17</sup>.

Le principe d'autodétermination, qui était considéré comme un *jus cogens* et maintenant comme *erga omnes* d'après l'*avis consultatif* de la CIJ sur la *Namibie* en 1971, a reformulé les règles régissant la responsabilité des Etats. La règle de *jus cogens* est une règle à laquelle un Etat ne peut déroger, pas même par voie de signature d'un traité avec un autre Etat. Le consensus ne peut pas être une justification de la violation des normes internationales légales et tous les Etats peuvent prendre des mesures contre un Etat qui se rend coupable d'un tel agissement. La violation d'*erga omnes* concerne tous les Etats. Les traités bilatéraux deviennent illégaux sous la règle de *jus cogens*. Par exemple, le traité entre les Gouvernements britannique et américain portant sur l'expulsion de la population de l'archipel des Chagos, est susceptible d'être déclaré nul et non avenu par l'une ou l'autre des deux parties parce qu'il va à l'encontre de la norme impérative de *jus cogens*, dont l'autodétermination fait désormais partie.

---

<sup>16</sup> *The Right to Self-Determination: Impact on Traditional International Law*, p.198.

<sup>17</sup> *Les Conséquences juridiques pour les Etats Affaire de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (Sud-ouest africain), avis consultatif, CIJ Recueils 1971, p. 31.

*Jus cogens* se rapporte à un ensemble de principes ayant une telle importance qu'aucun Etat ne devrait y déroger sous aucun prétexte. L'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités déclare qu'un traité n'est nul que si, au moment de sa signature, il entre en conflit avec une norme impérative du droit international général<sup>18</sup>.

Pendant la Conférence Diplomatique de Vienne, le principe d'autodétermination s'ajouta à la liste des principes considérés comme *jus cogens*. En dehors de la Conférence Diplomatique de Vienne sur le droit des traités, le principe d'autodétermination fut également inclus, au niveau international, dans la Charte des Nations Unies de 1945, la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée Générale de l'ONU de 1960<sup>19</sup> contenant la déclaration des Nations Unies sur l'indépendance des peuples et pays colonisés, la résolution 1541 (VX) de 1960 sur les principes devant aider les Etats membres à déterminer si un Etat a l'obligation de fournir les informations requises par l'article 73 alinéa e de la Charte des Nations Unies, ainsi que la résolution de 1970 contenant la déclaration des principes de droit international concernant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies.

Au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981 inscrit le droit à l'autodétermination des peuples encore sous domination coloniale comme l'un des principes fondamentaux constituant la Charte africaine. De plus, l'article 20 de la Charte africaine traite du droit des peuples à l'autodétermination. Dans l'article III de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) de 1963 qui a précédé l'Union Africaine (UA), les membres de l'OUA s'engagent expressément à

---

<sup>18</sup> L'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités déclare :  
« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

<sup>19</sup> Résolution 1514 (XV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies GAOR 1514 (XV) de 1960 adoptée à l'unanimité 89 – 0 – 9.

éradiquer le colonialisme sous toutes ses formes. L'un des principes régissant l'appartenance à l'OUA était le « dévouement sans réserve à la cause de l'émancipation totale des territoires africains non encore indépendants. »

### ***Que signifie le concept d'autodétermination?***

Les avis diffèrent sur la signification à donner à l'autodétermination dans cette ère postcoloniale. Son application initiale à l'apogée de la décolonisation était moins ambiguë. Le terme s'appliquait aux territoires qui n'avaient pas encore été libérés du joug colonial, dont les peuples étaient sous domination étrangère et qui par conséquent étaient appelés à exercer leur droit à l'autodétermination.

Nous discuterons de l'évolution des différentes significations données au terme «autodétermination» dans le temps pour clarifier les débats. Il n'est cependant pas besoin, dans le cadre de cette thèse, de résoudre ce débat. Il serait suffisant de démontrer que même si l'archipel des Chagos (Territoire britannique de l'océan Indien) n'a jamais figuré sur la liste des territoires non autonomes des Nations Unies, il remplit toutes les conditions pour y être. Il est peu probable que l'archipel des Chagos soit volontairement inscrit sur cette liste par le Royaume-Uni étant donné l'enjeu politique qui lui est relatif, de plus, il faudrait s'attendre à l'objection de l'île Maurice, comme ce fut le cas du Maroc qui était opposé au processus de décolonisation du Sahara Occidental et à la déclaration de son indépendance.

Gudmundur Alfredsson affirme que le principe d'autodétermination est étendu, élastique et populaire. Il affirme que ce terme peut prendre, entre autres, les significations suivantes :

- a) Le droit de la population d'un Etat à déterminer la forme de son Gouvernement et celui de participer à ce Gouvernement, incluant parfois le droit de disposer d'eux-mêmes au niveau international;
- b) Le droit d'un Etat à conserver son unité internationale et son intégrité territoriale et à conduire ses affaires sans interventions extérieures, ni violation de ses frontières ;
- c) Le droit d'une minorité au sein d'un Etat, et même à cheval sur la frontière entre deux Etats, à avoir des droits spéciaux, pas seulement de protection et antidiscriminatoires, mais également, en cas de besoin, des droits culturels, sociaux, économiques et le droit à l'éducation dans le but de préserver l'identité de ce groupe. Voir les pourparlers des peuples autochtones et la demande de reconnaissance de leur langue, de leur culture et de leurs systèmes de droit foncier et de propriété ;
- d) Le droit d'un Etat et de sa population au développement culturel, social et économique, particulièrement revendiqué par les pays en voie de développement; et
- e) Parfois dénommée autodétermination externe, le droit d'un Etat ou d'une entité à déterminer son statut international.<sup>20</sup>

Rodolfo Stavenhagen déclare que l'autodétermination prend différentes significations selon les individus. Il affirme que :

« L'autodétermination est devenue, en effet, un fait politique et social dans le monde contemporain, qui nous impose des efforts à faire afin de le comprendre et de le maîtriser pour ce qu'il est : une idée d'une magnitude puissante, une instance philosophique, une valeur morale, un mouvement social, une idéologie forte, qui peut

---

<sup>20</sup> G. ALFREDSSON, op. cit., p.294.



aussi être exprimée, dans l'une de ses multiples formes, comme un droit légal au sein du droit international »<sup>21</sup>.

Malgré quelques opinions selon lesquelles l'autodétermination est un « principe »<sup>22</sup> et non un droit en tant que tel, le *droit* à l'autodétermination est devenu un principe de droit international de nature contraignante. Certains disent qu'en droit international, il s'agit d'un droit collectif ou humain particulièrement pertinent pour les peuples colonisés et opprimés<sup>23</sup>. D'autres affirment que le fait de mettre en exergue les droits de l'homme et les aspects démocratiques de l'autodétermination, montre que même si le concept a évolué de son état d'aspiration pour devenir un droit, grâce à la décolonisation qui a abouti à la signature de traités sur les droits de l'homme comme le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques (PIDCP)<sup>24</sup> et le Pacte International sur les Droits Economiques, Culturels, Sociaux et (PIDESC), il n'a pas changé dans sa description initiale. Le concept a apparemment été étendu par le Comité des droits de l'homme pour couvrir non seulement les territoires en attente de leur décolonisation, mais aussi certains peuples au sein d'Etats indépendants<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> R. STAVENHAGEN, *Self-Determination, Right or Demon*, 2. Il fait référence à l'étude effectuée par la fondation Carnegie pour la Paix Internationale qui propose de nouvelles catégories d'autodétermination, en l'occurrence l'autodétermination anticoloniale, l'autodétermination sous étatique, l'autodétermination trans-étatique, l'autodétermination des gens dispersés, l'autodétermination autochtone, l'autodétermination par représentation comme différentes sources de revendication dont les résultats varient. Voir Morton H HALPERIN, David J SCHEFER and Patricia L SMALL, *Self-Determination in New World Order, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1992*, utilisé comme référence par R. STAVENHAGEN, p. 2.

<sup>22</sup> P. THORBERRY, *Self-Determination and Indigenous People: Objections and Responses*, in *Operationalizing the Right of Indigenous People to Self-Determination*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, Abo, 2000, 39, p. 40.

<sup>23</sup> R. STAVENHAGEN, *op. cit.*, p. 3.

<sup>24</sup> G.A Res, 2220 A (XXI), 21 U.N. Doc., GOAR Supp NO 16, a 52, U.N Doc A/6316 (1966).

<sup>25</sup> Commentaire Général 12(21), sur l'article 1 du PIDCP, UN doc. A/39/40 p. 122 – 143.

### ***L'autodétermination par opposition à la souveraineté territoriale***

L'ONU, au moment de sa création, avait pour objectif de maintenir la paix et la stabilité internationale au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. L'article 2 alinéa 4 de la Charte des Nations Unies déclare que :

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

L'article 2 alinéa 6 exige des Etats non membres de l'ONU qu'ils agissent conformément aux principes des Nations Unies pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La résolution 1514 (XV) semblait soumettre l'exercice du droit des peuples colonisés à l'autodétermination à la condition qu'il ne se fasse point au détriment de la stabilité<sup>26</sup>. Ceci semble être basé sur la crainte que l'exercice du droit à l'autodétermination ne perturbe la paix et la sécurité internationales. L'intégrité territoriale, tout comme la décolonisation, a émergé comme une règle du droit international obligatoire pour les Etats. Elle est respectée non seulement par les anciennes puissances coloniales, mais également par les nouveaux Etats indépendants à travers le principe de *l'uti posseditis*. Le principe *de l'uti posseditis* s'est développé à partir de la pratique en Amérique Latine où les anciennes colonies espagnoles gardèrent leurs frontières au moment de leur indépendance. Le même principe fut adopté au moment de la décolonisation des Etats africains.

---

<sup>26</sup> Le préambule de la Résolution 1514 (XV) déclare : « *Consciente* de la nécessité de créer des conditions de stabilité et de bien-être (...)... »

Certains ont avancé que l'exercice du droit à l'autodétermination en ex-Yougoslavie a eu pour effet de précipiter la désintégration du territoire ainsi que le bain de sang et le génocide contre les musulmans bosniaques qui ont suivi. Voir aussi J. CASTELLINO, op. cit., p. 22 et les affaires du Tribunal Pénal des Nations Unies pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) plus loin.

Si la déclaration de l'Assemblée Générale de l'ONU de 1960 sur la décolonisation des territoires coloniaux avait pour objectif principal de donner l'occasion à ces territoires et à leurs peuples d'exercer leur droit à l'autodétermination, elle a aussi réaffirmé le principe de l'intégrité territoriale des Etats dans le paragraphe 6 de la résolution 1514 (XV) :

« 6. Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies »<sup>27</sup>.

Cette close ne fait pas référence à l'intégrité territoriale des anciennes puissances coloniales, mais plutôt à celle des territoires qui devaient être décolonisés. Il était important de faire en sorte que lors de l'exercice du droit à l'autodétermination, l'intégrité territoriale ne soit ni détériorée, ni rompue. Pour les Etats membres de l'ONU, organisme dont l'objectif est le maintien de la paix et de la sécurité internationales, cette close est considérée comme un élément important destiné à contrôler l'exercice du droit à l'autodétermination<sup>28</sup>. La violation du droit à la décolonisation demeure la seule violation des frontières nationales sanctionnée par la loi. Par ailleurs, ce droit est considéré comme inviolable en droit international, pour permettre la dislocation des empires coloniaux.

---

<sup>27</sup> Paragraphe opératif de la déclaration des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, déclare:

« 5. Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tout autre territoire n'ayant pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes. »

<sup>28</sup> J. CASTELLINO, op. cit., p.26.

La Charte de l'OUA de 1963, engage expressément les membres de l'organisation à respecter les frontières existantes au moment de l'obtention de leur indépendance<sup>29</sup>. En 1964, l'Assemblée des Chefs d'Etat et de Gouvernement africains de l'OUA, a passé une résolution adoptant formellement le principe de l'*Uti Posseditis*<sup>30</sup>. L'OUA a été créée en 1960, lorsque le processus d'accession à l'indépendance commençait seulement à gagner du terrain et seuls quelques Etats africains avaient déjà accédé à l'indépendance. La Charte de l'OUA insistait évidemment sur le besoin de décoloniser les Etats africains qui étaient encore sous le joug colonial et sur le droit des peuples à l'autodétermination. Elle a également insisté sur le besoin de défendre la souveraineté et l'intégrité territoriale des Etats membres. L'article II de la Charte de l'OUA présente cinq objectifs de l'OUA :

1. Renforcer l'unité et la solidarité des Etats africains ;
2. Coordonner et intensifier leur coopération et leurs efforts pour offrir de meilleures conditions d'existence pour tous les peuples d'Afrique ;
3. Défendre leur souveraineté, leur intégrité territoriale et leur indépendance ;
4. Eliminer, sous toutes ses formes, le colonialisme en Afrique ; et
5. Favoriser la coopération internationale, en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la DUDH.

---

<sup>29</sup> Groupe de travail international sur les affaires indigènes (IWGIA) et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP), *Rapport du Groupe de travail d'experts de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur les populations/communautés autochtones*, IWGIA et CADHP, 2005.

<sup>30</sup> CHANDA, *The Organisation of African Unity: An Appraisal*, in *Zambian Law Journal* 1989 – 1992, p. 5. Voir aussi *Organisation of African Unity, Meeting of Experts for the Preparation of the Draft African Charter of Human and Peoples' Rights*, Dakar, Senegal, 28 novembre-8 décembre 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1. L'introduction du document stipule : « Le présent document a été rédigé en exécution de la Décision 115 (XVI) Revue.1, par laquelle l'Assemblée des Chefs d'Etat et de Gouvernement a demandé au Secrétaire Général de l'OUA, à sa Sixième Session Ordinaire tenue à Monrovia (Libéria), du 17 au 20 juillet 1979, d'organiser aussi tôt que possible, dans une capitale africaine, une réunion d'experts hautement qualifiés pour rédiger une copie préliminaire de la 'Charte africaine des droits de l'homme et des peuples' fournissant entre autres le cadre d'établissement d'organes en charge de la promotion et de la protection des droits de l'Homme et des Peuples ».

L'article III de la Charte de l'OUA établit les sept principes qui devaient gouverner les relations des Etats membres entre eux, et avec le reste du monde, comme suit:

1. Egalité souveraine de tous les Etats membres ;
2. Non ingérence dans les affaires intérieures des Etats ;
3. Respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque Etat et de son droit inaliénable à une existence indépendante ;
4. Règlement pacifique des différends, par voie de négociation, de médiation, de conciliation ou d'arbitrage ;
5. Condamnation, sans réserve, de l'assassinat politique ainsi que des activités subversives exercées par des Etats voisins ou tout autre Etat ;
6. Dévouement, sans réserve, à la cause de l'émancipation totale des territoires africains non autonomes ; et
7. Affirmation d'une politique de non-alignement à l'égard de tous les blocs.

La Charte de l'UA qui a succédé à l'OUA, fait aussi référence de façon explicite au besoin de respecter les frontières nationales au moment de la décolonisation. L'article 4 de l'Acte Constitutif de l'Union Africaine (UA), intitulé "Principes" déclare:

« L'UA devra fonctionner conformément aux principes suivants :

(b) Respect des frontières existantes au moment de l'accession à de l'indépendance ».

Malgré quelques controverses sur la possibilité que le principe de *l'Uti Posseditis* soit une « règle du droit régional d'usage ne contraignant que les Etats ayant unilatéralement accepté le statut quo au moment de leur indépendance »<sup>31</sup> parce qu'il a été adopté par l'OUA par voie de résolution en 1964, il est quand même devenu une règle générale d'usage en droit international.

---

<sup>31</sup> I BROWNLIE, *African Boundaries*, 11 in *Self-Determination in Operation*, p. 192.

### ***Le droit à la décolonisation et à l'autodétermination***

Les trois sources principales juridiques en termes de décolonisation et de droit à l'autodétermination sont : « La Charte des Nations Unies », les Résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU et les avis de la CIJ. Les avis consultatifs du *Sahara Occidental*, de la *Namibie* et du *Timor Oriental* seront analysés ultérieurement pour démontrer que le droit à l'autodétermination n'est plus seulement un principe politique, mais qu'il est devenu un principe de droit international de nature contraignante, particulièrement dans le contexte de la décolonisation.

Le droit à l'autodétermination s'est d'abord développé comme un principe politique pour devenir plus tard un principe de droit international de nature contraignante au bénéfice des peuples colonisés et de leurs territoires. Certains experts affirment que ce principe politique s'est développé à partir des déclarations américaines et françaises des droits de l'homme selon lesquelles « seul le consentement des gouvernés peut donner légitimité à un Gouvernement » et à partir des idées du « père de l'autodétermination moderne » l'ancien Président américain Wilson Woodrow<sup>32</sup>. Dans sa déclaration au Congrès américain en février 1918, ce dernier a affirmé que « l'autodétermination n'est pas une simple expression. C'est un principe impératif appelant à l'action des Chefs d'Etat, qui ne peuvent l'ignorer qu'à leurs risques et périls »<sup>33</sup>.

La Société des Nations (SDN) créée après la Première Guerre Mondiale, avait pour objectif principal de mettre fin à la guerre. Elle ne se sentait pas du tout concernée par le sujet de l'autodétermination. Ensuite, en 1945, l'Organisation des Nations Unies, qui lui a succédé, avait pour mission principale de maintenir la paix et la sécurité

---

<sup>32</sup> J. CASTELLINO, op. cit., p. 42.

<sup>33</sup> Le Président Woodrow WILSON dans un discours au Congrès Américain, le 18 février 1918, cité par R. STAVENHAGEN, en référence à sa déclaration in W. Ofuatey-Kodjoe, *The Principle of Self-Determination in International Law*, New York: Nellen Publishing, 1977.

internationales après la Seconde Guerre Mondiale<sup>34</sup>. A cette époque, l'autodétermination était perçue comme un principe politique plutôt que comme un droit légal.

Le document fondateur des Nations Unies fait référence au concept d'autodétermination. L'article 1 alinéa 2 de la Charte des Nations Unies déclare que l'une des raisons de la création de l'ONU est de développer « des relations amicales entre les nations basées sur le respect du principe d'égalité de droits à l'autodétermination des peuples, et de prendre d'autres mesures appropriées pour renforcer la paix universelle. » Le texte dans son intégralité déclare que les raisons de la création de l'ONU sont :

1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ;
2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;
3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion ; et
4. Etre un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes.

---

<sup>34</sup> Le préambule de la Charte des Nations Unies déclare que l'un des objectifs des NU est de « à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances... »

L'article 55 de la Charte des Nations Unies fait référence au besoin de créer des conditions de stabilité nécessaires à l'autodétermination des peuples. Il déclare :

En vue de créer les conditions de stabilité et le bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront :

- a. Le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ;
- b. La résolution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; et
- c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.

L'article 56 de la même Charte dit :

Les membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés dans l'article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation.

Le chapitre XI de la Charte des Nations Unies, contenant les articles 73 et 74, est intitulé: « déclaration relative aux territoires non autonomes ». L'article 73 requiert que les Etats membres auxquels revient toujours un pouvoir colonial sur des territoires qui n'ont pas encore obtenu leur autonomie acceptent comme « une mission sacré » l'obligation de favoriser le bien-être des habitants et prennent des initiatives visant à aider lesdits territoires à obtenir leur autonomie<sup>35</sup>. L'article 73 alinéa 5 requiert que de

---

<sup>35</sup> Le texte complet de l'article 73 de la Charte des Nations Unies déclare :  
« Les *membres* des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la



tels Etats transmettent des rapports réguliers au Secrétaire Général de l'ONU sur les conditions socio-économiques de ces territoires. Les trois résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la décolonisation sont : 1514 (XV) du 14 Décembre 1960 ; 1541 (XV) du 15 Décembre 1960 ; et 2625 (XXV) de 1970.

### ***La résolution 1514 (XV)***

L'article 2 de la résolution 1514 (XV) stipule que :

« Tous les peuples ont le droit à la libre détermination ; en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel »<sup>36</sup>.

L'article 5 de la résolution 1514 (XV) déclare :

---

primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme *une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité*, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin :

- a. D'assurer, en respectant la culture des populations en question, leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter avec équité et de les protéger contre les abus ;
- b. *De développer leur capacité à s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques*, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement;
- c. De consolider la paix et la sécurité internationales ;
- d. De favoriser des mesures constructives de développement, d'encourager des travaux de recherche, de coopérer entre eux et, quand les circonstances s'y prêteront, avec les organismes internationaux spécialisés, en vue d'atteindre effectivement les buts sociaux, économiques et scientifiques énoncés au présent Article ;
- e. De communiquer régulièrement au Secrétaire général, à titre d'information, sous réserve des exigences de la sécurité et de considérations d'ordre constitutionnel, des renseignements statistiques et autres de nature technique relatifs aux conditions économiques, sociales et de l'instruction dans les territoires dont ils sont respectivement responsables, autres que ceux auxquels s'appliquent les chapitres XII et XIII. »  
(insistance ajoutée)

<sup>36</sup> Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 1514 (XV).

« Des mesures immédiates seront prises, dans les territoires sous tutelle, les territoires non autonomes et tout autre territoire qui n'a pas encore accédé à l'indépendance, pour transférer tous pouvoirs aux peuples de ces territoires, sans aucune condition ni réserve, conformément à leur volonté et à leurs vœux librement exprimés, sans aucune distinction de race, de croyance ou de couleur, afin de leur permettre de jouir d'une indépendance et d'une liberté complètes. »

L'introduction de la résolution 1514 (XV) fait référence à la Charte des Nations Unies et aux droits fondamentaux de l'homme<sup>37</sup>. Il a été soutenu qu'en faisant référence à de « meilleurs niveaux de vie et à la liberté », le texte de la résolution 1514 (XV) suggère que la norme de l'autodétermination est déjà acceptée comme étant celle qui promeut de meilleurs niveaux de vie et de liberté<sup>38</sup>.

La résolution 1514 (XV) se rapporte à l'aspiration des personnes colonisées à la liberté; reconnaît que le nombre élevé des conflits est dû au fait que des peuples se voient privés de leurs droits et libertés, ce qui « constitue une menace à la paix mondiale ». La résolution déclare aussi que « les peuples peuvent, pour leurs propres fins, disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles sans préjudice des obligations qui découleraient de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'avantage mutuel, et du droit international »<sup>39</sup>.

La résolution 1514 (XV) a créé le principe d'autodétermination, qui est par conséquent devenu « un droit des peuples colonisés », une question concernant les droits fondamentaux de l'homme si on l'associe aux problèmes d'ordre discriminatoire

---

<sup>37</sup> L'introduction à la Résolution 1514 (XV) déclare:

« Consciente de ce que les peuples du monde se sont, dans la Charte des Nations Unies, déclarés résolus à proclamer de nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme (...)»

<sup>38</sup> J. CASTELLINO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>39</sup> Préambule à la Résolution 1514 (XV).

qui étaient contenus dans la DUDH<sup>40</sup>. L'assujettissement, la domination ainsi que l'exploitation des peuples constituent ainsi une violation de leurs droits humains et sont contraires à la Charte des Nations Unies<sup>41</sup>.

La résolution 1514 (XV) fut unanimement adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU en 1960, au moment où le colonialisme était condamné par le monde entier et que l'Inde avait déjà obtenu son indépendance. Tous les membres de l'ONU l'ont accepté, ce qui en fit un principe de droit international de nature contraignante. La résolution 1514 (XV) constitue l'une des déclarations les plus claires sur l'autodétermination en droit international. Comme il fut indiqué par le Juge Dillard dans l'affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif*, l'autodétermination est désormais considérée comme une règle d'usage en matière de droit international. Certains affirment même que le principe d'auto-détermination est devenu un principe de *jus cogens*<sup>42</sup>.

### ***La résolution 1541 (VX)***

La résolution 1541 (XV) prévoit trois options pour les peuples non autonomes lorsqu'ils veulent exercer leur droit à l'autodétermination, en l'occurrence:

- (a) L'émergence en tant qu'Etat indépendant ;
- (b) Association libre avec un Etat indépendant<sup>43</sup> ; ou
- (c) Intégration au sein d'un Etat indépendant<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> DUDH, 1948.

<sup>41</sup> J. CASTELLINO, op. cit., p. 25.

<sup>42</sup> Ibid, p. 22.

<sup>43</sup> Le principe VII de la résolution 1451 (XV) donne les directives à suivre lorsque l'on choisit l'option de l'association libre.

<sup>44</sup> Le principe IX de la résolution 1451 (XV) donne les directives à suivre l'on choisit l'option de l'intégration.

La résolution 1541 (XV) complète la résolution 1514 (XV) particulièrement en ce qui concerne le droit à l'autodétermination. La résolution 1541 (XV) a insisté sur l'obligation des Etats membres qui ont toujours une autorité coloniale sur un territoire quelconque d'en rendre compte aux Nations Unies conformément à l'alinéa e l'article 73 de la Charte des Nations Unies. Cela s'applique à tout territoire « géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre »<sup>45</sup> dont le peuple n'a pas encore atteint « une mesure totale d'autodétermination »<sup>46</sup>. La mesure totale d'autodétermination est définie dans le contexte de la résolution 1541 (XV) comme un ensemble de mesure qui permettent au peuple concerné de voter lors d'élections libres et équitables pour décider: (a) de se constituer en Etat souverain indépendant ; (b) s'associer librement avec un Etat indépendant ; ou (c) s'intégrer au sein d'un Etat indépendant<sup>47</sup>.

Le principe VII de la résolution 1541 insiste sur le fait que si le peuple choisit d'exercer son droit à l'autodétermination par voie d'association libre, il doit le faire de façon démocratique<sup>48</sup>. Le principe IX déclare que l'Etat Associé ou le territoire en question doit pouvoir développer sa propre constitution interne sans aucune interférence extérieure<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Principe IV de la résolution 1541 (XV).

<sup>46</sup> Principe I et II de la résolution 1541 (XV). L'intégration du Groenland au sein du Danemark en 1953 par amendement de la Constitution censée avoir été l'exercice du droit à l'autodétermination du peuple du Groenland a eu l'effet de l'ôter de la liste des territoires non autonomes des Nations Unies. G. ALFREDSSON, *op.cit.*, p. 300.

<sup>47</sup> Principe VVI de la résolution 1541 (XV).

<sup>48</sup> Le principe VII de la résolution 1541 (XV) déclare que: « La libre association doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations du territoire en question exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. »

<sup>49</sup> « (b) Le territoire associé doit avoir le droit de déterminer sa constitution intérieure, sans ingérence extérieure, conformément aux méthodes constitutionnelles régulières et aux vœux librement exprimés de ses populations. Cela n'exclut pas les consultations que pourraient appeler ou exiger les clauses de la libre association. »

### ***La résolution 2625 (XXV)***

La résolution 2625 (XXV), contenant la déclaration relatives aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies<sup>50</sup> inclut une quatrième option pour les territoires non autonomes qui veulent exercer leur droit à l'autodétermination, en l'occurrence obtenir « un autre statut politique ». Elle déclare:

« L'établissement d'un Etat souverain et indépendant, l'association libre ou l'intégration au sein d'un Etat souverain indépendant ou l'émergence sous forme d'un nouveau statut politique librement déterminé par le peuple constituent les modes d'exécution du droit à l'autodétermination par un peuple » .

La résolution 2625(XXV) prévoit également que :

«Tout Etat a le devoir de favoriser, conjointement ou séparément, la réalisation du principe d'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin :

(a) de mettre rapidement fin au colonialisme et en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés.

(b) Le PIDCP de 1966 et le PIDESC de 1966 ».

En dehors des résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU, le PIDCP et le PIDESC adoptés tous deux en 1966, donnent plus de précisions sur le droit à

---

<sup>50</sup> Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 2625(XXV) UN Doc A/8082, adoptée en date du 24 octobre 1970.

l'autodétermination. Le droit des peuples colonisés à disposer de leurs richesses et de leurs ressources naturelles fut aussi introduit au sein du PIDCP et du PIDESC.

### ***Le PIDCP de 1966 et le PIDESC de 1966***

L'article 1, commun aux deux pactes prévoit que :

« Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

Cet article prévoit qu'en vertu du droit à l'autodétermination, « tous les peuples » doivent déterminer leur statut politique et librement poursuivre leur développement économique, social et culturel.

L'article 1 alinéa 2 de ces pactes stipule que:

« Tous les peuples peuvent, librement disposer de leurs ressources naturelles et de leurs richesses sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel et du droit international. En aucun cas un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ».

La DUDH, le PIDCP et le PIDESC, pris dans le contexte de la déclaration des droits internationaux, ont eu l'effet d'asseoir le droit à l'autodétermination comme un droit fondamental de tout être humain. Le fait que le droit à l'autodétermination soit inclus dans des pactes comme le PIDCP et le PIDESC signifie qu'il n'est pas uniquement limité au cadre politique et civil. Il est sous-entendu que la réalisation de l'autodétermination est cruciale pour jouir des droits sociaux, économiques et culturels.

L'article 1 alinéa 3 de ces pactes établit une obligation pour les Etats qui gouvernent des territoires non autonomes à promouvoir la réalisation du droit à l'autodétermination.

Cet article déclare:

« Les Etats parties au présent Pacte, y compris ceux qui ont la responsabilité d'administrer des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle, sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et de respecter ce droit, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies ».

Quant à l'effet contraignant des résolutions du Conseil de Sécurité, la CIJ dans son avis consultatif sur l'affaire de *Namibie* a rappelé son avis consultatif sur *les réparations des dommages subis au service des Nations Unies*<sup>51</sup>, selon lequel les résolutions du Conseil de Sécurité sont obligatoires pour tout Etat Membre de l'ONU. Elle a déclaré :

«La Charte ne s'est pas bornée à faire simplement de l'Organisation créée par elle un centre ou s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies par elle (article premier, par. 4). Elle lui a donné des organes ; elle lui a assigné une mission propre. Elle a défini la position des Membres par rapport à l'organisation en leur prescrivant de lui donner pleine assistance dans toute action entreprise par elle (article 2, par. 5), d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de Sécurité »<sup>52</sup>.

### ***Comment les territoires sont-ils inscrits sur la liste des territoires non autonomes des Nations Unies?***

Historiquement, les territoires non autonomes étaient inscrits sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes par l'action volontaire des puissances les

---

<sup>51</sup> *Les réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, 1949 Recueils de la CIJ 1949, p. 178.

<sup>52</sup> Ibid.<sup>52</sup> *Les réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, op. cit.

gouvernant. La déclaration des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux territoires et peuples colonisés, contenue dans la résolution 1514 (XV), n'était pas explicite sur la façon dont les territoires pouvaient être ajoutés à la liste des Nations Unies des territoires non autonomes ou des territoires sous mandat. Le paragraphe 5 de cette déclaration affirme simplement que des initiatives immédiates devraient être prises pour assister les peuples encore sous mandat, les territoires non autonomes et tous les autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance.

Ce paragraphe semble ne pas limiter le droit à l'autodétermination aux seuls territoires non autonomes, mais l'étend plutôt à tous « ... tous autres territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance. » Ceci implique que les peuples de ces territoires ne doivent pas être sous un régime colonial classique. Aussi longtemps que leur territoire n'a pas encore accédé à l'indépendance, ils sont soumis à la « subjugation, domination ou exploitation », et il apparaît qu'ils ne peuvent pas exercer leur droit à l'autodétermination. La façon dont les Nations Unies ont réglé le problème de l'*apartheid* en Afrique du Sud et en Namibie et celle dont la situation du Timor Oriental fut réglée, et ce malgré que l'Indonésie ait annexé ce territoire avec l'approbation de l'Australie, démontrent que les Nations Unies se réservent le droit de déterminer quel territoire doit être considéré comme non autonome.

La CIJ dans son avis consultatif sur le *Sahara Occidental* a noté que le droit à l'autodétermination permet à l'Assemblée Générale des Nations Unies de décider comment celui-ci doit être exercé<sup>53</sup>. Elle a aussi établi dans son avis consultatif sur le *Statut International du Sud-ouest africain* que l'Afrique du Sud n'avait pas la compétence de modifier le statut politique du territoire sans l'accord de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Le système de mandat des Nations Unies contrôlait la façon dont les territoires qui avaient été sous mandat de la Société des Nations allaient passer au système de tutelle et seraient assistés jusqu'à la pleine autonomie. Le processus d'ajout

---

<sup>53</sup> *Les réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, op. cit..Au paragraphe 71.



de tout nouveau territoire à la liste des territoires non autonomes demanderait probablement une résolution prise par le Comité spécial des Nations Unies sur la situation en rapport avec l'application de la déclaration de l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, comité communément connu sous le nom du Comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation), résolution qui devrait ensuite être ratifiée par l'Assemblée Générale des Nations Unies.

Le mandat du Comité spécial des Vingt-Quatre Comité (sur la décolonisation) a évolué au fil du temps. Le paragraphe 8 de la résolution 1080 (XVII) de l'Assemblée Générale des Nations Unies spécifie les attributions du comité<sup>54</sup>. Leur mandat a été récemment renouvelé par la résolution 59/136 du 10 décembre 2004 pour continuer à chercher les moyens adéquats afin d'éradiquer le colonialisme dans tous les territoires<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Assemblée Générale des Nations Unies. La Résolution 1080 des Nations Unies énonce le mandat comme suit:

- (a) Continuer à chercher les moyens les plus convenables pour l'application rapide de la Déclaration de l'Indépendance de tous les territoires qui n'ont pas atteint leur indépendance ;
- (b) Proposer des mesures spécifiques pour l'application complète de la Déclaration ;
- (c) Soumettre à l'Assemblée Générale en temps requis ; et pas plus tard que sa 18ème session, un rapport complet contenant ses suggestions et recommandations sur tous les territoires mentionnés au paragraphe 5 de la Déclaration ; et
- (d) Informer le Conseil de Sécurité sur tout développement dans ces territoires qui pourraient menacer la paix et la sécurité internationale.

<sup>55</sup> Le paragraphe opératif de la résolution déclare :

8. Prie le Comité Spécial de continuer à chercher les moyens convenables pour l'exécution immédiate et totale de la Déclaration et de mettre en marche des actions approuvées par l'Assemblée Générale en rapport avec la décennie internationale de l'éradication du colonialisme dans tous les territoires qui n'ont pas encore exprimé leur droit à auto-détermination, y compris l'indépendance et en particulier :

- (a) Formuler des propositions spécifiques pour mettre fin au colonialisme et d'en rendre compte à l'Assemblée Générale à sa 16ème session ;
- (b) Continuer d'examiner l'exécution de la résolution 1514 (XV) et autres résolutions sur la décolonisation ;
- (c) Continuer à examiner la situation politique, économique et sociale dans les territoires non autonomes, et recommander, de façon appropriée, à l'Assemblée Générale les étapes les plus convenables à entreprendre pour permettre à la population de ces territoires d'exercer leur droit à auto-détermination, y compris l'indépendance, conformément aux résolutions applicables sur la décolonisation, notamment les résolutions sur des territoires spécifiques ;

La Namibie fut le dernier grand pays du point de vue de la taille géographique et de l'importance de sa population à accéder à l'indépendance. Il ne reste désormais que 16 petits territoires sur la liste des territoires non autonomes. Dix d'entre eux sont administrés par le Royaume-Uni, trois par les Etats-Unis, un par la Nouvelle-Zélande, un par la France, ainsi que le Sahara Occidental administré par l'Espagne mais revendiqué par le Maroc qui affirme toujours que le Sahara Occidental fait partie intégrante de son territoire<sup>56</sup>. La plupart de ces territoires pourraient bientôt obtenir leur indépendance ou exercer librement leur droit d'association libre, d'autonomie ou de garder le statut quo. Malgré le fait qu'ils soient administrateurs de la plupart de ces territoires, le Royaume-Uni et les Etats Unis ne participent plus aux sessions du Comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) qui ne compte actuellement aucun Etat de l'Europe de l'ouest. Il ne compte qu'un seul Etat de l'Europe de l'est et la plupart des Etats africains n'y participent pas régulièrement<sup>57</sup>.

L'ajout d'un territoire à la liste des territoires non autonomes est une affaire de procédures entravées par plusieurs obstacles politiques. Tout territoire souhaitant être ajouté à la liste doit réunir le soutien de 191 Etats membres de l'ONU. La situation

---

(d) Finaliser avant la fin de l'année 2005 un programme constructif de travail au cas par cas pour les territoires non autonomes afin de faciliter l'exécution du mandat du Comité Spécial et des résolutions applicables sur la décolonisation, notamment les résolutions sur des territoires spécifiques ;

(e) Continuer les missions de visites aux territoires non autonomes conformément aux résolutions applicables, y compris les résolutions sur des territoires spécifiques ;

(f) Organiser des séminaires, au besoin, et faciliter la participation des populations des territoires non autonomes à ces séminaires ;

(g) Prendre toute mesure nécessaire pour obtenir le soutien des gouvernements aussi bien que des organisations internationales et nationales à travers le monde pour l'accomplissement des objectifs de la Déclaration et l'exécution des résolutions applicables des Nations Unies ; et

(h) Célébrer annuellement la semaine de la solidarité internationale avec les peuples des territoires non autonomes. La semaine annuelle de solidarité avec les territoires non autonomes a été annoncée dans la résolution 54/91.

<sup>56</sup> Les dix territoires administrés par le Royaume-Uni sont : l'île Pitcairin, Anguilla, les Bermudes, les îles vierges britanniques, les îles Caïmans, les îles Falkland (Malouine), Gibraltar, Montserrat, Sainte-Hélène, les îles Turks et Caïcos; les trois territoires administrés par les Etats-Unis d'Amérique sont : les Samoa-américaines, Guam et les îles vierges des Etats-Unis ; la Nouvelle-Zélande administre Tokelau et la France administre la Nouvelle-Calédonie.

<sup>57</sup> Voir Article 1 alinéa 4 du Premier Protocole Additionnel de Genève de 1977.

devient même plus compliquée à cause de certains membres du Comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) qui ne souhaitent pas soutenir l'ajout d'un territoire, en raison de leurs propres problèmes politiques internes (la Russie, l'Inde, la Papouasie-Nouvelle-Guinée).

### ***Retrait d'un territoire de la liste des territoires non autonomes***

Le retrait d'un territoire de la liste des territoires non autonomes est effectué par l'Assemblée Générale des Nations Unies sur proposition du Comité spécial des 24 (sur la décolonisation). Dans l'affaire du Timor Oriental (aujourd'hui Timor Leste), ce fut par voie de résolution du Conseil de Sécurité. Dans le cas du Porto Rico, même si le territoire avait exercé son droit à l'autodétermination en 1963 en tant qu'Etat librement associé aux Etats-Unis, en 1980 [1972] le Comité spécial des Vingt-Quatre des Nations Unies (sur la décolonisation) a résolu de remettre ce territoire sur la liste des territoires non autonomes au terme d'une discussion sur le sujet. C'était une décision sans précédent. L'Assemblée réaffirma dans sa résolution 61/122 du 14 décembre 2006 qu'en l'absence d'une décision par l'Assemblée Générale stipulant que le territoire a déjà atteint son indépendance conformément au chapitre XI de la Charte des Nations Unies, la puissance administrant le territoire doit continuer à rendre compte de la situation, conformément à l'article 73 alinéa e de la Charte des Nations Unies<sup>58</sup>.

### ***L'autodétermination est devenue un principe de droit international de nature contraignante***

Le juge Dillard, dans son opinion individuelle divergente dans l'affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif* a examiné la question de savoir si l'autodétermination était devenue un principe de droit international de nature contraignante de la façon suivante :

---

<sup>58</sup> Documents Officiels de l'Assemblée Générale, supplément numéro 49, A/61/49 p. 227.

« D'un côté, on prétend que même si une résolution isolée de l'Assemblée Générale n'a pas force obligatoire, l'effet cumulatif de nombreuses résolutions d'un contenu semblable, votées par une forte majorité et fréquemment réitérées pendant un certain temps, peut devenir l'expression d'une *opinio juris* et constituer ainsi une norme de droit coutumier international. Selon cette thèse, c'est précisément le cas pour la longue liste de résolutions qui, à la suite de la résolution 1514 (XV), ont proclamé que le principe d'autodétermination était un droit applicable à la décolonisation des territoires non autonomes ».

A l'autre extrême, on trouve ceux qui, généralement opposés aux pouvoirs de l'Assemblée Générale de concevoir le droit, refusent d'admettre que le principe soit devenu un droit assorti d'obligations correspondantes ou que la pratique de la décolonisation ait été autre chose qu'un usage dicté par des considérations d'opportunité ou de commodité politique, et qui d'ailleurs n'a été ni constant ni uniforme.

Je n'ai pas à m'attarder sur les aspects théoriques de ce vaste problème qui, comme chacun sait, a inspiré toute une littérature. Il suffit de relever que le présent avis affirme nettement l'existence de ce « droit » dans l'optique de la présente affaire.

Cette affirmation est faite explicitement au paragraphe 56 et renforcée par deux citations tirées de l'affaire de la *Namibie* (Recueils de la CIJ 1971, p. 31), auxquelles s'ajoute une analyse des nombreuses résolutions dans lesquelles l'Assemblée Générale traite d'une manière générale de sa politique de décolonisation, et en particulier des résolutions portant spécialement sur le *Sahara Occidental*. (L'avis, par. 60-65).

Les prononcés de jugement de la CIJ indiquent donc à mon avis l'apparition d'une norme de droit international applicable à la décolonisation des territoires non autonomes placés sous l'égide des Nations Unies.

Il convient d'ajouter que ces prononcés de jugement de la Cour ne sont pas affaiblis du fait qu'en théorie un avis consultatif n'est pas obligatoire. Une idée très répandue, mais qui n'en est pas moins erronée, voudrait qu'à cet égard, un avis consultatif diffère complètement d'un arrêt rendu au contentieux. Dans un jugement déclaratoire ou un arrêt rendu au contentieux, la cour exerce sa principale fonction dans sa déclaration de droit en même temps qu'elle évalue les faits<sup>59</sup>.

### ***Responsabilité des Etats en cas de violation du droit à l'autodétermination***

En droit international coutumier, un Etat devait payer des réparations à un autre Etat pour lui avoir causé des préjudices graves ou pour n'avoir pas honoré des obligations internationales. Ceci faisait référence à l'invasion d'un autre territoire, le refus ou le non respect de l'immunité diplomatique, etc. En l'absence d'un règlement satisfaisant des dommages causés, des sanctions économiques ou militaires pouvaient être imposées. Il va sans dire que ce genre de sanctions ne pouvait avoir de l'effet que dans le cas où la partie offensée avait la capacité d'imposer ces sanctions, l'affaire demeurant privée entre les deux pays et le reste du monde ne réagissait pas. Bien que l'infraction soit considérée comme une violation de règles internationales, son règlement se faisait entre deux Etats. Alternativement, l'Etat dont les droits étaient été violés pouvait « consentir » à l'agissement, annulant par la même occasion la nature illégale de l'infraction.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Affaire du *Sahara Occidental*, avis consultatif, op.cit., p. 122. Il y a encore une controverse sur la question de savoir si les Résolutions de l'Assemblée Générale ou du Conseil de Sécurité peuvent être considérées comme des sources de loi. Le Pr. Brownlie pense que les résolutions ne sont pas obligatoires à cause d'objections de conscience persistantes tandis que le Pr. ANAND est de l'avis que la loi de la majorité prévaut et que si la majorité des Etats *membres* vote en faveur d'une résolution, une telle résolution devrait être obligatoire même pour des objections de conscience persistantes. Il soutient qu'agir autrement serait une violation du système des Nations Unies, qui est basé sur un système d'égalité entre les membres de l'ONU. La résolution 1514 (XV) de 1960 a cependant été adoptée à l'unanimité, faisant du sujet un problème non pertinent puisque tous les membres de l'ONU avaient voté en faveur du droit des peuples à l'autodétermination.

<sup>60</sup> *The Right to Self-Determination in Operation*, op.cit., p. 177.

Dans l'affaire de l'archipel des Chagos (Territoire britannique de l'océan Indien) il est également improbable qu'un troisième Etat utilise la close optionnelle, en l'occurrence l'article 36 du Statut de la CIJ, pour instituer des procédures soit contre le Royaume-Uni soit contre les Etats-Unis en demandant à la CIJ de déclarer que les deux Etats ont signé un traité qui viole une obligation *erga omnes* et/ou une norme du *jus cogens*, et par là de dénoncer le traité ou de refuser d'y adhérer.

Bien que la CIJ n'ait pas la compétence juridictionnelle nécessaire pour déclarer le traité nul et non avenue, elle peut cependant se prononcer sur sa compatibilité avec le principe *erga omnes* et ainsi trancher sur la question de savoir si les Etats devraient dénoncer le traité et en interdire l'application<sup>61</sup>. Il n'y a pas de jurisprudence où la CIJ a déclaré un traité nul et non avenue en raison de sa violation de normes du droit international. L'avis consultatif rendu sur le *Timor Oriental (Portugal c. Australie)* aurait été une occasion parfaite, cependant, la CIJ décida de ne pas se prononcer, parce que l'un des Etats signataires du Traité avec l'Australie, à savoir l'Indonésie, ne faisait pas partie du procès et qu'il avait rejeté la compétence juridictionnelle de la CIJ.

Lorsqu'un peuple sous domination coloniale ou étrangère affirme son droit à l'autodétermination, la question n'est plus du ressort des affaires internes d'un Etat, elle devient une affaire internationale qui implique la communauté internationale. Les avis Consultatifs rendus par la CIJ sur le *Statut International du Sud-ouest africain* en 1950 et sur la *Namibie* sont deux exemples où les Nations Unies ont affirmé que l'Afrique du Sud n'avait pas le droit de changer unilatéralement le statut international du Sud-ouest africain, et que la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie malgré les résolutions de l'Assemblée Générale et du Conseil de Sécurité des Nations Unies était illégale car l'Afrique du Sud a imposé le système d'*apartheid* au peuple namibien en violation de leur droit à l'autodétermination.

---

<sup>61</sup> *The Right to Self-Determination in Operation*, op.cit., p. 174.

L'article 19 de l'avant-projet de la convention internationale sur les responsabilités des Etats divise le tort international en « crimes internationaux » et en « délits internationaux » des Etats. Les valeurs comme le droit à l'autodétermination ainsi que le respect de la dignité humaine ont contribué à la subdivision du système en ces deux types de responsabilités. L'article 19 alinéa 3 inclut la violation grave du droit des peuples à l'autodétermination dans la liste des torts internationaux qui sont classés comme des crimes internationaux d'Etats<sup>62</sup>. La pratique a montré que les Nations Unies peuvent réagir avec plus de vigueur dans certains cas de violation du droit à l'autodétermination que dans d'autres. Les agissements du Gouvernement autoritaire et raciste du système de l'*apartheid* en Afrique du Sud ont été qualifiés de « crime contre l'humanité », et l'occupation israélienne des territoires arabes en 1967 était également condamnée par les Nations Unies. Il apparaîtrait cependant que toutes les situations de domination étrangère ou de régimes racistes ne sont pas toujours condamnées par les Nations Unies comme des crimes internationaux. L'article 18 de la convention fait référence au droit à l'autodétermination dans le contexte colonial.

### ***Qui sont les bénéficiaires du droit à l'autodétermination ?***

Le droit des peuples à l'autodétermination s'appliquait traditionnellement aux peuples sous un régime colonial. Les Nations Unies définissent une colonie comme une entité territoriale et politique occupée sous un régime colonial par une nation en dehors de ses propres frontières. L'autodétermination est par conséquent un droit des peuples. Il s'agit d'un droit collectif. Il ne s'applique pas aux minorités qui jouissent de « droits de groupes » et non de « droits collectifs. » Les minorités sont perçues comme des groupes, jouissant de droits individuels en tant que membre d'un groupe ou de plusieurs groupes. Les minorités n'ont pas droit à l'autodétermination puisque celui-ci s'applique aux peuples sous domination coloniale ou étrangère.

---

<sup>62</sup> *The Right to Self-Determination in Operation*, op.cit., p. 178.

La déclaration des Nations Unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones a mis fin au débat visant à trancher la question de savoir si les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination et a également réglé le problème de l'intégrité territoriale des Etats. Alors que la convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) de 1989 avait qualifié le droit des peuples autochtones en tant que « peuples » en droit international, l'article 1 de la déclaration sur les droits des peuples autochtones a clarifié que les peuples autochtones ont des droits individuels et collectifs.

### ***L'interdiction des déplacements forcés dans la population civile***

Un certain nombre de normes internationales des droits de l'homme, en commençant par la convention de Genève de 1949, au plus récemment le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI) de 2002, interdisent le déplacement de la population civile et la destruction de ses propriétés à moins que cela ne soit nécessaire en cas de guerre et d'opérations militaires. Même en temps de guerre, la population civile ne peut pas être forcée à quitter son domicile de façon brutale. En cas où le déplacement de ces populations est nécessaire ou en cas de destruction de leur domicile, à cause de la guerre ou d'opérations militaires, le déplacement doit se faire de la manière la moins déchirante possible et en respectant la dignité humaine. Une fois les hostilités terminées, la population doit retourner à son domicile et ses propriétés doivent lui être rendues aussitôt que possible.

La DUDH, le PIDCP et le PIDESC protègent contre le déplacement forcé et l'exil. Le droit d'entrer, de quitter ou retourner dans son propre pays ou territoire existe également. Par exemple, l'article 13 alinéa 2 de la DUDH déclare que chacun a le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien et de retourner dans son pays. L'article 19 et l'article 20 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité incluent le génocide et l'*apartheid* comme exemples de violation massive des droits de l'homme.



L'article 3 de la convention de Genève du 12 août 1949 prévoit des normes humanitaires minimales qui doivent être respectées « en tout temps et en tout lieu. » Cet article interdit catégoriquement les actes suivants : (a) Les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; (b) la prise d'otages ; (c) Les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; (d) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.»

La quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) interdit les activités qui résultent du déplacement arbitraire et à la destruction de la propriété, même en temps de guerre. L'article 33 interdit le pillage<sup>63</sup> ; L'article 53 interdit la destruction des biens mobiliers ou immobiliers appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées ou à l'Etat, à moins que ces destructions ne soient requises par les opérations militaires<sup>64</sup> ; et l'article 49 stipule que les personnes évacuées pendant la guerre doivent regagner leurs domiciles aussitôt que les hostilités cessent<sup>65</sup>. L'article 17 du deuxième protocole de la

---

<sup>63</sup> L'article 33 de la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) déclare que :

« Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites. Le pillage est interdit. Les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens sont interdites. »

<sup>64</sup> L'article 53 de la même convention stipule :

« Il est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'Etat ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. »

<sup>65</sup> L'article 49 de la même convention stipule :

Des personnes évacuées ainsi seront transférées de nouveau à leur domicile dès que les hostilités dans le secteur en question cesseront... La Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle.

convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de conflits armés (1977) interdit le déplacement des populations civiles pour des raisons relatives au conflit, à moins que la sécurité de ces populations et les impératifs militaires ne l'exigent<sup>66</sup>.

Le recours en restitution (réparation) a été inclus dans plusieurs instruments établissant les tribunaux internationaux, par exemple : le Statut de la CPI tient compte des réparations en ce qui concerne ses décisions, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) prévoit la restitution de la propriété comme réparation possible et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) considère la destruction de la propriété comme l'un des éléments conduisant à la poursuite pour crime de génocide.

Il a aussi été inclus dans un bon nombre d'accords concernant le rapatriement volontaire des réfugiés et des déplacés internes à la fin des conflits et des crises. Un certain nombre d'agences des Nations Unies, notamment le Haut Commissariat pour les Réfugiés (HCR), encouragent leurs officiers à inclure des mesures de restitution comme partie importante de leur mandat lorsqu'ils conduisent des opérations de rapatriement des réfugiés et des personnes déplacées au-delà des frontières ainsi que ceux qui sont déplacés à l'intérieur des frontières.

Le concept de crime contre l'humanité est devenu une règle du droit international coutumier à partir de l'article 6 alinéa c de la Charte du tribunal militaire international de

---

<sup>66</sup> L'article 17 du deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève de 1977 concernant la protection des victimes lors des conflits armés non internationaux prévoit que :

« (1) Le déplacement de la population civile ne pourra pas être ordonné pour des raisons ayant trait au conflit sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impératives l'exigent. Si un tel déplacement doit être effectué, toutes les mesures possibles seront prises pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation.(2) Les personnes civiles ne pourront pas être forcées de quitter leur propre territoire pour des raisons ayant trait au conflit.ils ne seront pas obligés de partir de leur propre territoire pour des raisons liées au conflit. »

Nuremberg de 1945, établi après la deuxième guerre mondiale. Il est plus récemment élaboré dans l'article 5 du statut du TPIY ; l'article 3 du statut du TPIR ; ainsi que l'article 7 du statut de la CPI. Les crimes contre l'humanité inclut la déportation ou le transfert forcé des populations, le meurtre, l'extermination, l'esclavage, l'emprisonnement, la torture, le viol, la persécution et autres actes inhumains dirigés contre toute population civile, commis à une large échelle et de façon systématique.

La Charte du tribunal militaire international de Nuremberg mentionne spécifiquement la déportation et « la persécution sur la base de raisons politiques, religieuses ou raciales » comme exemples de crime contre l'humanité. L'article 7 alinéa 2(d) du Statut de Rome de la CPI définit le crime de « déportation ou de transfert forcé de population » comme un « le fait de déplacer des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international » tandis que l'article 7 alinéa 2 (g) déclare que « la persécution » signifie « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ».

Alors que la notion qui requiert que le crime contre l'humanité soit commis de façon systématique à une large échelle n'était pas incluse dans la Charte du tribunal militaire international de Nuremberg de 1945 ; l'article 3 du statut du TPIR ; ainsi que l'article 7 du statut de la CPI<sup>67</sup> requiert que les crimes soient commis dans le contexte d'une attaque à une large échelle et de manière systématique, dirigés contre une population civile.

---

<sup>67</sup> La CPI a seulement été établie le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Une poursuite réussie pour crime contre l'humanité aurait été réalisée dans l'affaire chagossienne si le refus continu par le gouvernement britannique de permettre aux Chagossiens de retourner dans leur patrie était considéré comme un crime contre l'humanité. Au contraire, au moment de leur déportation dans les années 1960 et les années 1970, la déportation et l'expulsion de force d'une population entière étaient déjà un crime contre l'humanité en vertu du droit international usuel.

Bien que le statut du TPIY ne contienne aucune condition correspondante dans son article 5, le tribunal a décidé dans l'affaire de *Procureur c. Tadic*, dans son jugement du 7 mai 1997, dans les paragraphes 644 - 648 que le caractère « répandu » et « systématique » est le critère qui distingue les crimes contre l'humanité des crimes ordinaires en vertu du droit pénal national. Alors qu'il n'y a aucune source qui identifie une définition précise des limites répandues ou de droit international usuel systématique, ces limites ont été cependant considérées et appliquées dans de nombreuses affaires, en particulier par le TPIR et le TPIY. Selon cette jurisprudence, une attaque répandue sous-entend un grand nombre de victimes, tandis qu'une attaque systématique implique un plan commun ou méthodique. Le TPIR a décidé dans l'arrêt judiciaire du 2 septembre 1998 de l'affaire de *Procureur c Akayesu* au paragraphe 580 que:

« Le concept de "répandu" peut être défini en tant qu'action à grande échelle, massive, fréquente, effectuée collectivement, sérieusement, considérablement, et dirigée contre une multitude de victimes. Le concept de "systématique" peut être défini comme complètement organisé et selon un modèle régulier sur la base d'une politique commune impliquant un public important ou des ressources privées. Il n'y a aucune exigence pour que cette politique soit officiellement adoptée comme étant la politique d'un Etat. Il doit cependant y avoir un certain type de plan ou politique préconçu ».

### ***Le génocide***

L'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide définit le « génocide » comme suit :

- (a) Meurtre des membres d'un groupe ;
- (b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres d'un groupe ;

- (c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- (d) L'imposition des mesures visant à entraver les naissances au sein d'un groupe ; et
- (e) Le transfert forcé des enfants d'un groupe à un autre groupe.

Le statut du TPIR définit le génocide comme suit:

« Article 2 : Génocide

1. Le Tribunal international pour le Rwanda est compétent pour poursuivre les personnes ayant commis un génocide, tel que ce crime est défini au paragraphe 2 du présent article, ou l'un des actes énumérés au paragraphe 3 du présent article.

2. Par génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

3. Seront punis les actes suivants :

- a) Le génocide;
- b) L'entente en vue de commettre le génocide;
- c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide;
- d) La tentative de génocide;
- e) La complicité dans le génocide ».

### Article 3: Crimes contre l'humanité

« Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse:

- a) Assassinat;
- b) Extermination;
- c) Réduction en esclavage;
- d) Expulsion;
- e) Emprisonnement;
- f) Torture;
- g) Viol;
- h) Persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses;
- i) Autres actes inhumains ».

Pour déterminer si oui ou non un crime de génocide a été perpétré, le test consiste à déterminer s'il y a eu intention spécifique (*dolus specialis*) de la part des auteurs du crime de détruire « partiellement ou totalement » un groupe spécifique défini positivement en fonction de caractéristiques telles que la nationalité, la race, l'ethnie, l'affiliation religieuse etc.

La CIJ a récemment émis un arrêt sur l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*<sup>68</sup>. La CIJ trancha par treize votes contre deux que :

---

<sup>68</sup> Affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro* du 26 février 2007 <<<http://www.icj-cij.org>> visité en date du 26 février 2007.

«La Serbie n'a pas commis [durant la guerre de 1992-95] de génocide en violation des obligations qui lui incombent en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »<sup>69</sup>.

La CIJ décida que puisque l'objet et la raison de la convention sont de prévenir la destruction internationale de groupes, l'objectif visé par les acteurs du crime de génocide « doit être suffisamment significatif pour avoir un impact sur le groupe dans son ensemble »<sup>70</sup>.

La CIJ décide que bien qu'il ait été établi avec une pléthore de preuves que des tueries en masse avaient eu lieu en Bosnie-Herzégovine pendant le conflit, la CIJ n'était pas « convaincue que ces tueries étaient accompagnées de l'intention spécifique de la part des acteurs du crime de détruire, partiellement ou totalement le groupe des Musulmans bosniaques<sup>71</sup> » d'après les preuves qui lui avaient été présentées. Reconnaisant que les tueries peuvent s'élever au rang de crime de guerre ou crime contre l'humanité, la CIJ conclut qu'elle n'avait pas la juridiction nécessaire pour établir si c'était le cas ou pas. Elle décida également que le crime de génocide avait été commis par les principaux officiels de la VRS, l'armée de la « Republika Srpska » qui n'exista que pour une courte durée. Celle-ci eut en effet l'intention spécifique de détruire partiellement le groupe des Musulmans bosniaques de Srebrenica et des alentours approximativement à partir du 13 juillet 1995.

Quant à l'obligation de prévenir le génocide, la CIJ conclut que les Etats ne devaient pas toujours réussir à prévenir le génocide quelles que soient les circonstances. Les Etats sont plutôt tenus à « utiliser tous les moyens à leur disposition, afin de prévenir le

---

<sup>69</sup> Ibid, résumé p. 19.

<sup>70</sup> Affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, op.cit., p. 8 du résumé.

<sup>71</sup> Ibid, p. 10 du résumé.

génocide dans la mesure du possible»<sup>72</sup>. En concluant qu'il y eut crime de génocide à Srebrenica, la CIJ conclut également que les autorités fédérales yougoslaves auraient dû utiliser tous les moyens à leur disposition pour essayer de prévenir les événements tragiques qui s'y sont déroulés, même s'il n'y avait pas moyen de prédire avec certitude leur ampleur, cela qui l'aurait néanmoins réduit<sup>73</sup> ». L'ancien Président Milosevic avait été mis au courant de la rancœur qui s'était profondément installée et ce depuis longtemps entre les Serbes bosniaques et les Musulmans de Srebrenica à l'époque.

La CIJ a également tenu compte du problème de réparation. Le droit international coutumier exige que la CIJ établisse à quel niveau les torts infligés à la Bosnie Herzégovine incombe à la responsabilité de la Serbie -Monténégro faisait partie du territoire en 1995, mais a cependant acquis son indépendance, c'est pourquoi la partie de la défense au moment du jugement n'était plus que la Serbie- pour ainsi entraîner sa responsabilité dans le paiement des réparations. La question a constitué dès lors à déterminer si le génocide aurait eu lieu à Srebrenica si la Serbie avait agi relativement à ses obligations de le prévenir. La CIJ n'a trouvé aucune corrélation entre les faits et la violation de ses obligations par la Serbie. Elle a ainsi conclu que le principe de *restitutio in integrum* n'était pas applicable dans ces circonstances. La question était alors de savoir s'il y avait lieu ou pas de réclamer des compensations financières. La CIJ cita l'affaire relative au « *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* » (*Hongrie/Slovaquie*) parce qu' « il y a une règle bien établie du droit international selon laquelle un Etat lésé reçoit une compensation pour les dommages causés de la part de l'Etat responsable d'un acte illégal international »<sup>74</sup> .

La CIJ a trouvé que la compensation financière n'était pas la forme appropriée pour réparer le délit de violation des obligations de prévention de génocide. Elle conclut que la

---

<sup>72</sup> Affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, op.cit., p. 16 du résumé.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, op.cit., Ibid., p. 18 du résumé.



forme appropriée serait une déclaration de la Serbie expliquant qu'elle avait failli à respecter ses obligations pour la prévention du génocide. Elle ne trouva pas approprié de donner raison à la demande de la Bosnie-Herzégovine pour qu'une compensation symbolique soit payée en raison du non respect à l'ordre de la CIJ du 8 avril 1993 sur les mesures provisionnelles de prévention de génocide<sup>75</sup>.

### ***Le déplacement involontaire et l'exil forcé du peuple de l'archipel des Chagos***

Cette thèse traite du déplacement involontaire et de l'exil forcé de la population entière de l'archipel des Chagos, « les Ilois »<sup>76</sup>, de leur territoire qui forme aujourd'hui une partie du nouveau « *Territoire britannique de l'océan Indien* » afin d'y construire une base militaire américaine. Le déplacement forcé en soi est une violation de plusieurs principes de droit international et traités des Nations Unies ainsi que des conventions prévenant le déplacement et le transfert forcé des populations.

Les Ilois, qui aujourd'hui préfèrent être appelés Chagossiens, ont vécu dans l'archipel des Chagos pendant à peine moins de 200 ans avant d'être expulsés en masse par le pouvoir colonial actuel, le Gouvernement du Royaume-Uni dans les années 1960. Leur présence et occupation de l'archipel des Chagos ont précédé la colonisation britannique de 1814. La France a cédé ce territoire au Royaume-Uni suite au Traité de Paris en 1814. Ils avaient par conséquent pendant une période de 200 ans environ établi leur droit d'occupation et de possession du territoire avant la colonisation britannique et à plus forte raison avant leur expulsion forcée des années 1960 par le Gouvernement du

---

<sup>75</sup> Affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*, op.cit., p. 18

<sup>76</sup> L'origine du nom Ilois n'est pas claire. Certaines sources affirment que le terme dérive du français "îlot" tandis que d'autres pensent que le terme serait dérivé de "ilote", un terme péjoratif désignant un serf ou un esclave. C. ANYANGWE, p. 10.

Royaume-Uni. Ils ne doivent certainement pas satisfaire à la définition des peuples autochtones pour réclamer restitution et réparation au Gouvernement britannique<sup>77</sup>.

Les Chagossiens constituent un « peuple » en droit international et dans les termes de la décolonisation. De plus, leur transfert forcé ainsi que le reniement continu de leur droit à rentrer chez eux constituent une violation de leur droit à l'autodétermination. Les Chagossiens constituent « un peuple » non autonome et, conformément à la disposition de la déclaration sur les relations amicales de 1970, ils gardent une identité distincte de Maurice et du Royaume-Uni. Alors que le terme « peuple » n'est pas défini, il revient de la pratique du droit international qu'un peuple sous la domination ou l'administration coloniale soit autorisé à exercer son droit à l'autodétermination. Le développement du principe d'autodétermination et des normes internationales régissant les droits de l'homme a changé le concept traditionnel selon lequel seuls les Etats souverains avaient des droits légaux et des devoirs en droit international.

La déportation et l'exil forcé des Chagossiens est l'émanation d'une décision politique et d'un plan méthodique des fonctionnaires du Gouvernement britannique pour dépeupler l'archipel des Chagos selon les exigences du Gouvernement des Etats-Unis avant la création du *territoire britannique de l'océan Indien* et la base militaire américaine sur Diego Garcia, l'île principale de l'archipel des Chagos. La base militaire a été établie à l'apogée de la guerre froide et était considérée par la marine américaine ainsi que le Pentagone comme nécessaire pour sauvegarder les intérêts occidentaux et équilibrer la présence soviétique dans l'océan Indien. Le Gouvernement américain a spécifiquement requis qu'il n'y ait aucune population civile sur l'île. Les Chagossiens déplacés vivent aujourd'hui à l'île Maurice et aux Seychelles dans des conditions de pauvreté extrême et de désintégration sociale. D'autres vivent au Royaume-Uni parce que tous les Chagossiens sont devenus citoyens britanniques selon la loi sur les

---

<sup>77</sup> Sir Robert SCOTT: *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies*; et Richard Edis: *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia*.

territoires d'outre-mer britanniques de 2002 (*UK Overseas Territories Citizenship Act of 2002*).

L'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté la résolution 2066 (XX) de 1965 (sur l'île Maurice) le 16 décembre 1965 selon laquelle le démembrement du territoire mauricien pour établir une base militaire entrerait en violation de la résolution 1514 (XV). La résolution 2066 (XX) de 1965 stipule que:

« L'Assemblée Générale ...prenant note avec un souci profond que tout acte entrepris par la puissance administrative pour détacher certaines îles du territoire mauricien dans le but d'établir une base militaire serait contraire à la déclaration [d'octroi de l'indépendance des pays et peuples colonisés] et en particulier au paragraphe 6. »

Au début des années 1970, des Etats comme l'Inde et le Sri Lanka exprimèrent de sérieuses inquiétudes sur la création d'une base militaire dans l'Océan Indien, qui jusque-là était considéré comme une zone de paix<sup>78</sup>. Le mouvement des non-alignés a diffusé une déclaration politique en 1983 soutenant la revendication de l'Etat mauricien concernant sa souveraineté sur l'archipel des Chagos et s'opposant à la création de la base militaire américaine de Diego Garcia<sup>79</sup>. La communauté internationale était initialement opposée à la création du *Territoire britannique de l'océan Indien*. La résolution 2357 (XXII) représente cependant la dernière instance où l'Assemblée Générale s'exprimait sur la question. Le Royaume-Uni a toujours déclaré à la tribune des Nations Unies qu'il avait l'intention de rendre la souveraineté de l'archipel des Chagos à l'Etat mauricien une fois qu'il ne serait plus nécessaire pour assurer la sécurité du Royaume-Uni et des Etats Unis. Aucune autre résolution de l'Assemblée Générale n'a été adoptée depuis 1967. Ceci laisserait entendre que la communauté internationale aurait souscrit à la revendication du Royaume-Uni de sa souveraineté sur ce territoire.

---

<sup>78</sup> S. ALLEN, Looking Beyond the Bancoult Cases: International Law and the Prospect of Resettling the Chagos Islands, *Human Rights Law Review* (2007) 7:3 p. 441 – 482, p. 455.

<sup>79</sup> La Déclaration Politique du Mouvement des Non-alignés de 1983 est citée dans le rapport du *Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, Annexe P, p. 63.

L'OUA, qui a précédé l'UA, a adopté « La résolution sur Diego Garcia » le 4 juillet 1980<sup>80</sup>. La résolution considérait que l'un des principes fondamentaux de l'OUA était le respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de chaque Etat membre. La résolution a aussi noté le fait que Diego Garcia a toujours été partie intégrante de l'Etat de l'île Maurice, qui est un Etat membre de l'OUA. La partie la plus pertinente de la résolution en ce qui nous concerne pour l'instant, est celle qui déclare que l'OUA « demande que Diego Garcia soit inconditionnellement remise à l'Etat mauricien et que son caractère pacifique soit maintenu ». Plus récemment, l'UA a adopté une résolution en juillet 2001, où elle appelle encore une fois à la remise de Diego Garcia à l'Etat mauricien<sup>81</sup>. La résolution affirme que le Conseil [de l'UA] :

« Réitère son indéfectible soutien au Gouvernement de Maurice pour ses initiatives et ses efforts visant à restaurer sa souveraineté sur l'archipel des Chagos qui constitue une partie intégrante du territoire de Maurice et lance un appel au Royaume-Uni pour qu'il mette un terme à son occupation illégale et continue de l'archipel des Chagos et le restitue à Maurice pour parachever ainsi le processus de décolonisation ».

Dès le début des années 1970, le sujet est venu à l'attention du public au Royaume-Uni. Lorsqu'il fut appelé à se justifier devant le parlement britannique, le Gouvernement britannique répondit que le complexe militaire américain sur Diego Garcia était « désirable dans l'intérêt général occidental pour équilibrer les activités soviétiques croissantes dans l'océan Indien »<sup>82</sup>. La position du Gouvernement américain, étant donné l'importance stratégique de la base militaire de Diego Garcia et le besoin de la garder dépourvue de toute présence civile, a été clairement exposée dans les communications récentes entre les deux Gouvernements (américain et britannique).

<sup>80</sup> AHG/Résolution 99 (XVII) cité comme *Appendice E* dans le rapport du *Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, Annexe P, p. 63.

<sup>81</sup> Conseil des Ministres UA/Décision 606 CM/Déc. 606(LXXIV) 2001.

<sup>82</sup> HANSARD, 5 février 1974, *Written Answers*, p.p. 276- 277.

En réponse aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et à l'adoption des décrets du conseil sur la constitution et l'immigration dans le Territoire britannique de l'océan Indien (the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council en 2004), M. Lincoln P. Bloomfield Jr, le Secrétaire d'Etat adjoint américain pour les affaires politiques et militaires a écrit à M. Robert N. Culshaw, Directeur du Bureau des Amériques, des Territoires d'Outre-mer, des Affaires étrangères et du *Commonwealth* que : « Diego Garcia est une plateforme vitale et indispensable aux opérations militaires américaines sur la planète »<sup>83</sup>.

Le Royaume-Uni savait qu'une population vivait de façon permanente dans l'archipel des Chagos et ceci au moment où l'on avançait le projet de décréter l'ordonnance sur l'Immigration de 1971 et certains d'entre eux avaient leurs racines dans l'archipel des Chagos depuis des générations. La base militaire sur Diego Garcia est unique dans le sens où elle est exempte de toute population civile. Le fait qu'il n'y ait pas de population civile est cependant une conséquence des actions délibérées des Gouvernements américain et britannique ayant pour objectif de dépeupler l'archipel des Chagos.

M. Aust, Conseiller Juridique du Gouvernement britannique, déclarait dans une lettre datant du 23 octobre 1968, pour donner son avis quant à la façon dont on devrait s'occuper des droits des Chagossiens :

« Il n'y a rien de mal, au point de vue légal ou des principes, à décréter une loi sur l'immigration qui permettrait au commissaire du *Territoire britannique de l'océan Indien* de déporter les habitants des Chagos. Même en droit international, il n'y a pas de règlement établi stipulant qu'un citoyen a le droit d'entrer ou de demeurer dans son pays d'origine/naissance/nationalité etc. Une réserve à cet effet est contenue dans le quatrième protocole de la convention européenne sur les droits de l'homme,

---

<sup>83</sup> Cité par Juge HOOPER dans l'affaire *Bancoult* (2) paragraphe 96

laquelle n'a pas été ratifiée par nous [NB comme je l'entends, il ne l'est pas encore] et ainsi nous ne considérons pas [le Royaume-Uni] tenu de respecter pareil règlement. En ce sens, *nous sommes en mesure d'établir le règlement au fur et à mesure que nous avançons et de traiter les habitants du Territoire comme non-appartenant à ce territoire en aucune façon* »<sup>84</sup>. [Insistance ajoutée par le juge Laws dans l'affaire *Bancoult* (1)]

Le problème de l'immunité souveraine a été soulevé dans les cours britanniques lorsque les Chagossiens plaidaient pour leur droit à retourner dans l'archipel des Chagos ainsi qu'à percevoir une compensation adéquate due à leur expulsion forcée. Le juge Ouseley déclare dans l'affaire des « *Chagos Islanders* » que :

« Il est clair à partir de l'affaire *Bancoult* (1) que les besoins militaires du Royaume-Uni ainsi que ceux de ses colonies, en tant que partie du monde qui partage ses intérêts militaires, *accordaient au souverain le droit de permettre l'établissement des dispositifs militaires américains et d'expulser la population entière du Territoire Britannique de l'océan Indien, afin de garantir leur efficacité dans la protection des intérêts du Royaume-Uni...* »<sup>85</sup> (Insistance ajoutée)

Le juge Ouseley s'appuie sur l'arrêt du *Conseil privé* dans l'affaire *Thornton c. la Police*<sup>86</sup> qui affirme que rien dans le *British Nationality Act* de 1948 n'autorise ni le Royaume-Uni ou ni n'importe laquelle de ses colonies à décréter une telle législation, étant donné qu'ils choisissent de réguler et de contrôler l'entrée sur leur territoire ou la résidence sur leur territoire des personnes, quel que soit leur statut. Il soutenait que :

« Je pense que vers la fin des années soixante et le début des années soixante-dix, il y aurait eu un effet de surprise à la pensée qu'il pourrait y avoir quelque devoir légal

<sup>84</sup> Affaire *Bancoult* (1) paragraphe 16

<sup>85</sup> Affaire « *Chagos Islanders* » paragraphe 266

<sup>86</sup> Affaire *Thornton c. la Police* [1962] AC 339 PC.

obligatoire à consulter, laissant de côté les problèmes militaires. Même si les plaignants avaient eu à établir l'obligation de consulter les Ilois pour savoir si l'on pouvait installer une base militaire sur Diego Garcia, il n'est pas du tout concevable que cela aurait pu causer la moindre différence sur les résultats. *Il doit avoir été parfaitement évident à la défense que les Ilois auraient souhaité dans le pire des cas qu'il n'y ait guère de changement à leur situation mais leurs désirs n'étaient pas importants dans ce contexte.* Il leur avait été donné un élément de choix quant à leur destination une fois que Diego Garcia serait évacuée »<sup>87</sup>. (Insistance ajoutée).

Le juge Hooper décida dans l'affaire *Bancoult* (2) que les pouvoirs de la Reine qui lui permettent de faire passer des décrets du conseil pourraient être soumis à une révision juridique. La Cour a décidé que les décrets du conseil du *Territoire britannique de l'océan Indien* de 2004 étaient illégaux. Le fondement de son constat était basé sur le fait que la prérogative royale n'est pas illimitée et qu'elle ne permet pas à la Reine d'exiler une population entière de ses sujets. Ce problème surgit encore dans l'affaire de *Bancoult* (3), qui fut jugée le 23 mai 2007. La Cour admit que « la prérogative royale, bien que le droit commun lui confère une portée très large et une discrétion dans les affaires des colonies, n'est pas illimitée ni irréversible »<sup>88</sup>. Elle a trouvé que ce qu'on appelle *exercice de la prérogative royale* pour permettre à la Reine de faire passer des décrets sur la constitution et l'immigration dans les Territoires britanniques de l'océan Indien de 2004 était en réalité un acte de l'exécutif (de la Couronne). Elle a soutenu que même si l'administration de chaque territoire colonial « est en principe une fonction discrète de la Couronne... l'exclusion permanente d'une population entière de sa terre natale pour des raisons non relatives à leur bien-être collectif ne peut pas avoir ce caractère et par conséquent ne peut pas être légalement accomplie par l'usage de la prérogative royale de gouvernance »<sup>89</sup>. La Cour a conclu que les décrets du conseil sur la

---

<sup>87</sup> Affaire *Chagos Islanders*, *op. cit.*, paragraphe 306.

<sup>88</sup> Ibid Affaire *Chagos Islanders*, *op. cit.*, paragraphe 65.

<sup>89</sup> Affaire *Chagos Islanders*, *op. cit.*, Ibid paragraphe 67.

constitution et l'immigration dans les Territoires britanniques de l'océan Indien de 2004 ont été effectués illégalement<sup>90</sup>.

Les Chagossiens ont perdu l'affaire *Bancoult* (4) le 22 octobre 2008 quand la Chambre des Lords (*House of Lords*) à Londres a décidé que le Gouvernement britannique n'avait aucune intention de permettre aux Chagossiens de retourner sur leur terre natale. La Cour affirma donc que ce n'était pas là le forum approprié pour contester la branche exécutive du Gouvernement, qui a la responsabilité de prendre les décisions relatives aux questions de défense et d'affaires étrangères. La Chambre des Lords conclut donc que les Chagossiens n'avaient pas le droit de retourner sur leur terre natale.

Les principes de droit international soutiennent le droit des Chagossiens à retourner dans leur territoire. Les Chagossiens ont droit à restitution et à réparation. Le Gouvernement britannique est signataire du PIDCP de 1966 et le PIDESC de 1966. Il a ratifié ces deux pactes le 20 mai 1976, en excluant le Territoire britannique de l'océan Indien de la liste de ses territoires<sup>91</sup>. Les deux pactes s'appliquent aux Chagossiens car contrairement à la convention européenne, les deux pactes ne contiennent pas de clauses limitant leur application aux territoires qui figurent sur la liste des documents de ratification, mais s'étendent à tous les individus au sein de la juridiction des Etats signataires<sup>92</sup>.

La volonté politique du Gouvernement britannique est un pré requis afin que le processus de restitution prenne place comme ce fut le cas dans les anciennes colonies britanniques, y compris l'Afrique du Sud. Ces pays fournissent des modèles utiles, à condition d'être bien adaptés, sur la façon dont la restitution peut se faire. Des décisions

---

<sup>90</sup> Ibid paragraphe 78.

<sup>91</sup> La lettre au Directeur Général de la division juridique, Bureau des Affaires Juridiques, 29 juin 1976, *C.N.193.1976. Treaties-6*.

<sup>92</sup> S. ALLEN, op. cit., P. 463.



politiques pourraient être prises sur la portée du programme et sur la somme que le Gouvernement britannique est résolu à allouer au processus.

Pour que les Chagossiens puissent rentrer chez eux, les îles périphériques de Salomon et Peros Banhos, sur lesquels les Chagossiens souhaitent s'installer, devront être aménagées et rendus habitables. Ils ont besoin de maisons et d'abris ainsi que d'un système de sécurité sociale qui leur permettront d'y vivre. Avant leur expulsion, ces îles étaient totalement habitables et les Chagossiens avaient un style de vie relativement confortable grâce au secteur économique des plantations de coprah (cocotier).

Il est à noter que la proposition de réinstallation des Chagossiens est très modeste en ce qui concerne le montant requis à cet effet. Une fois que le peuple serait rentré, il serait important d'établir la forme de la tenure de la terre à mettre en place. La proposition de réinstallation des Chagossiens suggère qu'une tenure de la terre commune soit pratiquée en raison de la petite superficie et des réalités dans l'archipel des Chagos<sup>93</sup>.

### ***Le Territoire britannique de l'océan Indien est un territoire non autonome***

Le Territoire britannique de l'océan Indien est un territoire non autonome selon la définition. Le Royaume-Uni garde toujours sa souveraineté sur le Territoire britannique de l'océan Indien, un territoire qu'il a acquis lors du Traité de Paris de 1814. Même si l'archipel des Chagos n'a jamais été placé sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes, cela ne signifie pas pour autant qu'il faut compromettre le droit de l'archipel à la décolonisation. La CIJ, dans son avis consultatif rendu sur le *Statut international du Sud-ouest africain*, a déclaré que seule l'Assemblée Générale des

---

<sup>93</sup> Groupe Réfugiés Chagos (GRC) et le Groupe de Soutien aux Chagossiens, Royaume-Uni, *Returning Home: a Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, Mars 2007, p. 13.<sup>93</sup> *Returning Home*, p. 13.

Nations Unies avait le droit de rayer un territoire de la liste des territoires non autonomes.

Les traités entre le Royaume-Uni et l'Île Maurice et les Seychelles d'une part pour les amputer de certaines îles de leurs territoires respectifs afin de former le Territoire britannique de l'océan Indien, et celui entre le Royaume-Uni et les Etats Unis d'autre part pour établir la base militaire sur Diego Garcia, sont clairement contraires au principe de *jus cogens*. Ces traités pourraient être déclarés nuls et non avenue si on les soumettait devant la CIJ sous l'article 66 alinéa a de la convention de Vienne sur la loi des traités. Malheureusement, peu d'Etats membres auraient la volonté de présenter le problème devant la CIJ.

Le Territoire britannique de l'océan Indien représente un cas de décolonisation inachevée. Il y a de sérieuses implications pour les Chagossiens en ce qui concerne la façon dont le problème sera résolu. Le *Sahara Occidental*, la *Namibie* et le *Timor Oriental* représentent des exemples où les Nations Unies ont adopté une approche très différente pour résoudre l'antagonisme entre le droit clairement établi à l'autodétermination des peuples de ces territoires, et l'opposition d'un autre Etat qui en réclame la souveraineté. La lutte armée entreprise par le Front Populaire pour la Libération de Saguia el-Hamra et de Rio de Oro (POLISARIO) dans le cas du Sahara Occidental a aidé ce dernier à acquérir la reconnaissance de l'OUA et de l'UA, et ce, en dépit des objections du Maroc, mais cela ne les a pas aidé à obtenir leur droit plus rapidement. Ils sont encore en train de se battre, trente ans après l'avis consultatif de la CIJ de 1975. La Namibie et le Timor Oriental ont reçu un soutien plus direct des Nations Unies et sont maintenant membres de l'ONU en tant qu'Etats indépendants.

Le droit international à l'autodétermination dans le contexte de la décolonisation accorde aux Chagossiens des options entre devenir un Etat indépendant, s'intégrer ou devenir un Etat associé à un autre Etat indépendant. La Déclaration de l'Assemblée

Générale sur les relations amicales de 1970 leur permet de choisir le statut politique qui leur convient. L'option d'un Etat indépendant semble ne pas être applicable dans les années à venir. L'intégration ou l'association au Royaume-Uni peut se révéler matériellement bénéfique.

L'affaire *Bancoult* (4) a eu pour décision que la loi anglaise de 1998 sur les droits de l'homme ne s'appliquait pas au Territoire britannique de l'océan Indien. D'après cette décision, ceci est dû au fait qu'au moment où le Royaume-Uni fit sa déclaration en 1953 sur l'article 56 de la convention Européenne, il inclut l'île Maurice dans la liste des territoires sous sa responsabilité en matière de relations internationales. Cette déclaration perdit sa validité lorsque l'île Maurice obtint son indépendance en 1968. Le Royaume-Uni ne fit jamais de déclaration incluant le Territoire britannique de l'océan Indien dans la liste des territoires sous sa responsabilité en matière de relations internationales. *Lord Hoffman* affirme que le Territoire britannique de l'océan Indien ait fait partie de l'île Maurice jusqu'à ce qu'il soit excisé en 1965, la déclaration n'avait été faite que pour étendre la convention européenne sur une entité politique et non sur une terre qui aurait fait partie ou non du territoire. Il affirme enfin que le Territoire britannique de l'océan Indien est devenu une entité politique à part depuis 1965, sur laquelle la convention européenne n'avait jamais été étendue.

Le droit des Chagossiens à l'autodétermination pose un défi direct à la requête par Maurice de regagner la souveraineté sur l'archipel des Chagos. Maurice déclare que son territoire a été illégalement démembré par le Royaume-Uni pour former une colonie au moment où l'île obtenait son indépendance. L'île Maurice n'a pas l'intention de soutenir la requête des Chagossiens, c'est-à-dire celle d'exercer leur droit à l'autodétermination en tant que peuple colonisé de l'archipel des Chagos. Si l'île Maurice regagnait la souveraineté sur l'archipel des Chagos, cela aurait pour effet de transformer le peuple chagossien en un peuple autochtone au sein d'un Etat indépendant (l'île Maurice). La question de savoir si les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination en droit

international fut un sujet de grande discussion dans le processus de rédaction de la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones, laquelle déclaration n'avait pas pu être finalisée au moment de l'expiration de la décennie dédiée aux peuples autochtones, de 1994 à 2004. La dite déclaration ne fut adoptée par l'Assemblée Générale de Nations Unies qu'en septembre 2007.

### ***Portée de l'étude***

Le problème chagossien soulève un nombre important de questions en droit international, qui, une fois étudiées séparément, constituent des sujets d'étude majeurs en soi. Il soulève un certain nombre d'aspects liés aux droits des peuples autochtones en cours de développement. Certains spécialistes de la question aimeraient mener une étude sur le fait que les Chagossiens satisfassent à la définition internationale des peuples autochtones, puisque leur occupation de l'archipel des Chagos précède la colonisation de l'archipel par les colons britanniques ; ils sont aujourd'hui en exil dans des territoires indépendants contre leur gré et demeurent assujettis au pouvoir colonial britannique en tant que « citoyens ».

L'objectif principal de cette étude n'est pas de déterminer si les Chagossiens satisfont à la « définition » des peuples autochtones élaborée par les Nations Unies puisqu'elle reconnaît qu'il s'agit d'un peuple ayant droit à l'autodétermination dans le contexte de la décolonisation. Ils pourraient affirmer ce droit une fois qu'ils seront capables d'imposer leur droit de retour, ce qu'ils ont déjà établi avec succès à un niveau national avant l'affaire *Bancoult* (4) le 22 octobre 2008.

La légalité ou non de la façon dont l'Île Maurice a perdu la souveraineté sur l'archipel des Chagos intéressera probablement les spécialistes dans les années à venir. Le litige de l'Île Maurice qui souhaite se voir réattribuer la souveraineté sur le Territoire

britannique de l'océan Indien est en soi un domaine de recherche, qui va au-delà de la portée de cette étude.

Considérant le rôle central joué dans l'expulsion forcée des Chagossiens vers l'île Maurice et les Seychelles par le Gouvernement américain, ce dernier détient une responsabilité morale pour le financement du processus de restitution. Les Etats Unis ont payé le coût de leur expulsion forcée et de leur envoi en exil à travers des transactions déguisées au Royaume-Uni, qui à son tour a reversé l'argent aux Seychelles et à l'île Maurice. *Island of Shame: the Secret History of the US Military Base on Diego Garcia* de David Vine, publié le 20 mai 2009, présente en détails le rôle que le Gouvernement américain a joué dans le déplacement forcé des Chagossiens. Selon lui, le Gouvernement américain devrait permettre aux Chagossiens de retourner dans l'archipel et les aider financièrement à reconstruire leurs vies sur leurs terres. En effet, le Gouvernement américain est moralement responsable de leur exil et de la violation continue de leurs droits humains<sup>94</sup>. Cependant, en droit, le Royaume-Uni porte la responsabilité légale d'accorder restitution et réparation au peuple de l'archipel des Chagos. Cette étude par conséquent se concentre sur la responsabilité du Royaume-Uni à octroyer réparation et restitution au peuple chagossien. Une fois qu'ils retourneront sur leur terre natale, ils pourront choisir d'exercer leur droit à l'autodétermination.

Le chapitre 1 de la première partie étudiera le développement du droit à l'autodétermination dans le cadre du droit international, tandis que le chapitre 2 l'appliquera au cas des Chagossiens. Le chapitre 1 de la deuxième partie analysera le développement du droit à restitution et à réparation, tandis que les chapitres 2 et 3 analyseront la jurisprudence du droit en vue de l'appliquer aux affaires des peuples qui habitent en territoires non autonomes et également au peuple des Chagos. La troisième

---

<sup>94</sup> David Vine, *Island of Shame: the Secret History of the US Military Base on Diego Garcia*, Princeton University Press, 2009.

partie tirera des conclusions et fera des recommandations pour la résolution de ce problème.

Le chapitre 3 de la première partie de cette étude traite dans le contexte historique de la façon dont les Chagossiens ont été emmenés comme esclaves depuis l'Afrique et Madagascar par les colons français. Ils y furent conduits pour renforcer la main d'œuvre venant d'Asie en travaillant dans les plantations de coprah (cocotiers) de l'archipel des Chagos. Il illustre le lien entre ce peuple et les créoles des Seychelles et de l'Île Maurice. Il étudie aussi l'établissement de la base militaire américaine sur Diego Garcia et l'expulsion forcée du peuple chagossien, qui était au moment de cette expulsion devenu une communauté distincte sur l'archipel des Chagos depuis leur arrivée sur les îles un peu moins de deux cents (200) ans avant leur expulsion forcée. Ce chapitre étudie également les plaintes que les Chagossiens ont présentées devant les cours judiciaires britanniques, plaidant, depuis plus de trente ans, pour leur droit au retour sur leur terre natale.

---

**TITRE I**

**LES DROITS DE L'HOMME ET LES NORMES EN MATIERE DE  
DECOLONISATION ET D'AUTODETERMINATION**

---

Cette partie permettra d'examiner, en droit international, la loi qui régit l'acquisition de territoires par les puissances coloniales et la responsabilité qui leur incombe envers ces territoires et la population autochtone qui s'y trouve. On examinera également la loi sur la décolonisation en portant une attention particulière à l'exercice du droit à l'autodétermination tel qu'il s'est développé en droit international. Il s'agit de montrer que le principe d'autodétermination est désormais devenu un principe de droit international de nature contraignante si l'on s'appuie sur l'accumulation des instruments internationaux, des pratiques d'Etat et des décisions de la CIJ, spécifiquement dans les affaires du *Sahara Occidental* de 1975, *avis consultatif*, du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* de 1995; du *Statut International du Sud-ouest africain* de 1950, *avis consultatif*; ainsi que l'affaire de *Namibie*. Ce chapitre constitue une base théorique qui permettra dans les chapitres 2 et 3 de traiter de l'application du droit à l'autodétermination dans le *Territoire britannique de l'océan Indien* et pour le peuple de ce territoire, qui souhaite désormais être appelé le peuple des Chagos ou Chagossien.



## CHAPITRE I - DECOLONISATION ET DROIT A L'AUTODETERMINATION

Certains spécialistes définissent le colonialisme non pas simplement comme une quelconque relation liant un maître et son serviteur mais une relation dans laquelle une société toute entière est dépouillée de ses moyens de développement historiques, est manipulée de l'extérieur, et transformée en fonction des besoins et des intérêts des colonisateurs<sup>95</sup>. David Vine définit l'impérialisme comme la création et la maintenance d'une relation hiérarchique régie par un règlement formel ou informel, la domination ou le contrôle d'une partie significative de la vie de plusieurs personnes ou entités socio politiques par une autre personne ou entité socio politique. Ceci de telle sorte que le plus fort façonne ou a la capacité de façonner des aspects significatifs de la vie (politique, économique, sociale et culturelle) du plus faible<sup>96</sup>. Ediberto Roman et Theron Simmons soutiennent que l'impérialisme, qui comprend le colonialisme, désigne l'extension de la souveraineté ou du contrôle, direct ou indirect, politique ou économique, d'un Gouvernement, d'une nation ou d'une société sur un autre, en même temps que les idées qui justifient ou qui s'opposent à ce processus<sup>97</sup>. Tayyab Mahmud affirme quant à lui qu'au cœur du processus de colonisation réside l'exploitation économique et l'expansion territoriale basées sur des notions racistes envers les peuples à conquérir<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied: Subordination and Subjugation Under US Expansionism*, San Diego Law Review, Volume 39 No 2, 2002, 437, p. 455.

<sup>96</sup> David Vine, *Empire's Footprint: Expulsion and the US Military Base on Diego Garcia*, thèse de doctorat non-publiée, Faculté d'anthropologie, Université de New York, 2006, p. 36.

<sup>97</sup> Ediberto Roman, *Membership Denied*, p. 446, citation de George H Nadel et Perry Curtis, *Colonialism and Imperialism* 3 (1964).

<sup>98</sup> Tayyab Mahmud, *Colonialism and Modern Constructions of Race: A Preliminary Enquiry*, University of Miami Law Review, Volume 53, N° 4, p. 1219 et Tayyab Mahmud, *Migration, Identity and the Colonial Encounter*, Oregon Law Review, Volume 76, N° 3, p. 633. Melissa Steyn, *Whiteness Seen Through Whiteness: Another Look at South Africa*, State University of New York Press, Albany, New York, 2001.

Selon les Nations Unies, le colonialisme est une situation dans laquelle un territoire est séparé par une étendue d'eau maritime d'un autre Etat (étranger) qui le domine, par conséquent, ce territoire n'a pas la possibilité de se gouverner lui-même et d'entretenir des relations internationales. La théorie de l'étendue d'eau maritime considère que les territoires dépendants ou colonies sont ceux dont le peuple se distingue du pays qui l'administre de part ses ethnies et/ou sa culture. Gudmundur Alfredsson déclare qu'il y a trois caractéristiques fondamentales associées au statut colonial, notamment (1) un territoire occupé par une nation en dehors de ses propres frontières, (2) une entité géographique et politique distincte (3) qui est placée sous domination étrangère<sup>99</sup>.

La déclaration des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux contenue dans la résolution 1514 (XV) des Nations Unies stipule que le maintien du colonialisme « empêche le développement de la coopération économique internationale, entrave le développement social, culturel et économique des peuples dépendants et va à l'encontre de l'idéal de paix universelle des Nations Unies ».

La Conférence de Berlin de 1884 marque le début du colonialisme en Afrique, elle a abouti au partage du continent africain entre les pays européens qui rivalisaient pour imposer leur domination politique, se servant de la conquête militaire pour développer l'économie de leurs pays d'origine. Le colonialisme et la constitution des empires coloniaux ont permis à des pays comme le Royaume-Uni et dans une moindre mesure la France et l'Allemagne d'agrandir leurs territoires. L'Espagne et le Portugal ont quant à eux concentré leur influence en Amérique latine. Le colonialisme pratiqué au cours des années 1800 consistait en la prise du pouvoir dans les territoires, l'installation des populations européennes sur la terre des conquies, l'imposition des institutions politiques et d'un système de lois basés sur les valeurs occidentales, sans oublier l'exploitation des ressources naturelles des territoires colonisés en vue de construire leur propre économie

---

<sup>99</sup> G. ALFREDSSON, *Greenland and the Law of Political Decolonization: German Yearbook of International Law*, Duncker & Humblot/Berlin, volume 25, 1982, p.290-299.

nationale en Europe. Dans ce chapitre, il sera question d'étudier le développement du droit à l'autodétermination en droit international.

Le colonialisme pratiqué par le Royaume-Uni, l'Allemagne, la Belgique, la France, le Portugal et l'Espagne au cours du XIX<sup>e</sup> siècle consistait en la prise du pouvoir dans les territoires, l'installation des populations européennes sur la terre des conquies, l'imposition des institutions politiques et d'un système de lois basés sur les valeurs occidentales, sans oublier l'exploitation des ressources naturelles des territoires colonisés en vue de construire leur propre économie nationale en Europe.

En droit international, l'usage de la force n'est cependant pas admis pour refuser aux peuples colonisés ou sous domination étrangère ou raciste le droit à l'autodétermination. De la même manière, les actions ayant pour but de prévenir ou de frustrer les populations afin qu'elles n'exercent pas leur droit à l'autodétermination par exemple en mettant sur pied des mécanismes institutionnels et autres mécanismes coercitifs comptent pour une violation de l'Article 2 alinéa 4 de la Charte des Nations Unies.

## **SECTION I - LE DEVELOPPEMENT DU DROIT A L'AUTODETERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL**

La plupart des anciennes grandes colonies ont acquis leur indépendance et exercent leur droit à l'autodétermination. Ceci a mené à la déclaration d'indépendance et conféré un statut d'Etat à la plupart d'entre eux. La Namibie a été la dernière colonie importante à accéder à l'indépendance de la domination coloniale de la république d'Afrique du Sud en 1990. L'Afrique du Sud à son tour a été libérée de l'*Apartheid*, « un colonialisme d'un type spécial » en 1994. Le Timor oriental, une moitié de l'île de Timor, a accédé à

l'indépendance récemment et est devenu Etat membre des Nations Unies sous la dénomination Timor Leste en mai 2002<sup>100</sup>.

La jurisprudence de la CIJ sur le Sahara Occidental, la Namibie, le Sud-ouest africain et le Timor oriental sera analysée pour montrer que l'autodétermination n'est pas un simple principe, mais qu'elle est plutôt devenue un principe de droit international de nature contraignante. L'affaire du *Sahara Occidental* sera étudiée pour montrer que la CIJ a rejeté le concept de *terra nullius*. L'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)* permettra de démontrer qu'en droit international, l'acquisition d'un territoire en violation du droit à l'autodétermination n'est pas approuvée. L'avis consultatif sur le *Statut International du Sud-ouest africain* montrera que l'Union sud-africaine n'avait pas compétence à modifier unilatéralement le statut de ce territoire, mission qui revient aux Nations Unies. L'affaire de la *Namibie* mettra en évidence que la présence continue de l'Afrique du Sud [en Namibie] était illégale parce que les Nations Unies avaient mis fin au mandat sud-africain d'administration de la Namibie lorsque le système d'*apartheid* a été étendu à ce territoire. Dans l'introduction figure les explications quant au sens que revêt le mot autodétermination et comment ce « principe » est devenu un principe de droit international de nature contraignante. L'autodétermination est maintenant un « droit » des peuples. L'adoption de la déclaration des Nations Unies sur les peuples indigènes de septembre 2007 a clos le débat de savoir si les peuples indigènes ont droit à l'autodétermination.

Les trois résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la décolonisation sont: la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 contenant la déclaration des Nations Unies sur l'octroi de l'indépendance aux territoires et peuples colonisés; la résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, sur les principes qui devraient aider à établir les rapports évoqués dans l'Article 73 alinéa e de la Charte des Nations Unies ; la résolution 2625 (XXV) de 1970 contenant la déclaration des principes du droit international

---

<sup>100</sup> *Basic Facts about the United Nations*, 2004, p. 292.

touchant les relations amicales et la coopération entre Etats conformément à la Charte des Nations Unies.

La résolution 1514 (XV) a créé le principe d'autodétermination, qui est ainsi devenu un « droit des peuples colonisés », une question relative aux droits fondamentaux de l'homme en le reliant aux problèmes d'ordre discriminatoire contenus dans la DUDH. La subjugation, la domination ainsi que l'exploitation des peuples constituent par conséquent une violation de leurs droits humains et sont contraires à la Charte des Nations Unies<sup>101</sup>.

Dans l'affaire du *Sahara Occidental*, avis consultatif, précisément dans les paragraphes 54 à 59, la CIJ a examiné ce qu'elle appelle la politique des Nations Unies sur la décolonisation des territoires non autonomes. Elle a retracé le développement du droit à l'autodétermination de l'Article 1, paragraphe 2, expliqué en détails dans l'Article 55<sup>102</sup> et l'Article 56<sup>103</sup> de la Charte des Nations Unies qui fait référence aux territoires non autonomes dans son Chapitre XI. Dans le paragraphe 54 de l'avis consultatif sur la *Namibie*, la CIJ cite le paragraphe 52 de son avis consultatif sur le *Sahara Occidental*:

---

<sup>101</sup> CASTELLINO, op. cit., p. 25.

<sup>102</sup> L'article 55 de la Charte des Nations Unies stipule :

En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront :

- a. Le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ;
- b. La solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ;
- c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.

<sup>103</sup> L'article 56 de la Charte des Nations Unies déclare :

« Les membres s'engagent, en vue d'atteindre les buts énoncés à l'Article 55, à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation ».

« En outre l'évolution ultérieure du droit international à l'égard des territoires non autonomes, tel qu'il est consacré par la Charte des Nations Unies, a fait de l'autodétermination un principe applicable à tous ces territoires. La notion de mission sacrée a été confirmée et étendue à tous les (territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes 1) (art. 73). Il est clair que ces termes visaient les territoires sous régime colonial. Manifestement la mission sacrée continuait à s'appliquer aux territoires placés sous le mandat de la Société des Nations auxquels un statut international avait été conféré antérieurement »<sup>104</sup>.

La CIJ ajoute dans l'affaire de Namibie :

« Une autre étape importante de cette évolution a été la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux (résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1960) applicable à tous les peuples et à tous les territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance. De même, il est impossible de négliger l'histoire politique des territoires sous mandat en général. Tous ceux qui n'ont pas accédé à l'indépendance, à l'exception de la Namibie, ont été placés sous tutelle. Aujourd'hui sur quinze de ces territoires, non compris la Namibie, deux seulement sont encore sous la tutelle des Nations Unies. Ce n'est là qu'une manifestation de l'évolution générale qui a conduit à la naissance de maints nouveaux Etats »<sup>105</sup>.

Plus loin elle déclare :

« C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son

---

<sup>104</sup> Avis consultatif sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (Sud-ouest africain), avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, paragraphe 52.

<sup>105</sup> *Ibid.* et avis consultatif sur le *Sahara Occidental* paragraphe 56.

interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume »<sup>106</sup>.

La CIJ a conclu que :

« Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution il n'y a guère de doute que la « mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer »<sup>107</sup>.

#### **A- L'affaire du Sahara Occidental, 1975**

La CIJ a étudié le concept de *terra nullius* dans son avis consultatif sur le *Sahara Occidental* de 1975<sup>108</sup>. La CIJ a été saisie par l'Assemblée générale des Nations Unies, après la résolution 3292 (XXIX) adoptée le 13 décembre 1974<sup>109</sup>, lui demandant de fournir son avis consultatif sur les questions suivantes:

---

<sup>106</sup> Affaire de *Namibie, avis consultatif*, Recueils de la CIJ, 1971, paragraphe 53 et Affaire du *Sahara Occidental, avis consultatif*, Rapports de la CIJ, 1975, paragraphe 56.

<sup>107</sup> Affaire de *Namibie, op. cit.*

<sup>108</sup> Affaire du *Sahara Occidental, op. cit.*, p. 12.

<sup>109</sup> Le texte de la Résolution 3292 (XXIX) déclare :

L'Assemblée Générale,

Rappelant sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 contenant la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux,

1. Est-ce que le Sahara Occidental (Rio de Oro et Sakiet El Hamra), au moment de la colonisation espagnole était un territoire n'appartenant à personne (*terra nullius*) ?

Si la réponse à la première question est négative,

2. Quels étaient les liens légaux entre ce territoire et le Royaume du Maroc ainsi que l'entité de Mauritanie ?

L'intention de l'Assemblée générale des Nations Unies était d'obtenir un avis de la part de sa branche judiciaire- la Cour Internationale de Justice en abrégé CIJ- sur les questions posées plus haut, afin de décider du processus à suivre pour accélérer la décolonisation du Sahara Occidental (Rio de Oro et Sakiet El Hamra). Une controverse légale avait été soulevée lors des discussions au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies au sujet de la décolonisation du Sahara Occidental, car il y avait conflit entre le Maroc et la Mauritanie au sujet de la souveraineté sur le Sahara Occidental, chacun soutenant que, même s'ils avaient accepté que le principe d'autodétermination s'applique au Sahara Occidental, ce territoire leur appartenait et devait par conséquent leur être rendu au cours du processus de décolonisation. L'un des problèmes à résoudre était de savoir si le Sahara Occidental était *terra nullius*, c'est-à-dire qu'il n'appartenait à personne, au moment de sa colonisation par l'Espagne.

L'Espagne contestait la compétence de la CIJ à délibérer sur la question parce que d'après elle, il ne s'agissait pas d'une question d'ordre légale, mais plutôt d'une question factuelle, donc les problèmes y relatifs pouvaient être traités dans le cadre des procédures politiques de l'Assemblée générale des Nations Unies plutôt qu'à travers le processus judiciaire de la CIJ. L'Espagne avançait également que les questions soulevées dans la déclaration 3292 (XXIX) étaient déjà en train d'être étudiées par les



Gouvernements espagnol et marocain suite à une lettre du Ministère des Affaires Etrangères marocain. La CIJ ne devait donc pas se pencher sur ces questions, d'autant plus que l'Espagne n'avait pas encore donné son consentement sur la compétence de la juridiction de la CIJ sur cette affaire. Mais la CIJ considéra qu'elle avait la compétence juridictionnelle requise pour répondre à ces questions, en vertu de l'Article 65 du statut de la CIJ<sup>110</sup>.

La CIJ fut unanime dans son avis consultatif : le Sahara Occidental n'était pas *terra nullius* au moment de sa colonisation par l'Espagne en 1884 lorsque cette dernière déclara un protectorat sur ce territoire<sup>111</sup>. Elle établit que le territoire avait une organisation sociale et politique civilisée et que, par conséquent, il n'était pas *terra nullius* au moment de sa colonisation par l'Espagne. Ceci était basé sur le fait que les habitants du territoire, même s'ils étaient nomades, avaient établi un système de droits et de tenure de la terre, même s'ils migraient selon les saisons d'un endroit à un autre du même territoire<sup>112</sup>. Ainsi, l'Espagne n'a pas acquis la souveraineté sur le territoire par occupation ou par conquête, mais plutôt par la proclamation d'un protectorat sur le territoire en 1884 relativement à l'Ordre Royal du 26 décembre 1884, sur base d'un accord signé avec les dirigeants du territoire<sup>113</sup>.

Le problème de l'autodétermination opposée à l'intégrité territoriale fut soulevé lors de l'avis consultatif sur le *Sahara Occidental*. Le Maroc affirmait que le Sahara Occidental faisait partie intégrante de son territoire et qu'il était contraire au droit international et incompatible avec la souveraineté et l'intégrité territoriale du Maroc que l'Espagne passe une législation interne faisant du Maroc et de tous les autres territoires africains sous

---

<sup>110</sup> Affaire du *Sahara Occidental*, op. cit., paragraphe 20 à la p. 20. La CIJ a noté p. 24 au paragraphe 30 que, puisque l'Espagne est un membre des Nations Unies et a accepté les provisions de la Charte des Nations Unies ainsi que les Statuts de la CIJ, elle avait dès lors donné son consentement à la juridiction de la CIJ sur les Avis Consultatifs malgré sa juridiction contentieuse.

<sup>111</sup> Ibid., paragraphes 75 à 83.

<sup>112</sup> Ibid., paragraphe 88.

<sup>113</sup> Ibid., paragraphe 80.

domination espagnole des provinces de l'Espagne<sup>114</sup>. Peu après son adhésion à l'ONU, la Mauritanie réclama aussi le territoire du Sahara Occidental, comme faisant partie de son territoire national<sup>115</sup>. Le Maroc et la Mauritanie revendiquaient tous les deux avoir exercé leur souveraineté sur le Sahara Occidental au moment de sa colonisation par l'Espagne. Le problème n'était pas de trancher sur la dispute territoriale en tant que telle, mais plutôt de déterminer si au moment de sa colonisation par l'Espagne, le Sahara Occidental était *terra nullius*. Le Maroc soutenait que lors de la décolonisation, le Sahara Occidental devait être réincorporé au Maroc, alors que la Mauritanie soutenait que l'exercice de l'autodétermination ne devait pas violer l'intégrité territoriale de la Mauritanie<sup>116</sup>.

L'Algérie adopta une approche différente en se concentrant plutôt sur le droit à l'autodétermination et sur la façon dont il devait s'appliquer dans l'Affaire du *Sahara Occidental*. Elle affirma que :

« Le principe fondamental régissant la décolonisation, consacré par les Articles 1 et 55 de la Charte ainsi que par la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée Générale, est celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; que, par ses résolutions successives recommandant que la population soit consultée sur son avenir, l'Assemblée générale a reconnu le droit de la population du Sahara occidental à exercer l'autodétermination dans des conditions de liberté et d'authenticité (...) Dans ces conditions, l'Algérie est d'avis que la Cour devrait répondre à la requête et cela sans perdre de vue que, dans la résolution 3292 (XXIX), l'Assemblée Générale a elle-même confirmé sa volonté d'appliquer la résolution 1514 (XV), c'est-à-dire de

---

<sup>114</sup> Affaire du *Sahara Occidental*, op. cit., paragraphes 34 et 35, p. 25.

<sup>115</sup> Ibid., paragraphe 37, p. 26.

<sup>116</sup> Ibid., paragraphe 49 à 50, p. 29.

recourir à un système de décolonisation fondé sur l'autodétermination des populations du Sahara occidental »<sup>117</sup>.

La CIJ ne trouva ni la revendication du Maroc, ni celle de la Mauritanie valide. La CIJ a pris en considération plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1966 jusqu'en 1969 traitant particulièrement de la décolonisation du Sahara Occidental<sup>118</sup>. Celles adoptées en 1969 continuaient d'appeler à l'accélération de la décolonisation à travers la tenue d'un référendum sous la supervision des Nations Unies. La résolution 3292 (XXIV), d'après laquelle l'avis consultatif fut envisagé, demandait à l'Espagne en tant que puissance administrant le territoire de reporter le référendum jusqu'à ce que l'Assemblée générale se décide sur la politique à suivre afin d'accélérer le processus de décolonisation du Sahara Occidental<sup>119</sup>.

Le 11 décembre 1975, le Maroc et la Mauritanie envoyèrent des troupes au Sahara Occidental provoquant ainsi la création du Front populaire de libération Saguia el-Hamra et Rio de Oro (POLISARIO), un mouvement de libération qui a entrepris une lutte armée pour obtenir le droit du peuple du Sahara Occidental à l'autodétermination. Ceci en proclamant en août 1979 la création de la République Arabe Sahraouie Démocratique (RASD). En 1979, l'OUA fit passer une résolution demandant un référendum afin de permettre au Sahara Occidental d'exercer son droit à l'autodétermination.

En 1980, l'OUA a reconnu la RASD comme le Gouvernement légitime du Sahara Occidental. Le Maroc retira ses troupes du territoire lorsque la RASD occupa son siège de membre lors du sommet de l'OUA en 1984. Le Maroc continua à réclamer le Sahara

---

<sup>117</sup> Ibid., paragraphe 51, p. 30.

<sup>118</sup> Initialement la résolution traitait des territoires d'*Ifni* et du Sahara Occidental à la fois. *Ifni* accéda à l'indépendance en 1969 suivant la résolution 2229 (XXI) qui visait à accélérer sa décolonisation. Dans le cas du Sahara Occidental, la résolution exigea d'abord la tenue d'un référendum devant être organisé au Sahara Occidental en janvier 1992 sous les auspices des Nations Unies pour permettre à la population autochtone d'exercer librement son droit à autodétermination. A ce jour, ledit référendum n'a pas encore eu lieu.

<sup>119</sup> Affaire du *Sahara Occidental*, op. cit., paragraphe 66.

Occidental comme partie intégrante de son territoire et que sa reconnaissance par l'OUA en tant qu'Etat indépendant était une violation de l'intégrité territoriale et de la souveraineté marocaines. L'Union Africaine (UA) à son tour a reconnu la RASD et son président est l'un des signataires de l'Acte Constitutif de l'UA. Suite à cette prise de position, le Maroc décida de ne pas être membre de l'UA.

En ce qui concerne les Nations Unies, elles ont également reconnu le droit du peuple du Sahara Occidental à l'autodétermination et à devenir un Etat indépendant. L'Assemblée générale a voté deux résolutions à cet effet, respectivement en 1983 et 1984. Elle a appelé le Maroc et le Front Polisario à négocier un cessez-le-feu après la tenue du referendum.

Le Conseil de sécurité a voté la résolution 690 le 29 avril 1991 dans le but de créer la mission des Nations Unies pour l'organisation d'un référendum au Sahara Occidental (MINURSO) et de faciliter le référendum. Bien qu'un cessez-le-feu ait été déclaré le 6 septembre 1991, le référendum n'a pas encore eu lieu jusqu'à présent à cause des désaccords entre le Maroc et la RASD concernant la gestion du territoire et la mise en œuvre d'un plan de paix négocié sous l'égide du Conseil de sécurité<sup>120</sup>. Le Comité spécial des Vingt-Quatre sur la Décolonisation a été chargé de suivre l'évolution de la situation au Sahara Occidental et d'en faire un rapport au cours de la prochaine Assemblée Générale de l'ONU.

L'Assemblée générale a voté la résolution 61/126 au cours de sa 61<sup>ème</sup> session du 14 décembre 2006 sur la question du Sahara Occidental, dans laquelle elle insiste sur le fait que le manque de progrès dans la résolution du conflit au sujet du Sahara Occidental continue d'imposer une souffrance au peuple de ce territoire<sup>121</sup>. Plus de 30 ans après, la

---

<sup>120</sup> *Basic Facts about the United Nations*, 2004 p. 294.

<sup>121</sup> Documents Officiels de l'Assemblée Générale, No 49, A/61/49 p. 230.

population du Sahara Occidental n'a pas encore exercé son droit à l'autodétermination<sup>122</sup>.

### ***B - Timor oriental (Portugal c. Australie)***

La CIJ, dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*<sup>123</sup> décida que l'acquisition de la souveraineté sur un territoire en violation du droit à l'autodétermination est illégale au regard de la règle désormais bien établie, selon laquelle la volonté libre et véritable du peuple du territoire en question doit être respectée. L'affaire concernait une action introduite par le Portugal, en tant que puissance administrante du Timor oriental, contre l'Australie. L'Australie, par sa conduite « n'a pas observé... l'obligation de respecter les devoirs et les pouvoirs [du Portugal], puissance administrante [du Timor oriental] (...) et (...) le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et les droits qui y sont relatifs »<sup>124</sup>. Le Portugal affirmait aussi que par la suite, l'Australie s'était « attiré un blâme international vis-à-vis du peuple du Timor oriental et du Portugal »<sup>125</sup>. L'Australie a remis en question la compétence de la CIJ à traiter l'affaire étant donné que celle-ci impliquait un autre Etat, en l'occurrence l'Indonésie, qui par ailleurs n'avait pas approuvé la juridiction de la CIJ sur l'affaire. Le point soulevé par le Portugal était que l'Australie avait illégalement signé un traité avec l'Indonésie qui devait avoir un impact sur l'intégrité territoriale du Timor oriental sans avoir consulté le peuple timorais et, par conséquent, en ayant violé le droit des Timorais à l'autodétermination.

Le Portugal demanda à la CIJ « de se prononcer et de déclarer que, premièrement le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination, à l'intégrité territoriale et à

---

<sup>122</sup> *Basic Facts about the United Nations*, p. 292. Voir aussi l'article récent 'No End in Sight for 32-year Impasse' *Mail and Guardian*, 22 au 28 juin 2007, p. 16 faisant référence au rapport du Bureau du Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'homme à ce sujet.

<sup>123</sup> *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, CIJ Recueils 1995, p. 90.

<sup>124</sup> Ibid paragraphe 1.

<sup>125</sup> Ibid.

l'unité ainsi qu'à une souveraineté permanente sur sa richesse et ses ressources naturelles, et deuxièmement que les pouvoirs, les devoirs et les droits du Portugal en tant que puissance administrante du Timor oriental sont opposables à l'Australie, qui est sous l'obligation de ne pas les négliger mais plutôt de les respecter (...) <sup>126</sup> ».

L'île de Timor a été sous la domination coloniale de deux puissances différentes au fil de l'histoire. La partie occidentale a été colonisée par les Pays-Bas et est devenue territoire de l'Indonésie lorsque cette dernière a accédé à l'indépendance. Le Timor oriental a été une colonie du Portugal jusqu'en 1975. L'Assemblée générale des Nations Unies plaça le Timor oriental sur la liste des territoires non autonomes en 1960 et le Portugal en devint la puissance administrante. Le Portugal reconnut le droit du peuple timorais à l'autodétermination et à l'indépendance et en 1974 envisagea d'établir un Gouvernement provisoire et une assemblée générale populaire <sup>127</sup>. Le Portugal quitta le territoire le 8 décembre 1975, après que la guerre civile entre les partis politiques locaux aient éclaté et que l'Indonésie ait fait intervenir ses forces militaires. Le 17 juillet 1976, l'Indonésie annexa le Timor oriental en adoptant une loi qui incorporait le Timor oriental dans le territoire indonésien <sup>128</sup>. L'Indonésie soutenait que le peuple du Timor oriental n'avait pas encore exercé son droit à l'autodétermination et que le processus de décolonisation avait été achevé avec l'incorporation du Timor oriental à son territoire.

Le Conseil de sécurité ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies condamnèrent l'occupation du Timor oriental par l'Indonésie et continuèrent à reconnaître le Portugal comme puissance administrante du Timor oriental. Deux résolutions du Conseil de sécurité et huit résolutions de l'Assemblée générale furent adoptées entre 1975 et 1982 concernant l'occupation du Timor oriental par l'Indonésie. Les résolutions 31/53 du 1<sup>er</sup> décembre 1977 et 32/34 du 28 novembre 1977 de

---

<sup>126</sup> *Timor Oriental*, op cit., paragraphe 3.

<sup>127</sup> *Basic Facts about the United Nations*, p. 290.

<sup>128</sup> *Timor Oriental*, op. cit., paragraphe 12 – 13.

l'Assemblée générale des Nations Unies rejetaient les tentatives d'annexion officielle du Timor oriental par l'Indonésie car le peuple de ce territoire n'avait pas pu exercer son droit à l'autodétermination et à l'indépendance<sup>129</sup>. Malgré ces résolutions des Nations Unies, l'Australie reconnut le Timor oriental comme partie intégrante du territoire de l'Indonésie le 20 janvier 1978. L'Australie laissa cependant entendre qu'elle ne reconnaissait pas les moyens par lesquels l'annexion avait été accomplie. En 1979, l'Australie entama des négociations avec l'Indonésie pour délimiter ce qui était alors appelé *Timor Gap*, afin de démarrer explorations et exploitations communes des ressources naturelles d'une zone de la partie continentale. Le 11 décembre 1989, les deux parties conclurent un traité. L'Australie décréta en 1990 une loi pour donner effet au traité signé en 1989.

Devant la CIJ, le Portugal affirma que l'Australie avait, en signant un traité avec l'Indonésie, violé les droits du Portugal en tant que puissance administrante du Timor oriental, ainsi que les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination, à l'indépendance et à la souveraineté sur ses ressources naturelles. Et ceci plus particulièrement, en adoptant des lois pour rendre ce traité effectif et en poursuivant des négociations avec l'Indonésie pour l'exécution dudit traité.

L'Australie affirma qu'elle reconnaissait le droit du peuple du Timor oriental à l'autodétermination mais qu'elle rejetait le fait que le Portugal introduise la plainte au nom du peuple du Timor oriental parce qu'elle n'avait pas un *locus standi*. L'Australie indiqua également qu'il fallait déterminer si l'Indonésie avait toute compétence pour signer le traité avec l'Australie alors que l'Etat indonésien n'était pas partie dans les procédures judiciaires de l'affaire, ayant refusé de donner son consentement à la compétence de la CIJ à délibérer sur l'affaire.

---

<sup>129</sup> *Timor Oriental*, op. cit., paragraphe 15.

La CIJ constata que le droit des peuples à l'autodétermination, de la façon dont il avait évolué dans la Charte des Nations Unies et dans ses pratiques, avait un caractère *d'erga omnes*<sup>130</sup>. Elle remarqua également que le principe d'autodétermination avait été reconnu par la Charte des Nations Unies ainsi que par la jurisprudence de la CIJ, notamment dans les affaires du *Sahara Oriental* et de *Namibie*<sup>131</sup>.

La CIJ nota que pour les deux parties de l'affaire, en l'occurrence l'Australie et le Portugal, le territoire du Timor oriental demeurait un territoire non autonome et que son peuple avait toujours droit à l'autodétermination et ce, malgré l'annexion du territoire par l'Indonésie. C'est l'Assemblée générale des Nations Unies qui se réserve le droit de déterminer quels territoires devraient figurer sur la liste des territoires non autonomes dans le but de mettre en application le chapitre XI de la Charte des Nations Unies, et elle avait continué à traiter le Timor oriental comme un territoire non autonome<sup>132</sup>. La CIJ nota également que dans les résolutions 384 (1975) and 389 (1976) le Conseil de Sécurité « a expressément demandé que soient respectés l'intégrité territoriale du Timor oriental ainsi que le droit inaliénable de son peuple à l'autodétermination, conformément à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale »<sup>133</sup>.

Dans son opinion dissidente, le Juge Skubiszweski conclut que la décision de la CIJ de ne pas se prononcer sur l'affaire « ne peut pas être considérée comme affaiblissant le concept des territoires non autonomes... il serait mieux que la CIJ assume la juridiction, pour les développements futurs [en ce qui concerne les territoires non autonomes et la décolonisation], et pour l'état de droit »<sup>134</sup>. Le juge continuait dans le paragraphe 157 :

---

<sup>130</sup> Affaire du *Timor Oriental*, op. cit., paragraphe 29.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Ibid. paragraphe 31. Au paragraphe 35, la CIJ conclut cependant qu'elle ne peut pas exercer sa juridiction sur le cas dû au fait que si elle en faisait ainsi elle serait obligée de prendre une décision sur la compétence de l'Indonésie à signer le traité de 1989 avec l'Australie alors que l'Indonésie ne reconnaissait pas la juridiction de la CIJ sur l'affaire.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Ibid. Opinion dissidente du Juge *Skubiszweski*, au paragraphe 156, p. 273.



« Il est regrettable que, dans sa partie effective, l'arrêt n'estime pas qu'il est pertinent de mentionner la prohibition de la force ; la non-reconnaissance ; l'autodétermination des peuples ; le statut du Timor oriental en vertu de la loi des Nations Unies ; y compris la règle selon laquelle elles seules [les Nations Unies] peuvent changer ce statut ; la position du Portugal en tant que puissance administrante ; le devoir des Etats à respecter ce statut ; en particulier le devoir des Etats signataires d'un arrangement quelconque avec le Gouvernement qui contrôle ce territoire, de consulter, quand ces arrangements atteignent un certain niveau d'importance politique et légale, le Portugal, des représentants de la population du Timor oriental et les Nations Unies. Il est non seulement pertinent mais également significatif que les justifications de l'arrêt véhiculent ce principe. Mais les enjeux sont trop importants pour une présentation prudente des justifications. La responsabilité et le rôle de la Cour sont également impliqués »<sup>135</sup> .

Le Conseil de Sécurité adopta en 1999 la résolution 1246 (1999) le 11 juin 1999<sup>136</sup>, établissant la Mission des Nations Unies au Timor oriental (MINUTO) jusqu'au 31 août 1999 avec pour objectif « d'organiser et de mener à bien une consultation populaire, prévue pour le 8 août 1999, au scrutin direct, secret et universel, visant à déterminer si la population du Timor oriental accepte le cadre constitutionnel proposé, lequel prévoit une autonomie spéciale pour le Timor oriental au sein de la République unitaire d'Indonésie, ou rejette l'autonomie spéciale proposée pour le Timor oriental, ce qui entraînerait la sécession du Timor oriental de l'Indonésie, conformément à l'Accord général, et de permettre au Secrétaire général de s'acquitter de la responsabilité qui lui est confiée au paragraphe 3 de l'Accord concernant la sécurité »<sup>137</sup>. La MINUTO organisa un référendum en 1999 pour donner au peuple le choix entre l'autonomie au sein du

---

<sup>135</sup> Ibid. Opinion dissidente du *Juge Skubiszweski*, op. cit.

<sup>136</sup> Résolution du Conseil de sécurité 1246 (1999) Doc des Nations Unies S/RES/1246 (1999) p. 2.

<sup>137</sup> Ibid.

territoire indonésien, ou l'indépendance. La majorité vota pour l'indépendance, mais les milices qui s'y opposaient, intervinrent avec violence ce qui coûta de nombreuses vies.

Le Conseil de Sécurité adopta la résolution 1272 (1999) le 25 octobre 1999 pour établir une Administration Transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO), laquelle était investie de la responsabilité d'administrer le Timor oriental avec une entière autorité législative et exécutive, y compris l'administration de la justice. Le mandat de l'ATNUTO était:

- a. Assurer la sécurité et le maintien de l'ordre sur l'ensemble du territoire du Timor oriental;
- b. Mettre en place une administration efficace;
- c. Aider à créer des services civils et sociaux;
- d. Assurer la coordination et l'acheminement de l'aide humanitaire, ainsi que de l'aide au relèvement et au développement;
- e. Appuyer le renforcement des capacités en vue de l'autonomie;
- f. Contribuer à créer les conditions d'un développement durable<sup>138</sup>.

L'ATNUTO administra le Timor oriental avec l'entière autorité législative et exécutive de 1999 jusqu'aux élections du 30 août 2001 et l'adoption de la première constitution le 22 mars 2002. Le Timor oriental devint indépendant le 20 mai 2002 sous la dénomination de Timor Leste. Il fut accueilli comme membre des Nations Unies le 27 septembre 2002<sup>139</sup>. En avril 2007, le Gouvernement de Timor Leste organisa des élections présidentielles, remportées par le Premier Ministre d'alors, Jose Ramos-Horta et le 30 juin 2007, il organisa les premières élections législatives depuis l'indépendance de 2002.

---

<sup>138</sup> Résolution du Conseil de Sécurité 1272 (1999) Doc des Nations Unies S/RES/1272 (1999) p. 2.

<sup>139</sup> *Basic Facts about the United Nations*, op. cit., p. 292.

### **C - Statut International du Sud-ouest africain de 1950**

Avant l'avis consultatif sur le *Timor oriental*, la CIJ avait déjà considéré le sujet de l'acquisition de territoire en violation du droit à l'autodétermination dans *l'Affaire de Namibie*, avis consultatif. L'affaire fut présentée à la CIJ, conformément à la résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité adoptée le 29 juillet 1970, demandant à la CIJ de donner son avis sur la question suivante: quelles seraient les conséquences légales pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ? Ceci dans le but d'assister ce dernier dans ses futures réflexions sur la question de la Namibie<sup>140</sup>.

Comme indiqué dans l'avis consultatif de la CIJ sur le *Statut International du Sud-ouest africain*<sup>141</sup>, l'Union sud-africaine, qui à cette époque était une colonie britannique,

---

<sup>140</sup> Affaire de *Namibie*, *op. cit.*, paragraphe 1 citant le texte de la résolution 284 (1970) comme suit :

« Le Conseil de sécurité,

Réaffirmant la responsabilité spéciale de l'Organisation des Nations Unies en ce qui concerne le territoire et le peuple de la Namibie,

Rappelant la résolution 276 (1970) du Conseil sur la question de Namibie,

Prenant note du rapport et des recommandations présentés par le Sous-comité *ad hoc* en application de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité,

Prenant note également de la recommandation du Sous-comité *ad hoc* touchant la possibilité de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice,

Considérant qu'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice serait utile au Conseil de sécurité. Pour continuer à examiner la question de la Namibie et pour la réalisation des objectifs recherchés par le Conseil,

1. Décide de soumettre, conformément au paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, la question suivante à la Cour internationale de Justice en demandant qu'un avis consultatif soit transmis au Conseil de sécurité à une date rapprochée:

«Quelles sont les conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité?»

2. Prie le Secrétaire général de transmettre la présente résolution à la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 65 du Statut de la Cour, en y joignant tout document pouvant servir à élucider la question ».

<sup>141</sup> *Statut International du Sud-ouest africain*, p. 128. L'avis consultatif a été envisagé par l'Assemblée générale suite à une résolution adoptée le 6 décembre 1948 déclarant :

« L'Assemblée générale,

Rappelant ses résolutions 65 (1) du 14 décembre 1946, 141 (II) du 1er novembre 1947 et 227 (III) du 26 novembre 1948, relatives au Territoire du Sud-ouest africain,

Considérant qu'il est souhaitable que l'Assemblée générale obtienne, pour poursuivre l'examen de cette question, un avis consultatif sur les aspects juridiques qu'elle présente,

était responsable du territoire du Sud-ouest africain, aujourd'hui la Namibie, selon un mandat conféré relativement à l'Article 22 de la convention de la Société des Nations. Le mandat sur le territoire du Sud-ouest africain a été confirmé par la Société des Nations le 17 décembre 1920<sup>142</sup>. Le territoire du Sud-ouest africain avait été sous domination coloniale allemande, avant de passer sous mandat de l'Union sud-africaine suite au Traité de Versailles, lequel reprenait tout droit et titres souverains de l'Allemagne sur ses territoires d'outre-mer en faveur des Alliés et puissances associées, à la fin de la Première Guerre Mondiale.

Le système des mandats instauré par l'Article 22 de la Société des Nations, était basé sur le principe de non annexion et de bien-être ainsi que de développement des peuples des territoires qui ne jouissaient pas encore de leur souveraineté sous forme d' « un trust de civilisation sacré ». Ces territoires devaient être placés sous un régime de tutelle par les « Nations avancées » ; le territoire du Sud-ouest africain fut placé sous tutelle de sa « Majesté Britannique, le Roi d'Angleterre, » devant être administré en son nom par l'Union sud-africaine, qui à cette époque, était encore une colonie britannique. Ce

---

1. I. *Décide* de soumettre les questions suivantes à la CIJ en la priant de donner un avis consultatif qui sera transmis à l'Assemblée générale avant sa cinquième session ordinaire, si possible :

« "Quel est le statut international du Territoire du Sud-ouest africain, et quelles sont les obligations internationales de l'Union sud-africaine qui en découlent, et notamment :

a) L'Union sud-africaine a-t-elle encore des obligations internationales en vertu du Mandat pour le Sud-ouest africain et, si tel est le cas, quelles sont-elles ?

b) Les dispositions du chapitre XII de la Charte sont-elles applicables au territoire du Sud-ouest africain et, dans l'affirmative, de quelle façon ?

c) L'Union sud-africaine a-t-elle compétence pour modifier le statut international du territoire du Sud-ouest africain ou, dans le cas d'une réponse négative, qui a compétence pour déterminer et modifier le statut international du territoire ? »

2. *Charge* le Secrétaire général de transmettre la présente résolution à la CIJ, conformément à l'article 65 du Statut de la Cour, et d'y joindre tout document pouvant servir à élucider la question.

Le Secrétaire général joindra notamment le texte de l'article 22 de la convention de la Société des Nations ; le texte du Mandat pour le Sud-ouest africain allemand, confirmé par le Conseil de la Société des Nations le 17 décembre 1920 ; les documents pertinents concernant les objectifs et les fonctions du Régime des Mandats; le texte de la résolution sur la question des Mandats, adoptée par la Société des Nations le 18 avril 1946 ; le texte des articles 77 et 80 de la charte, ainsi que des renseignements sur les débats auxquels ces articles ont donné lieu à la Conférence de San-Francisco et à l'Assemblée générale ; le rapport de la quatrième commission et les documents officiels, y compris les annexes, se rapportant à l'examen.

<sup>142</sup> *Statut International* du Sud-ouest africain, op. cit., paragraphe 2.

mandat conférait à l'Union sud-africaine les pleins pouvoirs administratifs et législatifs sur le territoire du Sud-ouest africain. Le système de mandat ne permettait pas, cependant, de céder le territoire ou de transférer la souveraineté au mandataire, dans ce cas précis l'Union sud-africaine. L'affaire fut introduite car l'Union sud-africaine affirmait que son mandat s'était écoulé avec la disparition de la Société des Nations, à qui avait succédé l'ONU<sup>143</sup>. La CIJ trouva que les responsabilités qui incombaient à l'Union sud-africaine vis-à-vis du territoire du Sud-ouest africain ne s'étaient pas évanouies avec la disparition de la Société des Nations<sup>144</sup>.

Elles s'étaient plutôt étendues dans le régime de tutelle de l'ONU, conformément à l'Article 80 de la Charte des Nations Unies<sup>145</sup>. L'Article 77 de cette Charte déclare que le système de tutelle va s'appliquer aux territoires encore sous régime de mandat, comme ce fut le cas du Sud-ouest africain. Un des objectifs du régime de tutelle était de promouvoir le développement progressif des peuples des territoires sous ce genre de régime, quitte à atteindre une autonomie politique<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> La CIJ a cité la Résolution de la Société des Nations adoptée le 18 avril 1946 p. 134 comme suit :  
« Rappelant que l'article 22 de la convention applique à certains territoires placés sous Mandat le principe selon lequel le bien-être et le développement des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne forment une mission sacrée de civilisation :

3. Reconnaît que la dissolution de la Société des Nations mettra fin à ses fonctions en ce qui concerne les territoires sous Mandat, mais note que des principes correspondant à ceux que déclare l'article 22 de la convention sont incorporés dans les chapitres XI, XII et XIII de la Charte des Nations Unies ;

4. Note que les *membres* de la Société administrant actuellement les territoires sous Mandat ont exprimé leur intention de continuer à les administrer, en vue du bien-être et du développement des peuples intéressés, conformément aux obligations contenues dans les divers Mandats, jusqu'à ce que de nouveaux arrangements soient pris entre les Nations Unies et les diverses Puissances mandataires. »

<sup>144</sup> *Statut international du Sud-Ouest africain*, op.cit., p. 133.

<sup>145</sup> L'Article 80 de la Charte des Nations Unies déclare:

A l'exception de ce qui peut être convenu dans les accords particuliers de tutelle conclus conformément aux Articles 77, 79 et 81 et plaçant chaque territoire sous le régime de tutelle, et jusqu'à ce que ces accords aient été conclus, aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme modifiant directement ou indirectement en aucune manière les droits quelconques d'aucun Etat ou d'aucun peuple ou les dispositions d'actes internationaux en vigueur auxquels des membres de l'ONU peuvent être parties.

Le paragraphe 1 du présent Article ne doit pas être interprété comme motivant un retard ou un ajournement de la négociation et de la conclusion d'accords destinés à placer sous le régime de tutelle des territoires sous mandat ou d'autres territoires ainsi qu'il est prévu à l'Article 77.

<sup>146</sup> Article 76 déclare que les objectifs du régime de tutelle sont les suivantes :

La CIJ, dans son avis consultatif de 1950 sur le *Statut International du Sud-ouest africain*, conclut que l'Assemblée générale des Nations Unies avait le pouvoir légal de reprendre le rôle de supervision de la Société des Nations au sujet des territoires sous mandat, y compris le Sud-ouest africain, et d'exiger que l'Union sud-africaine lui soumette des rapports comme stipulé par l'Article 73 de la Charte des Nations Unies<sup>147</sup>. La CIJ décida également que le peuple du territoire du Sud-ouest africain conservait les mêmes droits, ainsi stipulé par l'Article 80 de la Charte des Nations Unies, comme c'était le cas lors du régime de mandat de la Société des Nations<sup>148</sup>. Par conséquent, ils avaient le droit à l'autodétermination selon les Articles 1(2), 55 et 56 de la Charte des Nations Unies.

En plus d'avancer que le mandat d'administration du Sud-ouest africain s'était écoulé avec la disparition de la Société des Nations, l'Union sud-africaine prévoyait aussi d'annuler le statut international du Sud-ouest africain en demandant que le territoire soit reconnu internationalement comme faisant partie de l'Union sud-africaine. Elle avait transmis plusieurs courriers au Secrétaire général des Nations Unies, et avait fait des déclarations dans le quatrième comité de l'Assemblée générale des Nations Unies qui

- 
- (a) Affermir la paix et la sécurité internationales ;
  - (b) Favoriser le progrès politique, économique et social des populations des territoires sous tutelle ainsi que le développement de leur instruction; favoriser également leur évolution progressive vers la capacité à s'administrer eux-mêmes ou l'indépendance, compte tenu des conditions particulières à chaque territoire et à ses populations, des aspirations librement exprimées des populations intéressées et des dispositions qui pourront être prévues dans chaque accord de tutelle ;
  - (c) Encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, et développer le sentiment de l'interdépendance des peuples du monde ;
  - (d) Assurer l'égalité de traitement dans le domaine social, économique et commercial à tous les membres de l'ONU et à leurs ressortissants; assurer de même à ces derniers l'égalité de traitement dans l'administration de la justice, sans porter préjudice à la réalisation des fins énoncées ci-dessus, et sous réserve des dispositions de l'article 80.

<sup>147</sup> Ibid. p. 137 et 143.

<sup>148</sup> Ibid.

était en charge de la décolonisation, déclarant ouvertement son intention d'intégrer le territoire.

Avant l'avis consultatif de la CIJ sur le *Statut International du Sud-ouest africain*, l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, suite à la demande d'intégration du territoire du Sud-ouest africain comme partie intégrante du territoire de l'Union sud-africaine, rejeté cette demande à travers les résolutions 65 (I) du 14 décembre 1946. L'Assemblée générale des Nations Unies déclara dans cette résolution « qu'avec la satisfaction que l'Union sud-africaine, en présentant l'affaire devant l'Assemblée générale des Nations Unies, reconnaissait les intérêts et les soucis des Nations Unies dans les affaires concernant le futur des territoires actuellement tenus sous le régime de mandat », elle n'était cependant pas « capable d'accéder à l'incorporation du Sud-ouest africain dans l'Union sud-africaine<sup>149</sup> ». La résolution alla plus loin et demanda que le territoire soit mis sous tutelle internationale des Nations Unies. La résolution 141 (II) adoptée le 1er novembre 1947, nota que l'Union sud-africaine avait décidé de ne pas poursuivre l'incorporation du territoire.

La CIJ conclut que l'Union sud-africaine n'avait pas la compétence de modifier unilatéralement le statut international du *Sud-ouest africain*. Pour prendre une telle décision, le Gouvernement de l'Union sud-africaine devait requérir l'approbation des Nations Unies<sup>150</sup>.

#### **D - L'Affaire de Namibie, 1971**

Le thème du débat dans l'avis consultatif de 1971 sur la *Namibie* était que malgré plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et la Résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité condamnant la présence de l'Union sud-africaine en

---

<sup>149</sup> Affaire de *Namibie*, p 40.

<sup>150</sup> Ibid. p. 141 – 145.

Namibie - le nouveau nom du Sud-ouest africain - et lui ordonnant de quitter le territoire, l'Afrique du Sud continua d'occuper le territoire et imposa même le système d'*apartheid* sur ses habitants.

L'Afrique du Sud continua de revendiquer son droit à administrer la Namibie malgré l'avis consultatif de la CIJ de 1950 sur le *Statut International du Sud-ouest africain*. Par exemple, l'Afrique du Sud avancera lors des audiences que son droit d'administrer le territoire n'émanait pas du mandat, qui selon elle était invalidée par la disparition de la Société des Nations, mais était en fait basé sur : « (a) sa conquête à l'origine; (b) sa longue occupation; (c) la continuation du trust sacré résultant des accords de 1920; et finalement (d) le fait que son administration est présente pour l'intérêt des habitants du territoire, qui par ailleurs la souhaitent. Dans ces circonstances, le Gouvernement sud-africain ne peut pas accepter qu'une autre organisation ou un autre Etat puisse avoir un meilleur titre sur le territoire<sup>151</sup> ». Plusieurs Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies furent adoptées entre 1950 et 1970 sur la question de la Namibie, incitant l'Afrique du Sud à renoncer d'une part à administrer le territoire contre les décisions des Nations Unies et d'autre part à soumettre les habitants de la Namibie au système d'*apartheid*<sup>152</sup>.

Vu qu'aucune des résolutions ne produisit l'effet escompté, l'Assemblée générale des Nations Unies adopta la résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966, mettant fin au mandat de l'Union sud-africaine pour l'administration de la Namibie, plaçant ainsi le territoire sous la responsabilité des Nations Unies<sup>153</sup>. Ce fut un événement sans

---

<sup>151</sup> Affaire de Namibie, p. 43.

<sup>152</sup> Le juge Ammoun dans son opinion dissidente discute longuement de ce que le régime de ségrégation raciale que le gouvernement sud-africain imposait non seulement en Afrique du Sud mais aussi en Namibie nécessitait. Voir p. 79 - 85 de son opinion dissidente.

<sup>153</sup> Les parties pertinentes de la résolution 2145 déclarent :  
« *Convaincu* que l'administration du territoire sous mandat a été assurée d'une manière contraire au mandat, à la charte des Nations Unies et à la déclaration universelle des droits de l'homme



précédent, car les Nations Unies n'avaient jamais pris la décision d'administrer un territoire auparavant. Normalement, cette décision était prise par une puissance administrante et non par les Nations Unies. Après la Namibie, le territoire du Timor oriental sera administré par les Nations Unies, comme faisant partie du processus vers l'acquisition de son indépendance.

Lorsque l'Afrique du Sud refusa de quitter la Namibie comme requis dans la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, cette dernière prit la décision de recourir au Conseil de sécurité qui à son tour passa quatre résolutions, à savoir celle de 1968 et trois autres en 1969 condamnant la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie malgré les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Conseil de sécurité. En 1970, le Conseil de Sécurité adopta la résolution 276 (1970) déclarant la présence de l'Afrique du Sud comme occupation illégale, et demandant aux Etats membres des Nations Unies d'agir en conséquence. La résolution 284 (1970) du Conseil de sécurité demandait à son tour à la CIJ de donner son avis consultatif sur les Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité.

La CIJ dans son avis consultatif de 1971 sur la *Namibie* décida que l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2145 (XXI) avait mis à fin au mandat de l'Afrique du Sud en conséquence à une violation d'un des principes les plus fondamentaux du droit international selon lequel si une partie prenante dans une relation internationale ne s'acquitte pas de ses obligations, elle perd automatiquement les droits

---

(...) que tous les efforts faits par les Nations Unies pour amener le Gouvernement sud-africain à respecter ses obligations en ce qui concerne l'administration du Territoire sous mandat et à assurer le bien-être et la sécurité des autochtones du pays ont été inutiles, (...)

*Déclare* que l'Afrique du Sud a failli à ses obligations en ce qui concerne l'administration du territoire sous mandat, n'a pas assuré le bien-être moral et matériel et la sécurité des autochtones du Sud-ouest africain et a, en fait, dénoncé le Mandat ;

qui lui revenaient dans cette relation<sup>154</sup>. La CIJ décida également que « la présence continue de l’Afrique du Sud [en Namibie] était illégale, que l’Afrique du Sud était sous obligation de retirer son administration de la Namibie immédiatement afin de mettre fin à son occupation du territoire »<sup>155</sup>. De 1978 à 1989, la Namibie fut administrée par le *Groupe d'assistance* des Nations Unies pour la période de *transition* en Namibie (GANUPT) jusqu’au jour de son indépendance en 1990<sup>156</sup>.

## SECTION II - LES « PEUPLES » AYANT DROIT A L’AUTODETERMINATION

Le droit des peuples à l’autodétermination s’appliquait traditionnellement aux peuples sous le régime colonial. Les Nations Unies définissent une colonie comme une entité d’outre-mer, territoriale et politique sous le régime du colonialisme. Le 25 juin 1993, les représentants de 171 Etats ont adopté par consensus la Déclaration et le Programme d’action de Vienne de la Conférence mondiale sur les droits de l’homme étendant ainsi le droit à l’autodétermination aux peuples sous domination ou occupation étrangère<sup>157</sup>. L’Article 2 de la déclaration et du programme d’action de Vienne stipule que :

« Tous les peuples ont le droit de disposer d’eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel. Compte tenu de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d’autres formes de domination ou d’occupation étrangères, la Conférence mondiale sur les droits de

---

<sup>154</sup> Affaire de *Namibie* paragraphe 91.

<sup>155</sup> Ibid., paragraphe 133 p. 58

<sup>156</sup> *Basic Facts about the United Nations*, p. 289. La GATNU a supervisé les premières élections nationales, la démobilisation de tous les mouvements armés, la création de l’Assemblée Constituante et l’adoption de la Constitution de février 1990. La Namibie devint indépendante en mars 1990.

<sup>157</sup> Nations Unies, conférence mondiale sur les droits de l’homme, déclaration de Viennes et programme d’action, 31 ILM 1669 (1993). Voir parmi les documents des Nation Unies sur le sujet E/CN4/2005/1/Add.1, 5 p. 9.

l'homme reconnaît que les peuples ont le droit de prendre toute mesure légitime, conformément à la Charte des Nations Unies, pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Elle considère que le refus du droit à l'autodétermination est une violation des droits de l'homme et souligne qu'il importe que ce droit soit effectivement réalisé ».

La déclaration de Vienne a ainsi étendu le droit à l'autodétermination aux peuples sous domination ou occupation étrangère. Ceux-ci incluaient les territoires arabes occupés ainsi que le peuple sud-africain noir opprimé par le régime de l'*apartheid*. C'est peut-être ce type de formulation du droit à l'autodétermination qui le rend attrayant pour les divers groupes qui le demandent, car ils estiment être sous domination étrangère.

La déclaration de Durban, adoptée lors de la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et autres formes d'intolérance raciales en août 2001 énonçait :

« Réaffirmant le principe de l'égalité de droits et d'autodétermination des peuples et rappelant que tous les individus naissent libres et égaux en dignité et en droits, Soulignant que cette égalité doit être protégée à titre hautement prioritaire et constatant le devoir incombant aux États de prendre rapidement des mesures appropriées et fermes pour éliminer toutes les formes de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée »<sup>158</sup>.

Un grand débat avait précédé l'adoption des déclarations de Vienne et de Durban car les peuples autochtones avaient revendiqué leur droit en tant que « peuples » à l'autodétermination. Les Nations Unies avaient eu recours au terme

---

<sup>158</sup> Rapport de la Conférence Mondiale contre le Racisme, la Discrimination Raciale, la Xénophobie et l'Intolérance qui y est associée, Durban, 31 août au 8 septembre 2001 UN Doc. A/CONF.189/12.

« d'autodétermination » pour l'affaire du régime d'*apartheid* et des territoires arabes occupés en Palestine pour mettre fin à une domination étrangère ou à des politiques racistes et oppressives. Les bénéficiaires de la décolonisation politique sont, par conséquent, les peuples et les territoires colonisés ou dépourvus d'autonomie, ainsi que les peuples sous domination ou occupation étrangère.

L'UNESCO, l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture a défini le terme peuple comme suit :

« Un groupe d'individus qui jouissent des caractéristiques suivantes : une tradition historique commune, une identité ethnique ou raciale, une homogénéité culturelle, une unité linguistique, des affinités religieuses ou idéologiques, une connexion territoriale, une vie économique commune ».

Les Nations Unies ainsi que d'autres organisations régionales des droits de l'homme ne donnent cependant pas une définition précise du terme « peuple » pour servir en droit international dans le contexte de l'autodétermination politique, doute pour éviter les revendications intempestives à l'autodétermination. En réalité, plusieurs groupes de personnes différents trouvent que ce terme est utile dans leur quête pour obtenir d'autres droits, d'où le long débat concernant la question de savoir si une population autochtone devrait être considérée comme un « peuple » en droit international. Les Nations Unies ont pourtant une certaine notion du « peuple » dans le contexte du droit à l'autodétermination, comme étant une population avec une unité politique distincte, un territoire délimité et ayant un contexte historique colonial ou d'occupation étrangère récente<sup>159</sup>.

Gudmundur Alfredsson affirme cependant que l'attention semble être centrée sur l'élément géographique, par exemple la colonie, le territoire occupé, la province fédérale

---

<sup>159</sup> G. ALFREDSSON, 'Different Forms of and Claims to the Right of Self-Determination' in *Self-Determination: International Perspectives*, *op.cit.*, p.59.

plutôt que sur la nation, le peuple, le groupe ethnique. Par exemple, dans les provisions de la Charte des Nations Unies faisant référence aux territoires non autonomes à savoir la résolution 1514 (XV) de 1960 contenant la déclaration de l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples colonisés, dans la résolution 1541 (VX) de 1960 ainsi que dans le principe d'*Uti Posseditis* adopté par la Charte de l'OUA<sup>160</sup>. Le juge Dillard a toutefois déclaré lors de l'avis consultatif sur le *Sahara Occidental* « qu'il appartient au peuple de déterminer la destinée d'un territoire et non au territoire de déterminer la destinée du peuple ».

L'autodétermination est par conséquent un droit des peuples. Il s'agit d'un droit collectif. Il ne s'applique pas aux minorités qui jouissent de « droits de groupes » et non de droits collectifs. Les minorités sont perçues comme des groupes, jouissant de droits individuels en tant que membre d'un groupe ou de plusieurs groupes. Les minorités n'ont pas droit à l'autodétermination, puisque celui-ci s'applique aux peuples sous domination coloniale ou étrangère. Le Rapporteur Spécial des Nations Unies, Caportorti, dans une étude des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à une minorité religieuse, ethnique ou linguistique définit une minorité comme :

« Un groupe qui est numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat et dans une position non dominante, dont les membres ont des caractéristiques religieuses, ethniques ou linguistiques qui les distinguent du reste de la population qui, même si c'est seulement de façon implicite, garde un sentiment de solidarité, dirigé vers la sauvegarde de leurs culture, tradition, religion et langue »<sup>161</sup>.

Les quatre caractéristiques d'une minorité sont donc :

a. Un groupe de taille réduite par rapport au reste de la population ;

---

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> F. CAPORTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1977, UNP Sales No E.91.XIV.2. Les autres Traités des Nations Unies qui protègent les droits des minorités incluent la convention de 1948 contre le génocide ; la convention de l'UNESCO contre la discrimination dans l'éducation ; la convention des Nations Unies de 1965 contre toutes formes de discrimination raciale ; la convention des Nations Unies contre toutes formes de discrimination contre la femme ; etc.

- b. Un groupe existant au sein d'un Etat ;
- c. Un groupe dans une position non dominante<sup>162</sup> ;
- d. Un groupe qui maintient ou souhaite garder des caractéristiques religieuses, ethniques et linguistiques différentes du reste de la population.

Le système des Nations Unies protège les droits des minorités sous l'Article 27 du PIDCP, qui déclare :

« Dans les Etats où les minorités ethniques, religieuses et linguistiques existent, les personnes appartenant à de telles minorités ne doivent pas se voir privées du droit, en communauté avec les autres membres de leur groupe, de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur religion, ou d'utiliser leur langue ».

***PARAGRAPHE I - Protection des droits collectifs au sein du système africain des droits de l'homme : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples***

L'OUA comptait parmi ses principes fondamentaux la nécessité d'éradiquer le colonialisme et l'émancipation de tous les territoires africains du colonialisme. L'UA, fait également référence aux « droits des peuples ». L'Article 3 alinéa (h) de l'Acte Constitutif de l'UA déclare que l'un des objectifs de l'UA est la protection des droits de l'homme et des peuples.

La Charte africaine a été adoptée en 1981 et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986, environ 20 ans après l'adoption des pactes PIDCP et PIDESC. Contrairement aux pactes des Nations Unies de 1966 (le PIDCP et le PIDESC), la Charte africaine ne fait pas

---

<sup>162</sup> La population blanche sud-africaine ne serait pas en mesure de revendiquer la protection au niveau du système international, puisque même si elle est minoritaire en nombre par rapport à la majorité noire, elle était autrefois en position de domination et a forcé la majorité noire à prendre la position de « minorité inverse ». Les Nations Unies ont déclaré que l'*apartheid* était un crime contre l'humanité, adoptant la convention internationale sur la Suppression et la répression du Crime d'*apartheid* en 1973.

mention de l'ordre hiérarchique des droits (droits de première et de deuxième génération) comme c'est le cas des conventions des Nations Unies qui disent que les droits civils et politiques sont de première génération alors que les droits économiques, sociaux et culturels sont de deuxième génération.

Le terme « peuples » apparaît dans bon nombre d'Articles de la Charte africaine, notamment les Articles 19 et 24, ainsi que dans le préambule. Ceci montre que depuis le début, l'instrument était censé protéger les droits collectifs. La réunion des experts pour la rédaction de la Charte africaine montre le raisonnement autour du terme « peuples » inclus dans le texte de la Charte. Le principe fondamental guidant la rédaction préliminaire était que la Charte devait refléter la conception africaine des droits de l'homme, la philosophie africaine du droit<sup>163</sup> et être à mesure de répondre aux besoins de l'Afrique. Le principe de l'égalité des peuples était réaffirmé. Elle est « opposée à toute tentative par un peuple d'en dominer un autre, quelle que soit son importance »<sup>164</sup>.

#### ***A- Les droits collectifs contenus dans les Articles 19 à 23 de la Charte africaine***

Les Articles 2 à 8 de la Charte africaine reconnaissent les droits individuels. Par exemple, chaque individu a le droit de jouir des droits et des libertés reconnues et garantis dans la présente charte sans discrimination aucune<sup>165</sup>... Les Articles de la

---

<sup>163</sup> L'OUA, réunion des experts pour la préparation du projet de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Dakar, Sénégal, 28 novembre au 8 décembre 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1. Le document déclare : « La conception d'un individu qui est complètement libre et complètement irresponsable et opposé à la société n'est pas compatible à la philosophie africaine ».

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> L'Article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981-1986). Le texte complet déclare :

« Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation».

deuxième partie de la Charte, à savoir les Articles 19 - 24 reconnaissent les « droits collectifs ». Ils déclarent :

Article 19

« Tous les peuples sont égaux ; ils jouissent de la même dignité et ont les mêmes droits. Rien ne peut justifier la domination d'un peuple par un autre ».

Article 20: l'autodétermination

« 1. Tout peuple a droit à l'existence. Tout peuple a un droit imprescriptible et inaliénable à l'autodétermination. Il détermine librement son statut politique et assure son développement économique et social selon la voie qu'il a librement choisie.

2. Les peuples colonisés ou opprimés ont le droit de se libérer de leur état de domination en recourant à tous moyens reconnus par la Communauté internationale.

3. Tous les peuples ont droit à l'assistance des Etats parties à la présente Charte, dans leur lutte de libération contre la domination étrangère, qu'elle soit d'ordre politique, économique ou culturel ».

L'Article 21 déclare :

« 1. Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.

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

3. La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s'exerce sans préjudice de l'obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l'échange équitable, et les principes du droit international.

4. Les Etats parties à la présente Charte s'engagent, tant individuellement que collectivement, à exercer le droit de libre disposition de leurs richesses et de leurs



ressources naturelles, en vue de renforcer l'unité et la solidarité africaines.

5. Les Etats, parties à la présente Charte, s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales ».

Article 22 :

« 1. Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l'humanité.

2. Les Etats ont le devoir, séparément ou en coopération, d'assurer l'exercice du droit au développement ».

Article 23 alinéa (1)

« Les peuples ont droit à la paix et à la sécurité tant sur le plan national que sur le plan international. Le principe de solidarité et de relations amicales affirmé implicitement par la Charte de l'Organisation des Nations Unies et réaffirmé par celle de l'Organisation de l'Unité Africaine est applicable aux rapports entre les Etats ».

### ***B- Jurisprudence de la Commission Africaine***

La Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples « la Commission » a été établie d'après l'Article 30 de la Charte africaine<sup>166</sup>. Malgré son obligation d'interpréter toutes les clauses de la Charte africaine conformément à l'Article 45 alinéa

---

<sup>166</sup> Article 30 :

« Une commission africaine des droits de l'homme et des Peuples, désignée dans ce texte par 'la commission' sera établie au sein de l'OUA pour promouvoir les droits de l'homme et des peuples et assurer leur protection en Afrique ».

(3) de cette Charte<sup>167</sup>, la Commission Africaine a initialement choisi de ne pas interpréter le concept de « peuples ». La charte africaine elle-même ne définit pas ce concept. Dans un premier temps, la Commission Africaine n'a pas souhaité développer une jurisprudence sur le concept des « peuples » car il existait peu de jurisprudence internationale. Ni le PIDCP ni le PIDESC ne définissent le terme « peuples »<sup>168</sup>. Certains pourraient affirmer que la jurisprudence de la Commission Africaine se réfère aux droits des groupes et non aux droits collectifs des peuples comme tel, ou que la Commission Africaine a brouillé la limite entre les droits de groupes et les droits collectifs des peuples<sup>169</sup>.

La Commission Africaine a pris des décisions relevant de la protection de droits spécifiques d'une population au sein d'un Etat indépendant. Par exemple, quand elle est intervenue dans l'affaire dirigée contre le Gouvernement mauritanien sur les accusations de discrimination contre sa population noire, elle a fait recours à l'interprétation de l'Article 17 de la Charte africaine<sup>170</sup> selon lequel :

« La langue fait partie intégrante de la structure de la culture ; elle en constitue en effet le pilier et le moyen d'expression par excellence. Son usage enrichit l'individu et lui permet d'avoir un rôle actif dans la communauté et ses activités. Priver un homme de cette participation revient à le priver de son identité<sup>171</sup> ».

---

<sup>167</sup> Article 45 alinéa (3) : la Commission africaine a pour mission de:

« Interpréter toute disposition de la présente Charte à la demande d'un Etat partie, d'une Institution de l'OUA ou d'une Organisation africaine reconnue par l'OUA ».

<sup>168</sup> MURRAY, *'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems'*, *African Human Rights Law Journal* Centre for Human Rights, Juta Law, 2.

<sup>169</sup> G. ALFREDSSON, *Autonomy and Human Rights*, p.39.

<sup>170</sup> L'Article 17 de la Charte africaine stipule :

« 2. Toute personne peut prendre part librement à la vie culturelle de la Communauté.  
3. La promotion et la protection de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté constituent un devoir de l'Etat dans le cadre de la sauvegarde des droits de l'homme ».

<sup>171</sup> *Collectif des Veuves et Ayants-droits, Association Mauritanienne des Droits de l'homme c. Mauritanie*, débattu dans le 13<sup>ème</sup> rapport d'activités de la Commission africaine 1999-2000, ACHPR/RTP/13th, Annexe V, paragraphe 137.

La Commission Africaine a interprété l'Article 19 de la Charte africaine<sup>172</sup>, lequel protège un « peuple » de la domination d'un autre « peuple » pour signifier que la discrimination contre les Noirs mauritaniens était une domination d'un groupe sur un autre en Mauritanie. La Commission Africaine a interprété l'Article 23 alinéa (1)<sup>173</sup>, qui donne aux « peuples » le droit à la paix et à la sécurité afin de protéger les villages de Noirs mauritaniens contre les attaques des autres membres de la population mauritanienne. Dans un autre exemple, la Commission Africaine a décidé que la Shari'a ne devait pas s'appliquer aux peuples non-musulmans<sup>174</sup>.

Quant à l'Article 20 sur l'autodétermination, la Commission Africaine a reçu la communication 75/92 du *Congrès du Peuple Katangais c. Zaïre*<sup>175</sup>. Le Président du Congrès du Peuple Katangais avait amené une communication sous l'angle de l'Article 20 alinéa (1) de la Charte africaine pour affirmer le droit du peuple du Katanga de l'ex-Zaïre (aujourd'hui République Démocratique du Congo) à l'autodétermination. Si la Commission Africaine n'a pu se prononcer sur la question d'autodétermination à cause de problèmes techniques, il n'a pas été prouvé que le Président du Congrès du Peuple Katangais ait la compétence de soumettre la communication au nom de tout le peuple Katangais ; le fait que la Commission Africaine ait accepté de recevoir la communication prouve qu'elle était préparée à prendre position sur un problème des droits d'un « peuple » au sein d'un Etat indépendant.

---

<sup>172</sup> L'Article 19 stipule :

« Tous les peuples sont égaux ; ils jouissent de la même dignité et ont les mêmes droits. Rien ne peut justifier la domination d'un peuple par un autre. »

<sup>173</sup> L'Article 23 alinéa (1) stipule:

« *Tous les peuples ont droit à la paix et à la sécurité nationale et internationale. Le principe de solidarité et des relations amicales implicitement affirmées par la charte des Nations Unies et réaffirmées par la Charte de l'OUA doivent régir les relations entre les Etats.* »

<sup>174</sup> *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Comité des juristes pour les droits humains, Association des membres de la conférence épiscopale pour l'Afrique de l'est c. Soudan, 13<sup>ème</sup> Rapport d'activités de la Commission africaine 1999-2000, ACHPR/RTP/13th, Annexe V.*

<sup>175</sup> *Compilation des Décisions relatives aux Décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Extrait des rapports d'activités de la Commission 1994-1999., 3<sup>e</sup> ed. , Institute for Human Rights and Development, 2000.*

L'Article 62 de la Charte africaine demande aux Etats membres de soumettre tous les deux ans des rapports sur les mesures qu'ils ont prises pour l'exécution des dispositions de la charte africaine<sup>176</sup>. La Commission Africaine établit les lignes directrices en rapport avec la signification, la portée et le poids des droits des peuples reconnus par les Articles 17 alinéa (2), 19 à 20 de la Charte africaine. Les lignes directrices demandent aux Etats de prendre des mesures spécifiques orientées vers la promotion de l'identité culturelle. Il est demandé aux Etats de prendre des mesures et des programmes destinés à « promouvoir la connaissance et la jouissance de l'héritage culturel des groupes ethniques nationaux et des minorités ainsi que des peuples autochtones<sup>177</sup> ». La Commission Africaine n'a déclaré que les droits contenus dans les Articles 21 et 22, lesquels traitent respectivement du droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles ainsi que du droit au développement économique, social et culturel :

« Consistent à s'assurer que les richesses matérielles des pays ne sont pas exploitées par des étrangers ou pour pas ou peu de profit revenant aux pays africains. L'établissement de mécanismes pourra contrôler l'exploitation des ressources naturelles par des entreprises étrangères et strictement en opposition avec le bénéfice économique et matériel revenant au pays »<sup>178</sup>.

Au sujet du droit au développement, qui est un droit des « peuples », la Commission Africaine a déclaré qu'elle : « réaffirme que le droit au développement incluant le droit des individus est un droit inaliénable humain par vertu duquel la personne humaine a le

---

<sup>176</sup> L'Article 62 de la Charte africaine stipule:

« *Tout Etat est tenu de soumettre tous les deux ans, à partir de la date de l'entrée en vigueur de cette charte, un rapport sur les mesures législatives ou autres prises dans le but de donner effet aux droits et libertés reconnus et garantis dans cette charte.* »

<sup>177</sup> Commission Africaine: 417-8.

<sup>178</sup> Deuxième rapport d'activités de la commission africaine, ACHPR/RTP/2ND, Annexe XII, paragraphe II.6

droit de participer, de contribuer et de jouir du développement économique, social et politique de la société »<sup>179</sup>.

### ***C- Pratique de la Commission africaine sur les problèmes relatifs aux droits des peuples autochtones***

Alors que le centre du débat au sein des Nations Unies était de déterminer si les peuples autochtones répondaient au concept de « peuples » et s'ils avaient par là le droit de revendiquer leur droit à l'autodétermination, le débat au sein de la Commission Africaine consistait à savoir si le concept de peuple autochtone s'applique au continent africain ou non. Signalons que la même question se pose pour le continent asiatique. Beaucoup d'hommes politiques africains continuent à soutenir que tous les Africains sont autochtones du continent et qu'aucun groupe ne peut par conséquent se prétendre autochtone.

Malgré cela, la Commission Africaine a récemment pris des mesures sérieuses pour s'attaquer à ce problème, et ce, malgré l'hostilité de certains hommes politiques africains qui affirment que le concept de peuple autochtone ne s'applique pas à l'Afrique. La Commission Africaine a résolu, au cours de sa 25<sup>ème</sup> session ordinaire qui s'est tenue à Bujumbura, au Burundi, de conduire une étude sur la protection des peuples autochtones en Afrique<sup>180</sup>. Au cours de sa 28<sup>ème</sup> session ordinaire, elle a adopté une

---

<sup>179</sup> Cité par MURRAY, *The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000*, p. 2.

<sup>180</sup> *Indigenous Affairs*, Groupe International de travail sur les affaires indigènes (IWGIA) avril, mai, juin 1999, p. 53. Pendant qu'il était Secrétaire de la commission africaine, le Dr B. Pityana joua un rôle-clé pour l'établissement d'un ordre du jour sur les droits des peuples autochtones en Afrique à la 26<sup>ème</sup> session ordinaire de la commission africaine tenue à Kigali, au Rwanda du 1<sup>er</sup> au 15 novembre 1999. Le Dr Pityana vit la tâche à laquelle la commission africaine faisait face, comme le besoin de (a) définir ou clarifier les problèmes d'après la façon dont ils s'appliquent à l'Afrique, (b) identifier la portée, l'application et la signification des articles 19 – 24 de la charte africaine [traitant des droits des 'peuples' parmi d'autres droits à auto-détermination, (c) trouver les moyens par lesquels les Etats africains peuvent être sensibilisés sur les problèmes de savoir si les tensions ethniques, les conflits civils et les violations des droits de l'homme sont à éviter. La commission africaine a depuis adopté le rapport du Groupe de Travail des Experts sur les Affaires des Populations/Communautés Autochtones publié par la commission africaine et l'IWGIA en 2005. Voir le rapport sur le même sujet. Voir

résolution sur les droits des peuples/communautés autochtones en Afrique. La conférence s'est tenue à Cotonou, au Bénin, du 23 octobre au 6 novembre 2000<sup>181</sup>.

Pour la première fois, lors de la présentation des rapports des Etats au cours de sa 29<sup>ème</sup> session, la Commission Africaine a interrogé les Etats sur les mesures qu'ils avaient prises pour la protection des populations autochtones au sein de leurs territoires respectifs<sup>182</sup>. Depuis lors, le sujet « peuples autochtones » demeure à l'ordre du jour de

---

aussi *The Indigenous World, 2004*, IWGIA, 2004. En 2005, le Groupe de Travail a effectué des visites sur terrain au Botswana et en Namibie. Il a également effectué des recherches et des visites au Burundi, en Libye et en République Démocratique du Congo. Voir *The Indigenous World, 2005*, IWGIA, 2005.

<sup>181</sup> Quatorzième rapport d'activité annuel *Fourteenth Annual Activity Report (2000- 2001)* de la *African Commission africaine* à l'Assemblée des chefs d'Etats et de Gouvernement de l'OUA, *37<sup>ème</sup> to the Assembly of Heads of State and Government of the OAU, 37th Ordinary Session ordinaire,/Fifth Ordinary Session of the AEC*, 9 11 juillet 2001, Lusaka, Zambie, AHG/229 (XXXVIII). La résolution énonce :

La commission africaine des droits de l'homme et des peuples à sa 28<sup>ème</sup> session ordinaire, à Cotonou au Bénin du 23 octobre au 6 novembre 2000 :

« Rappelant qu'à sa 26<sup>ème</sup> session tenue à Kigali au Rwanda, la commission a constitué un Comité composé de trois commissaires pour étudier la question des peuples autochtones en Afrique et soumettre un rapport conséquent.

*Ayant reconsidéré* le problème et ses implications,

Résout de :

1. Etablir un groupe de travail d'experts sur les droits des populations ou des communautés autochtones en Afrique ;
2. Etablir un groupe de travail composé de deux membres de la Commission africaine, dont l'un sera désigné comme le convocateur, et deux experts des droits de l'homme et des questions relatives aux populations autochtones ;
3. Donner la mission suivante au groupe de travail :
  - Examiner le concept des populations et communautés autochtones en Afrique
  - Etudier les implications de la charte africaine sur les droits de l'homme et des Peuples et le bien-être des communautés autochtones particulièrement en ce qui concerne :
    - Le droit à l'égalité (Article 2 et 3)
    - Le droit à la dignité (Article 5)
    - La protection contre la domination (Article 19)
    - autodétermination (Article 20) et
    - La promotion du développement et de l'identité culturelle (22)
  - Donner les recommandations appropriées pour l'observation et la protection des droits des communautés autochtones
4. Mettre au point une proposition budgétaire pour mobiliser des donateurs de fonds afin de couvrir le coût et les charges du groupe de travail ;
5. Préparer un rapport de progrès qui sera soumis à la 30<sup>ème</sup> session ordinaire de la commission ».

<sup>182</sup> Rapport Interne du Groupe de Travail International sur les Affaires Autochtones (IWGIA) à la 29<sup>ème</sup> Session de la commission africaine, p. 9.

la Commission Africaine. En 2003, à Niamey, la Commission africaine a adopté son document de cadre conceptuel et a également encouragé, entre autres, les populations autochtones à demander à participer aux travaux de la Commission comme observateurs, à présenter des communications au sein de la Commission, et à entamer des relations de travail avec les Etats membres concernés par le sujet des peuples autochtones<sup>183</sup>. En 2006, un certain nombre d'organisations qui défendent les droits des peuples autochtones ont été accrédités par la Commission Africaine.

***PARAGRAPHE II - La déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones***

Avant 2007, l'applicabilité du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones était largement discutée<sup>184</sup>. La croissance du mouvement visant à promouvoir les droits des peuples autochtones au sein du système des Nations Unies a vu un nombre d'universitaires et même des autochtones eux-mêmes défendre le fait que le droit à l'autodétermination s'applique également aux peuples autochtones et qu'un refus de l'appliquer relève du racisme. Par exemple, lors de la 5<sup>ème</sup> session du groupe de travail sur la rédaction de la déclaration, le comité des autochtones a donné son point de vue sur la terminologie « peuples autochtones ». Ils ont proposé une annexe au rapport « officiel » final de la session mais elle n'a pu être prise en compte qu'au cours du rapport de la 6<sup>ème</sup> session sous forme d'annexe II, intitulée: « Proposition par les représentants autochtones ». Une note explicative à l'annexe II déclare notamment :

« Il ne peut y avoir de doute que nous sommes des peuples avec des identités historiques, politiques et culturelles distinctes. Nous sommes unis par notre histoire en tant que sociétés distinctes, par notre langue, nos lois et nos traditions. En outre,

---

<sup>183</sup> B. PITYANA, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Issue of Indigenous Peoples, Indigenous Affairs, avril, mai, juin 1999*, p. 49.

<sup>184</sup> J. ANAYA, p.3 ; E. A DAES, p.67 ; B. KINGSBURY, p.19 ; et P. THORNBERRY, p. 51.

les profondes relations sociales, culturelles, économiques et spirituelles des populations autochtones avec nos terres, nos territoires et nos ressources sont uniques. Les populations autochtones constituent sans doute des peuples selon toute signification légale, politique, sociale, culturelle et ethnologique du terme. Il serait discriminatoire, illogique et non scientifique de nous identifier dans la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Populations Autochtones à tout autre chose que des peuples ...

Nous insistons pour que les Nations Unies appliquent toujours leurs critères universellement et équitablement, qu'elles nous octroient les mêmes droits qu'aux autres peuples du monde, qu'elles agissent sans préjudice ni discrimination. Nous ne pouvons pas souscrire, ni maintenant ni à l'avenir, eu égard à la déclaration, à toute qualification, explication, définition, mise entre parenthèses ou entre crochets ou en notes de bas de page au terme peuples autochtones ou peuples.

Le terme peuples autochtones est bien établi au sein des pratiques juridiques nationales et internationales et a été employé constamment par les spécialistes en traités droits de l'homme des Nations Unies. Enfin, depuis la création de la commission du groupe de travail sur les droits de l'homme sur la déclaration en 1995, plusieurs Etats ont accepté l'usage du terme peuples indigènes »<sup>185</sup>.

Avant l'analyse de la revendication des peuples autochtones pour le droit à l'autodétermination, il serait utile de savoir qui sont les peuples autochtones à l'origine cette revendication. Le système des Nations Unies ne définit pas le terme « peuples autochtones. » Les deux actes juridiques des Nations Unies qui contiennent « les droits des peuples autochtones » sont la convention 107 de l'OIT de 1957<sup>186</sup> ainsi que la

---

<sup>185</sup> Cité dans *Indigenous World 2000-2001*, Groupe de travail international sur les affaires indigènes (IWGIA), p. 444.

<sup>186</sup> La convention de l'OIT 107 de 1957, intitulée : *Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries* affirme qu'elle s'applique à :  
 (a) Membres de populations tribales ou semi-tribales dans des pays indépendants dont les conditions économiques et sociales sont à un niveau moins avancé par rapports aux autres sections de la population



convention 169 de l'OIT de 1989<sup>187</sup>. Bien qu'elle soit intitulée « convention sur les peuples autochtones et tribaux » et qu'elle fasse usage du terme « peuples », l'Article 1 de la convention 169 de l'OIT de 1989 déclare expressément que son usage n'a aucune implication sur le droit international<sup>188</sup>.

En 1986, les Nations Unies ont publié le rapport de M. José Martínez Cobo intitulé « Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones », qui avait été engagé en 1971 par la Sous-commission des Nations Unies pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités afin d'étudier le problème de discrimination contre les populations autochtones. Son rapport a donné une définition au terme « peuples autochtones » comme suit:

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominant à présent sur leurs

---

nationale, et dont le statut est régulé partiellement ou totalement par leurs propres coutumes ou traditions ou par des lois ou réglementations spéciales ;

(b) Membres de populations tribales ou semi-tribales dans des pays indépendants qui sont considérés comme autochtones sur la base de leur parenté avec des populations qui ont occupé le pays où ils sont, ou une région géographique à laquelle le pays appartient, au moment de la conquête ou de la colonisation et qui, indépendamment à leur statut juridique, vivent plus en conformité avec les institutions sociales, économiques et culturelles de l'époque, qu'avec celles de la nation dont ils sont membres.

<sup>187</sup> La convention de l'OIT 169 de 1989, intitulée *Convention sur les peuples autochtones et tribaux* déclare qu'elle s'applique à :

(a) Populations tribales dans des pays indépendants, dont les conditions sociales, économiques et culturelles les distinguent des autres sections de la communauté nationale, et dont le statut est régulé totalement ou partiellement par leurs propres coutumes ou traditions ou par des lois et des réglementations spéciales.

(b) Populations dans des pays indépendants, qui sont considérés comme autochtones sur la base de leur parenté avec des populations qui ont habité le pays, ou une région géographique à laquelle le pays appartient, au moment de la conquête ou de la colonisation ou l'établissement des frontières de l'Etat présent et qui, indépendamment à leur statut juridique, gardent certaines ou toutes leurs institutions sociales, culturelles et politiques.

<sup>188</sup> Le texte de l'Article, paragraphe 3 stipule :

« L'usage du terme 'population' dans cette convention ne devrait pas être interprété comme ayant une quelconque implication en ce qui concerne les droits qui y sont liés en droit international ».

territoires ou parties de ces territoires. Ce sont aujourd'hui des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures le territoire de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques ».

Cette continuité historique peut consister dans le maintien, pendant une longue période jusqu'ici ininterrompue, de l'un des facteurs suivants ou de plusieurs :

- « a) l'occupation des terres ancestrales ou d'au moins une partie de ces terres ;
- b) l'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres ;
- c) la culture en général ou sous certaines de ses manifestations ;
- d) la langue ;
- e) l'implantation dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde ;
- f) d'autres facteurs pertinents » <sup>189</sup>.

En 1995, le groupe de travail sur les populations autochtones a développé une définition de travail du terme « peuples autochtones » d'après un ensemble de lignes directrices. Elle stipule un nombre de facteurs qui ne doivent pas être présents à un moment donné. Les quatre facteurs sont :

- (a) Priorité temporelle relativement à l'occupation et à l'usage d'un territoire spécifique ;

---

<sup>189</sup> Le rapport sorti en 1983 mais publié en 1986, reflète l'approche prise dans la convention de l'OIT 107 de 1957. Il s'agit d'une l'approche qui met en exergue l'occupation originale d'un territoire au moment de la colonisation ou de la conquête. L'étude de Martinez Cobo : document de l'ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7, et add.1-4, vol I, p. 10-12.

- (b) Perpétuation volontaire d'une distinction culturelle, laquelle peut inclure les aspects de la langue, les valeurs religieuses et spirituelle, l'organisation sociale, les modes de production, les lois et institutions ;
- (c) L'auto identification, aussi bien que la reconnaissance par d'autres groupes, ou par les autorités de l'Etat, en tant que collectivité distincte ; et
- (d) Une expérience d'assujettissement, marginalisation, dépossession, exclusion ou discrimination, persistante ou non<sup>190</sup>.

L'avant-projet de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones a été l'objet de discussions par le groupe de travail sur les populations autochtones et c'est le groupe de travail d'intersession de 1992 qui a été chargé de le préparer. Ceci a suscité d'intenses débats car les peuples autochtones insistent pour que le droit à l'autodétermination leur soit attribué en tant que « peuples » sans qualificatifs supplémentaires. L'Article 3 de l'avant-projet, version 1993 de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, est allé jusqu'à utiliser la formulation de l'Article 1 commun aux pactes PIDCP et PIDESC, remplaçant les mots « tous les peuples » par « peuples autochtones. » Cet Article déclare :

« Les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, elles doivent librement déterminer leur statut politique et poursuivre librement leur développement économique, social et culturel »<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> E. DAES, Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Stephen Allen dans son article « Looking Beyond the Bancoult Cases » p. 429 a résumé les différents critères proposés par des chercheurs comme Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury et l'ancien rapporteur du Groupe de travail des Nations Unies pour les populations autochtones, Erica-Irene Daes et a présenté les sept critères suivants :

- (a) Attachement commun au « territoire »;
- (b) Préséance historique ;
- (c) Forte perturbation, bouleversement et exploitation;
- (d) « Continuité historique »;
- (e) Oppression / exclusion actuelle par les groupes dominant;
- (f) Groupes ethniques/ culturels distincts ; et auto-identification entant que peuples autochtones.

<sup>191</sup> Document de l'ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/29, Annexe 1.

L'Article 31 de cette version déclare :

« Les peuples autochtones, pour exercer leur droit à l'autodétermination de manière spécifique, ont droit à l'autonomie ou à l'autonomie de Gouvernement, dans leurs affaires internes ou locales, y compris la culture, la religion, l'éducation, l'information, les médias, la santé, le logement, l'emploi, le bien-être social, les activités économiques, la gestion de la terre et des ressources, l'environnement et l'entrée sur leur territoire par des non membres, aussi bien que les moyens et les voies pour le financement de ces activités autonomes<sup>192</sup> ».

Cette formulation qui assimile le terme « peuples autochtones » au terme « peuples » dans le contexte de la revendication du droit à l'autodétermination a entraîné de sérieux débats, lesquels à leurs tours ont mené à l'impasse qui a bloqué l'avancement de la préparation du projet de la déclaration. Plus bas se trouvent quelques-uns des débats académiques sur le sujet jusqu'à l'adoption de la Déclaration sur les Droits des Populations Autochtones par l'Assemblée générale en date du 12 septembre 2007<sup>193</sup>.

Plusieurs universitaires en droit ont proposé leurs opinions sur la question. Parmi eux, James Anaya, Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury et Erica-Irene Daes. James Anaya avance que l'autodétermination devrait être perçue comme un droit humain et par conséquent pris en considération au-delà de la dimension des Etats et de leurs relations avec d'autres Etats<sup>194</sup>. Il défend plus loin que le terme "peuples" faisant référence à ceux qui sont bénéficiaires de ce droit devrait être flexible et s'appliquer aux êtres humains. Selon James Anaya, les répercussions de cette approche sont que :

---

<sup>192</sup> Document de l'ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/29, op. cit., paragraphe 80.

<sup>193</sup> La Déclaration sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à sa 61<sup>ème</sup> session, comme élément 68 sur l'ordre du jour, le 12 Septembre 2007. Voir Document de l'ONU A/61/L.67

<sup>194</sup> J. ANAYA, p.5.

- « (1) l'autodétermination soit perçue comme « un droit inhérent aux êtres humains, bien que dans le sens plus large ils seraient collectivement appelés « peuples » ;
- (2) comme tout autre droit de l'homme, qu'il s'applique universellement et également à tous les segments de l'humanité ; et
- (3) qu'il puisse être pris en considération séparément des autres normes des droits de l'homme ».

Cette approche voit l'autodétermination comme un concept qui a évolué au sein de la pratique des Nations Unies depuis son application initiale à la décolonisation et plus tard à la Déclaration des Nations Unies qui proclamé le régime de l'*apartheid* en Afrique du Sud illégitime en raison du droit à l'autodétermination de la majorité noire du pays. James Anaya avance par conséquent que l'autodétermination devrait s'appliquer aux peuples autochtones étant donné la pratique actuelle des Nations Unies. Cette approche est basée sur des concepts de liberté et d'égalité qui sont considérés comme applicables à tous les éléments de l'humanité, individuellement et collectivement<sup>195</sup>. Le séparant de ce qu'il appelle formes importantes d'autodétermination (le processus de décolonisation et le démantèlement du régime d'*apartheid* en Afrique du Sud), l'aspect réparateur de l'autodétermination est censé viser « des arrangements spécifiques selon les contextes pour assurer la survie des institutions politiques et culturelles propres à ces peuples au sein des Etats dans lesquels ils vivent<sup>196</sup> ».

Benedict Kingsbury a avancé que l'autodétermination devrait être révisée afin d'éviter une approche de destruction de l'Etat, qui implique que l'exercice de l'autodétermination mène presque toujours à l'indépendance, à une approche relationnelle d'autodétermination, qui considère l'autodétermination comme une relation

---

<sup>195</sup> Ibid., p. 8.

<sup>196</sup> Ibid., p. 13.

entre l'Etat et la communauté<sup>197</sup>. Kingsbury a déclaré : « les relations entre entités autonomes (et leurs institutions) requièrent un cadre de gouvernance complexe, souvent incorporé dans un accord formel ou dans des dispositions législatives ou constitutionnelles, lesquelles, bien que formellement unilatérales, peuvent au fur et à mesure du temps nécessiter le consentement de tous les groupes concernés avant leur amendement »<sup>198</sup>.

Des exemples d'une approche relationnelle du concept d'autodétermination ont été donnés lorsque le Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme prit en considération les rapports des Etats sous le PIDCP, qui applique aux peuples autochtones l'Article 1 commun au PIDCP et au PIDESC<sup>199</sup>. L'augmentation progressive du nombre des Etats soutenant l'applicabilité du concept de peuples autochtones témoigne de l'acceptation grandissante de ce concept et de son applicabilité<sup>200</sup>.

L'ancien rapporteur principal du groupe de travail des Nations Unies sur les populations autochtones, Erica-Irène Daes, avance que l'autodétermination devrait être vue comme un processus continu permettant à tous les peuples d'être capable de renégocier continuellement les termes de leurs relations, leur permettant de coexister paisiblement<sup>201</sup>. Cette approche considère l'autodétermination comme « la liberté pour les peuples autochtones de bien vivre, de vivre selon leurs propres valeurs et croyances devant être respectées par leurs voisins non autochtones<sup>202</sup> ».

Patrick Thornberry avance également que le comité des droits de l'homme a étendu le concept d'autodétermination de son application strictement territorial lors de la décolonisation à son application aux « peuples » au sein d'Etats indépendants, lesquels

---

<sup>197</sup> B. KINGSBURY, p.26.

<sup>198</sup> Ibid., p. 28.

<sup>199</sup> Document de L'ONU, A/39/40 p. 142 -143.

<sup>200</sup> B. KINGSBURY, op. cit., p.32.

<sup>201</sup> E. DAES, op. cit., p.79.

<sup>202</sup> E. DAES, p.79.

incluent les peuples autochtones<sup>203</sup>. Il avance également que même s'il y a certains bénéfices et désavantages pour les peuples autochtones à continuer d'asseoir leurs droits au sein du concept d'autodétermination, il est possible d'éloigner le concept de autodétermination de la fascination pour la sécession et de l'adapter à de plus larges notions de dignité humaine et de solidarité<sup>204</sup>. Rodolfo Stavenhagen voit quant à lui le concept d'autodétermination comme un droit qui devrait demeurer disponible pour s'exercer à tout moment et une seule fois comme s'il s'agissait d'une denrée épuisable<sup>205</sup>.

Le besoin d'équilibrer le principe d'autodétermination avec la non-violation des frontières des Etats est l'un des arguments que les Etats utilisent pour lutter contre l'extension illimitée du droit à l'autodétermination aux peuples autochtones vivant au sein des Etats indépendants. Il y a lieu de craindre que cela puisse mener à des mouvements de sécession<sup>206</sup>. Les peuples autochtones ont constamment avancé que leur revendication du droit à l'autodétermination n'est pas motivée par un besoin de se séparer des Etats au sein desquels ils vivent, mais qu'il s'agit plutôt d'une tentative d'affirmer leur droit à l'autodétermination, en tant que droit applicable à tous les « peuples », autochtones inclus<sup>207</sup>.

Gudmundur Alfredsson donne des exemples d'autodétermination comme suit : décolonisation politique; libération des territoires occupés ; séparation ou unification d'Etats par consentement ; revendication par des peuples autochtones concernés. Il propose que la non-représentation des peuples autochtones au sein des Gouvernements et leurs droits puissent avoir un aspect externe et interne. Les revendications suivantes sont alors considérées comme faisant partie de la catégorie d'autodétermination

---

<sup>203</sup> P. THORNBERRY, p.47.

<sup>204</sup> Ibid, 64.

<sup>205</sup> R. STAVENHAGEN, 5.

<sup>206</sup> Ibid., p.3.

<sup>207</sup> E. A DAES, op. cit., p.78. Cette crainte que l'octroi du droit à autodétermination aux peuples autochtones puisse mener à des sécessions est considérée comme injustifiée.

interne : (a) autonomie des minorités, (b) autodétermination culturelle et économique, (c) démocratie et autres droits politiques, (d) systèmes politiques et autres arrangements nationaux<sup>208</sup>. Il avance que ce que les peuples autochtones semblent être en train d'affirmer lorsqu'ils revendiquent leur droit à l'autodétermination est en effet une expression du droit à l'autonomie, qui rentre dans le contexte des droits politiques à un niveau local, par exemple autonomie de Gouvernement, autonomie de gestion, règles locales, etc.<sup>209</sup>

Gudmundur Alfredsson avance plus loin que cela ne sert pas la cause des peuples autochtones de continuer à asseoir leur revendication dans un cadre d'autodétermination et qu'il convient d'appeler les choses par leur nom, par exemple, l'autodétermination est un droit des « peuples » et les populations autochtones ne devraient pas revendiquer leur autonomie sous la bannière d'autodétermination<sup>210</sup>. Il adopte dès lors l'opinion que les peuples autochtones sont en effet des groupes quand il s'agit du contexte du droit international, avec des droits de groupes qui sont la fondation des considérations d'autonomie<sup>211</sup>. Les droits de groupes peuvent être territoriaux ou personnels.

De plus, Gudmundur Alfredsson avance que l'aspect territorial s'applique dans le cas où le groupe en question est concentré dans une zone géographique spécifique, alors que l'aspect personnel s'applique dans le cas où les membres du groupe sont éparpillés sur une large zone ou lorsqu'ils sont mélangés avec des membres d'un autre groupe<sup>212</sup>. L'un des exemples illustrant le cas de l'autonomie dans un aspect personnel est celui des membres de l'Assemblée des Salmis en Norvège qui sont autorisés à se faire élire ou à

---

<sup>208</sup> G. ALFREDSSON, *Different Forms of and Claims to the Right of Self-Determination* p.58

<sup>209</sup> G. ALFREDSSON, *Autonomy and Human Rights*, p.39. Voir aussi P. THORNBERRY, p.56 présentant une discussion hypothétique entre un étudiant et un professeur essayant de comprendre ce que les autochtones seraient en fait en train de revendiquer selon le droit international lorsqu'ils revendiquent leur droit à l'autodétermination.

<sup>210</sup> Ibid p.40.

<sup>211</sup> Ibid, p.36.

<sup>212</sup> Ibid, p.40.



élire les membres de l'Assemblée Salmi quelque soit leur lieu de résidence en Norvège<sup>213</sup>. Alfredsson se pose néanmoins la question de savoir si le système d'administration locale accordé aux Groenlandais n'est pas une façon d'éviter la décolonisation et « la question d'autodétermination externe de plus en plus grandissante<sup>214</sup> ». Il se demande si les Groenlandais et les autres peuples autochtones ne seraient des « peuples » « pour qui s'appliquerait l'autodétermination externe, plutôt que d'être considérés comme des peuples autochtones au sein de leurs pays respectifs »<sup>215</sup>.

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 a mis fin au débat pour savoir si les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination et a également réglé le problème de l'intégrité territoriale des Etats. Alors que la Convention 169 de l'OIT de 1989 avait qualifié le droit des populations autochtones de droit des « peuples » en droit international, l'Article 1 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones précise que les populations autochtones ont des droits individuels et collectifs. L'argument de Gudmundur Alfredsson selon lequel les droits autochtones sont des droits collectifs d'après le droit international n'est plus d'actualité. L'Article 1 étend également tous les droits de l'homme applicables en droit international aux populations autochtones sans aucune qualification. L'Article 1 déclare que :

« Les peuples autochtones ont le droit à la jouissance totale, en tant que collectif ou individus, de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnues par la Charte des Nations Unies, la DUDH et le droit international de l'homme ».

L'Article 2 traite spécifiquement du fait que les peuples indigènes ont les mêmes droits que tous les autres peuples. Il déclare :

---

<sup>213</sup> G. ALFREDSSON, the Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries, dans *Heidelberg Journal of International Law*, Max Planck Institute for International Human and People's Rights, Sonderabdruck aus Band 59, No 2, 1999 p. 529, 530.

<sup>214</sup> Ibid. p.531.

<sup>215</sup> Ibid.

« Les peuples et les individus autochtones sont libres et égaux à tous les autres peuples et individus et ont le droit d'être protégés contre toute sorte de discrimination dans l'exercice de leurs droits, en particulier, ceux basés sur leur origine ou identité autochtone ».

L'Article 3 adapte l'Article 1 commun au PIDCP de 1966 et au PIDESC de 1966 en le citant presque à la lettre. Il est très similaire à la version de 1993 du projet de la Déclaration, qui avait été très débattu lors des sessions du Groupe de Travail des Nations Unies sur les populations autochtones, ce qui a mené à un très grand retard dans l'adoption de la Déclaration. Il déclare :

« Les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, elles déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel ».

Les Articles 4 et 5 traitent des droits des peuples autochtones à l'autodétermination, l'autonomie et l'autonomie de Gouvernement. L'Article 4 déclare :

« Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont droit à l'autonomie ou à l'autonomie de Gouvernement dans les problèmes relatifs à leurs affaires internes et locales, aussi bien que pour les voies et moyens requis pour le financement de leurs fonctions autonomes ».

L'Article 5 leur permet de maintenir leurs institutions politiques, sociales et culturelles aussi bien que juridiques tout en choisissant de participer à la vie politique de l'Etat. Le texte énonce :

« Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leur institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles, tout en gardant le droit de participer totalement, s'ils en ont le souhait, à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'Etat ».

On pourrait avancer que l'Article 4 limite en fait l'exercice du droit des peuples autochtones à l'autodétermination à l'autonomie et à l'autonomie de Gouvernement dans les problèmes liés aux affaires internes et locales et par conséquent ne leur permet pas réellement d'avoir le droit à « l'autodétermination externe ». D'autres comme Gudmundur Alfredsson pourraient avancer que la déclaration a floué la ligne entre l'autodétermination proprement dite et l'autonomie.

La crainte des Etats que les peuples autochtones pourraient exercer leur droit à l'autodétermination d'une manière qui pourrait menacer l'intégrité territoriale des Etats a été abordée dans l'Article 46 de la Déclaration, qui déclare :

« Dans cette Déclaration, rien ne doit être interprété comme impliquant pour un quelconque Etat, peuple, groupe ou personne, le droit de s'engager dans des activités ou d'exécuter tout acte contraire à la Charte des Nations Unies, ou interprété comme autorisant ou encourageant toute action qui démembrerait ou déséquilibrerait, totalement ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique des Etats souverains et indépendants ».

Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination doit par conséquent être équilibré par la protection de l'intégrité territoriale des Etats souverains et indépendants. La clause de limitation, en l'occurrence l'Article 46 alinéa 2, déclare que toute limitation des droits inclus dans la déclaration devra se faire relativement aux obligations internationales des droits de l'homme, ne devra pas être discriminatoire et devra être strictement nécessaire ou protéger la reconnaissance méritée des droits et libertés des autres.

## CHAPITRE II- APPLICATION DU DROIT A L'AUTODETERMINATION AUX TERRITOIRES NON AUTONOMES SITUES DANS LES ILES ISOLEES

Même si le Royaume-Uni s'est défait de la plupart de ses territoires d'outre-mer, qui font aujourd'hui partie du *Commonwealth*, il a gardé un bon nombre de territoires non autonomes, la plupart d'entre eux étant de petites îles. En Jamaïque, qui fait partie du Commonwealth, le *Conseil Privé* est encore la dernière instance d'appel du pouvoir judiciaire. Les territoires qui sont actuellement non autonomes et dont la souveraineté revient toujours au Royaume-Uni sont: les Iles Malouines (Falkland), Guernesey, Jersey, Anguilla, les Iles Vierges Britanniques, les Iles Caïmans, Gibraltar, Montserrat, île Sainte Hélène & ses dépendances, les îles Turks-et-Caïcos. Maintenant que le Royaume-Uni ne peut plus imposer son autorité coloniale de façon non déguisée sur ces territoires d' « outre-mer », on pourrait se poser la question de savoir pourquoi il tient quand même à garder la main mise sur ces petites îles. En ce qui concerne l'archipel des Chagos, l'objectif est purement et simplement de fournir à son allié de longue date, les Etats-Unis, accès et influence sur l'océan Indien, en dehors de tout contrôle politique par un Etat africain ou asiatique.

Il apparaît que la raison pour laquelle le Royaume-Uni veut garder la main mise sur ces territoires est également de protéger les intérêts des colons qui sont principalement d'origine européenne. Le Royaume-Uni a toujours été préparé à défendre, en utilisant des moyens militaires si nécessaire, ce qu'il a appelé la violation de sa souveraineté sur les Iles Malouines (Falkland), occupées par des ressortissants européens. Le Royaume-Uni avance qu'en agissant de la sorte, il prend soin des intérêts de la population, dont les droits et les intérêts doivent être protégés. En plus de sa contestation des

revendications argentines sur les Iles Malouines (Falkland) depuis maintenant trois siècles, le Royaume-Uni est entré en guerre contre l'Argentine au sujet de la déclaration unilatérale de la souveraineté argentine sur ce territoire au début des années 1980<sup>216</sup>.

Après la Seconde Guerre Mondiale, l'opinion internationale étant fermement opposée aux idées d'esclavage et de colonialisme, les Etats-Unis se sont rendu compte qu'il n'était plus possible d'utiliser les mêmes idéologies pour se bâtir un empire et s'imposer comme nouvelle super puissance économique. Alors que le Royaume-Uni et les autres puissances coloniales s'étaient davantage investis dans l'établissement de structures administratives parallèles et avaient été impliquées dans de nombreux conflits sanglants avec les peuples colonisés, les Etats-Unis choisirent de faire usage de formes moins évidentes de colonialisme. Ceci en acquérant plusieurs petites îles isolées et peu peuplées pour atteindre leurs intérêts stratégiques qui sont d'avoir accès aux ressources pétrolières et entreprendre des activités militaires sans rencontrer d'obstacles. Les Etats-Unis d'Amérique ont plusieurs « possessions » dans les îles du Pacifique, de l'océan Indien et des Caraïbes. Nous examinerons quelques uns de ces territoires qui n'ont pas encore accédé à l'indépendance, pour voir comment les Etats-Unis abordent la question de l'autodétermination dans ces territoires, étant donné qu'ils ne sont pas considérés comme une puissance coloniale mais plutôt comme une « puissance impérialiste ». Plusieurs de ces îles isolées ont été acquises et continuent à être conservées par les Etats-Unis à des fins militaires et économiques.

La question est de savoir si des territoires tels que les Iles Malouines (Falkland), Gibraltar ou le *Territoire britannique de l'océan Indien* /archipel des Chagos ont droit à l'autodétermination. Les différents lieux de controverse sont : premièrement, les trois territoires ont été acquis par des traités de concession, et non par conquête.

---

<sup>216</sup> R. DOLZER, *The Territorial Status of the Falklands (Malvinas): Past and Present*; P. BECK, *The Falkland Islands As an International Law Problem*; Ian J. STRANGE, *The Falkland Islands* ; et B. GOUGH *The Falkland Island/Malvinas*.

Deuxièmement, l'absence d'une population autochtone permanente sur les trois territoires signifierait-elle que ceux-ci ne remplissent pas les conditions pour avoir droit à l'autodétermination ? Troisièmement, l'absence d'une population permanente, comme c'est le cas dans l'archipel des Chagos, signifie-t-il que le territoire n'est pas considéré comme non autonome, même si cette absence est le résultat de l'expulsion forcée des Chagossiens par le Gouvernement britannique qui leur refuse le droit d'y retourner ? Quatrièmement, qu'en est-il de Gibraltar et des Malouines où une population est installée de façon permanente, mais il ne s'agit pas d'une population autochtone mais de descendants d'anciens colons britanniques ? Finalement, le Royaume-Uni en tant que puissance coloniale peut-il revendiquer le droit à l'autodétermination au nom des citoyens britanniques qui vivent en territoire argentin et espagnol ? Deux questions auxiliaires se posent : En Argentine, la population dominante est essentiellement constituée d'anciens colons (Espagnols). En outre, l'Espagne, tout comme le Royaume-Uni, sont d'anciennes puissances coloniales. L'Espagne insiste sur le fait que la présence continue du Royaume-Uni à Gibraltar est une atteinte à son intégrité territoriale. Existe-t-il une hiérarchie entre l'autodétermination des peuples et le droit des Etats à l'intégrité territoriale ? Si comme l'affirme le juge Ammoun, il n'appartient pas au territoire de déterminer le destin du peuple mais au peuple de déterminer le destin du territoire, alors, les Chagossiens ont droit à l'autodétermination même s'ils ont été expulsés de force de leur territoire.

***PARAGRAPHE I - L'autodétermination pour les peuples des territoires insulaires des Etats-Unis***

Après la guerre hispano-américaine, les Etats-Unis ont acquis des territoires insulaires comme butin de guerre. Les possessions américaines actuelles sont les territoires du Porto Rico, les Samoa américaines, Guam, les Mariannes-Du-Nord, les îles Vierges, la Micronésie, les îles Marshall et Palau. La relation entre ces territoires et les

Etats-Unis ne correspond pas parfaitement avec le concept de colonisation. Même si certains d'entre eux ont obtenu des statuts tels que « membres du Commonwealth » ou « Etat librement associé », ils restent sous le contrôle politique du Gouvernement américain, ce contrôle étant plus évident dans certains territoires que dans d'autres.

En plus d'accorder un certain statut politique à ces territoires dans le but de déguiser leur constant contrôle, les Etats-Unis ont également accordé à leurs habitants la citoyenneté et la nationalité américaines tout en les rendant économiquement dépendant pour réduire au minimum leur aspirations à l'indépendance complète et à devenir des Etats à part entière<sup>217</sup>.

Il faut également noter que les Etats-Unis ont réussi à imposer des activités militaires sur ces territoires insulaires même au moment où ils étaient sous la tutelle des Nations Unies. Ceci malgré la « mission sacrée de civilisation » confiée par les Nations Unies aux puissances administrantes afin d'assurer le bien-être des populations des territoires sous-tutelle. De 1946 à 1958, les essais nucléaires réalisés dans les îles Marshall ont dévasté l'environnement et causé des ravages à la santé de ses populations. Au moment de ces essais, les îles Marshall faisait partie des territoires des îles du Pacifique sous tutelle des Etats-Unis (TTPI)<sup>218</sup>.

Ediberto Roman et Theron Simmons soutiennent que les Etats-Unis ont utilisé trois outils hégémoniques pour dominer les populations de leurs territoires insulaires avec très peu, voir aucune opposition soit de leur part, soit de la communauté internationale. Ces outils sont : (a) accorder moins que la citoyenneté américaine à part entière aux populations de ces territoires et de ce fait, donner l'impression qu'elles appartiennent

---

<sup>217</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 447.

<sup>218</sup> Les îles Marshall, qui faisaient partie de la Micronésie ont été placée sous tutelle des Etats-Unis en tant que territoire sous tutelle des îles du Pacifique (TTPI). Les Etats-Unis étaient chargés d'administrer le territoire jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'accéder à l'autodétermination. Les Etats-Unis avaient également le pouvoir d'y établir une base militaire. La Marine américaine avait un contrôle administratif direct sur ces îles jusqu'à 1951. David Vine, *Island of Shame*, p. 53.

aux Etats-Unis ; (b) accorder à certains des territoires le statut de « membre du Commonwealth » ou d' « Etat librement associé » etc. qui est assez proche de l'indépendance mais en réalité, il ne s'agit là que d'un moyen permettant aux Etats-Unis de continuer à diriger ces territoires afin de satisfaire leurs intérêts stratégiques ; et (c) rendre les territoires économiquement dépendant des Etats-Unis pour anéantir leur quête d'indépendance<sup>219</sup>.

Lorsque les Etats-Unis ont accordé à Palau le statut d' « Etat librement associé », ils ont procédé à une expropriation pour des causes militaires<sup>220</sup>. Les Etats-Unis ont refusé de négocier pour qu'il soit inscrit dans la constitution que Palau est exempt de nucléaire, ils ont affirmé qu'ils devraient avoir le droit de permettre le passage des navires qui fonctionnent à l'énergie nucléaire ainsi que des avions et des navires munis d'armes nucléaires afin de s'acquitter de leurs obligations de défense<sup>221</sup>. Les Etats-Unis se sont comportés de la même manière dans les territoires de Guam, les îles Marshall, le Porto Rico etc. Les Etats-Unis dictent les conditions selon lesquelles ces territoires insulaires peuvent accéder à l'autodétermination, pour s'assurer qu'à la fin, leurs intérêts stratégiques ne soient pas compromis.

Le pays qui aujourd'hui est connu sous l'appellation d'Etats-Unis d'Amérique a été fondé à la suite de la domination sur les populations indigènes de ce territoire, les Indiens d'Amérique, également appelés Américains natifs, au moyen de procédés qui vont du génocide à la conquête militaire en passant par la signature de traités avec les tribus indiennes dont la plupart n'ont pas été respectés par la suite. Les pères fondateurs des Etats-Unis d'Amérique ont réservé à leur pays, constitués par la suite, le droit d'étendre son territoire et d'y admettre de nouveaux Etats. Au XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, les Etats-Unis ont étendu leur territoire de 13 Etats à 50, en usant de la « Territorial

---

<sup>219</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 441.

<sup>220</sup> Ibid., p. 485.

<sup>221</sup> Ibid.



Clause » (la clause relative au territoire) qui figure dans la Constitution américaine. La « Territorial Clause », chasse gardée du Gouvernement fédéral, avait pour but à l'origine d'acquérir de nouveaux Etats qui deviendraient membres des Etats-Unis. Cette clause ne garantissait cependant pas que les Etats ainsi associés soient entièrement incorporés et considérés au même titre que les autres membres au sein du corps politique américain. La race de la population vivant dans l'Etat a ensuite été l'un des facteurs déterminant dans le choix de l'incorporation d'un Etat aux Etats-Unis. C'était particulièrement le cas des territoires insulaires dont la population n'était pas de descendance européenne, elle était ainsi considérée comme inférieure et indigne d'obtenir la citoyenneté américaine à part entière.

Les territoires insulaires qui n'avaient pas été acquis comme butin de guerre à la fin de la guerre hispano-américaine ont à l'origine été acquis à travers la « Territorial Clause » dans une tentative de déguiser la réelle nature des accords politiques en quelque chose d'autre que le colonialisme. Ainsi, un territoire nouvellement acquis devait passer par une période de « tutelle » avant l'incorporation. C'est seulement après que le nombre requis de personnes de sexe masculin de descendance européenne s'est installé sur le territoire, que le Congrès américain juge le territoire prêt à être admis, le territoire peut ainsi devenir un Etat membre des Etats-Unis, souvent lorsque le Congrès vote pour le traité applicable à cet effet<sup>222</sup>. La plupart des territoires ont été admis et/ou incorporés au corps politique des Etats-Unis de cette manière.

---

<sup>222</sup> William A. Sutherland, *Notes on the Constitution of the United States 596* (1904) cité par Ediberto Roman, *Membership Denied*, p. 449 et Henry Campbell Black, *Handbook of American Constitutional Law 19* (3<sup>e</sup> édition, 1910) cité par le même auteur p. 452. Article IV, Section 3, clause 2 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique stipule ce qui suit:

« Le Congrès aura le pouvoir de disposer du territoire ou de toute autre propriété appartenant aux États-Unis, et de faire à leur égard toutes lois et tous règlements nécessaires; et aucune disposition de la présente Constitution ne sera interprétée de manière à préjudicier aux revendications des Etats-Unis ou d'un Etat particulier ».

Les différents termes de cette définition peuvent être interprétés comme suit :

Le terme « territoire » dans le contexte de cette disposition correspond au mot « terre » et les mots « du territoire » renvoient au seulement au territoire qui appartient aux Etats-Unis au moment de l'adoption de cette Constitution et les propriétés acquises ultérieurement étant sujettes à la législation du Congrès comme lié

Après la guerre hispano-américaine, l'acquisition des territoires à forte densité de population de descendance non-européenne ou jugés inappropriés à l'installation de populations anglo-saxonnes à cause du climat, comme c'est le cas pour le Porto Rico, Vieques et Guam, s'est faite pour des raisons autres que celle de leur accorder la possibilité de devenir des Etats américains à part entière<sup>223</sup>. Ils ont été acquis principalement pour pouvoir y effectuer des exercices et des expériences militaires dangereux pour l'environnement et la santé des populations. Il a donc été offert à ces territoires des formes limitées d'autodétermination qui garantissent de ce fait le libre accès des Américains à leurs territoires pour la réalisation de leurs objectifs militaires<sup>224</sup>.

Les territoires qui ne convenaient pas à l'établissement des populations anglo-saxonnes motivaient peu les Etats-Unis à octroyer à leurs populations, dont la majorité n'était en aucune façon anglo-saxonne, la citoyenneté américaine à part entière. Par exemple, les Philippines ont été reléguées à un statut autre que celui d'Etat américain parce que les Philippines autochtones, qui étaient considérés comme inférieurs de par leur race<sup>225</sup>, et qui étaient de loin plus nombreux que les descendants des colons espagnols

---

à sa possession. « disposer » signifie vendre les terres, ou plutôt rassembler des fonds provenant de la vente et « lois nécessaires » comprend toutes les lois appropriées y compris l'adoption de toutes les lois nécessaires pour sécuriser les droits des Etats-Unis d'Amérique sur les terres publiques pour parer à leur vente et éviter qu'elles soient soumises à l'impôt.

<sup>223</sup> Rubin Francis Weston, *Racism in US Imperialism: The influence of Racial Assumptions on American Foreign Policy, 1893 – 1946*, at 188 - 189 (1972), cite par Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied*, p.452.

<sup>224</sup> L'acquisition d'Hawaii était différente en ce sens qu'il a été annexé par le Congrès américain juste avant la guerre hispano-américaine, et il lui a été accordé de devenir un Etat américain à part entière malgré le fait qu'il soit peuplé principalement de Chinois, de Japonais et d'Hawaiens autochtones. Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 455.

<sup>225</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 452 cite un rapport du Congrès américain qui décrit les Philippines comme des gringalets de courte taille, à la peau noire, aux cheveux assez bouclés, nez épaté, lèvres épaisses et gros pieds disgracieux.

aux Philippines, étaient considérés comme des non-Blancs et par conséquent non-civilisés et non-américains<sup>226</sup>.

La Cour Suprême des Etats-Unis a soutenu que des territoires comme le Porto Rico n'étaient « que des possessions du Nouvel Empire »<sup>227</sup>. Ainsi la Constitution américaine s'applique pas au Porto Rico, à Guam et aux autres petits territoires insulaires américains puisqu'ils n'ont pas été « incorporés ». Les citoyens de ces territoires n'ont pas la citoyenneté américaine à part entière, ils ne peuvent pas participer aux élections présidentielles américaines et leurs représentants au Congrès ne peuvent pas voter<sup>228</sup>. Malgré cela, les habitants du Porto Rico pensent qu'ils sont citoyens américains et servent fièrement dans l'armée américaine. Dans la culture dominante aux Etats-Unis on ne considère pas les Portoricains comme des Américains mais on les voit plus comme des « voisins et amis »<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, P. 452. Certains spécialistes partagent également les inclinaisons racistes du Congrès américain pour justifier l'assujettissement des populations qui ne sont pas de descendance européenne à un statut inférieur au statut de citoyen américain à part entière. Voir pour les exemples Simeon E. Baldwin, *the Constitutional Question Incident to the Acquisitions and Government by the USA of Island Territories*, 12 Harvard Law Review (1899) 393 p. 415 cité par Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 454 ou se trouve le commentaire suivant:

Notre Constitution a été écrite par un peuple civilisé et éduqué. Elle prévoit des garanties de sécurité individuelle qui sont mal adaptées aux conditions de vie dans les sociétés qui existent encore dans plusieurs régions de nos possessions. Octroyer aux demi-civilisés Moros des Philippines ou aux brigands ignorants et sans foi ni loi qui infestent le Porto Rico, ou même au Philippin ordinaire de Manille les avantages de telles immunités (...) serait (...) un véritable obstacle au maintien d'un Gouvernement efficace.

<sup>227</sup> Ediberto Roman, *Empire Forgotten: The US Colonisation of Puerto Rico*, 42 VILL Law Review 1997 p. 1119.

<sup>228</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 457. Les populations autochtones des Etats-Unis, n'ont pas le droit de se présenter comme candidat à l'élection présidentielle. Avant l'élection de Barack Obama à la présidence des Etats-Unis, les Africains Américains, bien qu'ils aient la citoyenneté américaine à part entière, n'étaient pas considérés comme tels par le grand public. C'est un héritage des jugements de la Cour Suprême des Etats-Unis tel que l'affaire *Dred Scott v Sanford* 60 US (19 How.) 393 (1857), la Cour Suprême des Etats-Unis a rendu pas plus tard qu'en 1896 dans l'affaire *Plessy v Ferguson* 163 U.S p. 537 la décision selon laquelle nonobstant les prévisions du 14<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine, les Africains Américains n'étaient pas des citoyens à part entière. Voir Ediberto Roman, *Members and Outsiders: an Examination of the Models of US Citizenship et Questions concerning European Union Citizenship* 9 *University of Miami International and Comparative Law Review* 2000 – 2001, p. 92.

<sup>229</sup> Ediberto Roman, *Reparations and the Colonial Dilemma: The Insurmountable Hurdles and Yet Transformative Benefits*, Berkeley La Raza Law Journal, Volume 13 No 2, 2002, p. 369.

***PARAGRAPHE II - L'autodétermination pour les peuples des territoires  
insulaires du Royaume-Uni***

L'impact du principe d'autodétermination sur le statut légal des territoires diminue le pouvoir de souveraineté des puissances coloniales en imposant certaines obligations et conditions à la puissance souveraine. Le résultat en est qu'au moment où le peuple du territoire exerce son droit à l'autodétermination et réclame son indépendance, le titre de souveraineté de la puissance coloniale sur ce territoire peut disparaître.

Selon la pratique des Nations Unies, la population du territoire non autonome ou colonisé a toujours dû être ethniquement et culturellement distincte de la population de la puissance administrante, qui était également géographiquement séparée et éloignée de la métropole<sup>230</sup>. Le territoire colonisé devait également être séparé de la métropole par des eaux maritimes. S'il y a des eaux maritimes entre le Royaume-Uni et les territoires de Gibraltar et des Iles Malouines (Falkland), les populations de ces territoires ne sont pas ethniquement et culturellement distinctes de celle de la métropole, en l'occurrence le Royaume-Uni. Ces populations sont plutôt des descendants des anciens colons et non des Espagnols dans l'affaire de Gibraltar ou des Argentins dans l'affaire des Iles Malouines (Falkland). La revendication du droit à l'autodétermination sur ces territoires par ces populations est contentieuse.

Les Etats voisins de ces territoires, à savoir l'Espagne et l'Argentine, soutiennent que leur intégrité territoriale a été violée par la souveraineté britannique sur ces territoires, tandis que le Royaume-Uni avance que le droit à l'autodétermination s'applique aux populations qui habitent sur ces territoires, celles-ci étant évidemment britanniques. Le

---

<sup>230</sup> Principe IV de la Résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960 intitulée « Les Principes » qui devaient guider les membres à déterminer si une obligation existe à transmettre des rapports ou non selon l'article 73 alinéa e de la Charte des Nations Unies, qui a défini un « territoire non autonome » comme celui étant géographiquement séparé, et ethniquement/culturellement distinct de la métropole qui l'administre.

Royaume-Uni semble soutenir l'opinion selon laquelle ces populations doivent être autorisées à exercer leur droit à l'autodétermination par la voie de la souveraineté britannique continue sur le territoire, mais pas en tant qu'Etats indépendants. Ceci semble être contraire à ce que le processus de décolonisation est réellement.

Le Royaume-Uni a indiqué dans son rapport à la session du Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme en 2000 qu'il avait passé un « livre blanc » (*White Paper*) sur son approche avec ses colonies, dorénavant appelées « Territoires d'outre-mer, » le titre dudit rapport étant : « Partenariat pour le progrès et la prospérité : la Grande-Bretagne et les territoires d'outre-mer dans lesquels elle encourage les Territoires d'outre-mer à moderniser leurs constitutions et, là où c'est possible, à avancer vers l'indépendance totale »<sup>231</sup>. Cette approche permet à ces territoires de garder s'ils le souhaitent leur lien avec le Royaume-Uni. Gibraltar et les Iles Malouines (Falkland) en sont deux exemples typiques. Si les deux territoires ne sont pas similaires en ce qui concerne la taille de leurs populations, ils ont tous les deux des populations qui ne sont pas originaires des Etats qui les administrent. Dans le cas des Iles Malouines (Falkland), la population est constituée d'un peu moins de 3000 personnes qui ne sont pas originaires de l'Argentine, pays voisin, mais la majorité est constituée des descendants des anciens colons britanniques. Dans l'affaire de Gibraltar, la population est constituée de 20 000 personnes qui ne sont hispaniques. La marine britannique a expulsé les Espagnols qui y habitaient lors de son occupation. Le territoire est désormais occupé par les descendants des Britanniques qui sont venus travailler dans la base militaire.

Nous examinerons ces deux cas pour montrer que le *Territoire britannique de l'océan Indien* se distingue de ces territoires. Le fait qu'ils soient inclus sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes sert de point de comparaison utile avec le *Territoire britannique de l'océan Indien* qui n'a jamais figuré sur cette liste. Les deux affaires sont également d'une certaine pertinence vis-à-vis des réclamations de l'Argentine et de

---

<sup>231</sup> Voir le document de l'ONU No E/C.12/4/Add.5 du 4 juillet 2004.

l'Espagne quant à leur souveraineté sur ces territoires. L'affaire des Iles Malouines (Falkland) fournit une illustration du « deux poids deux mesures » appliqué par le Royaume-Uni dans ces territoires, principalement dû au fait que ces territoires sont occupés par d'anciens colons britanniques. Le Royaume-Uni continue d'adopter une approche totalement inconsiderée vis-à-vis de l'ancienne population de l'archipel des Chagos, qui est principalement composée d'anciens esclaves africains.

### **A- Gibraltar**

Gibraltar a été concédé par l'Espagne au Royaume-Uni au terme de l'Article X du Traité d'Utrecht de 1713, à condition que si la Grande-Bretagne veut « donner, vendre ou par tout autre moyen aliéner » le territoire, l'Espagne aurait droit de préemption. Gibraltar est resté sous la souveraineté britannique pendant plusieurs années, en tant que territoire d'outre-mer. En 1946, le Royaume-Uni a demandé que le statut de territoire non autonome soit octroyé à Gibraltar, selon l'Article 73 de la charte des Nations Unies. Aussitôt que l'Espagne est devenue membre des Nations Unies en 1957, elle s'est opposée à l'ajout de Gibraltar sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes de 1946, affirmant qu'elle considère Gibraltar comme partie intégrante de son territoire.

Le problème de la souveraineté sur Gibraltar ainsi que son statut a été examiné pour la première fois par le Comité des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) en 1963, et est jusqu'aujourd'hui resté irrésolu malgré plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies appelant les deux Etats à régler la question par voie de négociations.

L'une de ces résolutions, à savoir la résolution 2231 (XXI) du 20 décembre 1966, fut violée lorsque les autorités britanniques organisèrent un référendum sur l'île, donnant à la population de Gibraltar le droit de choisir entre rester sous la souveraineté britannique ou passer sous la souveraineté espagnole. Evidemment, la grande majorité des habitants

de Gibraltar ont choisi de rester liés à la Royaume-Uni, pays de leurs origines et auquel ils peuvent s'identifier quant à la langue, la culture et les institutions. En réponse à cette action, l'Assemblée générale des Nations Unies a passé la résolution 2253 (XXII) du 19 décembre 1967, déclarant que la tenue de ce référendum était une violation de la résolution 2231 (XXI) du 20 décembre de l'année précédente. Le représentant du Royaume-Uni lors de la 1558<sup>ème</sup> réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies, vingtième session du Quatrième Comité sur la Décolonisation tenue le 16 novembre 1965 que son Gouvernement n'avait aucune incertitude quant à sa souveraineté sur le territoire de Gibraltar.

Le principal problème entre l'Espagne et le Royaume-Uni consiste à déterminer si le principe d'autodétermination peut s'appliquer aux habitants de Gibraltar. L'Espagne avance que le principe ne peut pas s'appliquer aux habitants de Gibraltar puisque ceux-ci ne sont pas des indigènes du territoire mais des descendants des colons britanniques et d'autres nationaux venus travailler sur la base militaire britannique, créant donc une population artificielle. Tout en acceptant que les intérêts des habitants de Gibraltar doivent être protégés une fois que le statut colonial de Gibraltar aura pris fin, l'Espagne lutte pour que l'exercice du droit à l'autodétermination par les habitants de Gibraltar n'ait pas à résulter sur l'indépendance. L'Espagne soutient également que la souveraineté britannique sur Gibraltar est une violation de son intégrité territoriale puisqu'elle considère Gibraltar comme partie intégrante de son territoire. L'Espagne rappelle aussi que Gibraltar est une petite enclave coloniale sur le territoire espagnol et que l'Article X du Traité d'Utrecht de 1713 donne à l'Espagne le droit de préemption au cas où le Royaume-Uni voudrait donner l'indépendance aux habitants de Gibraltar. L'Espagne souhaite exercer ce droit et recouvrer sa souveraineté sur le territoire de Gibraltar.

Similairement à l'affaire du *Territoire britannique de l'océan Indien* (archipel des Chagos), le Royaume-Uni a passé plusieurs ordonnances prises par le Conseil privé,

datant de 1873, interdisant aux indigènes de Gibraltar (les Hispaniques) d'y résider. Comme résultat de ces ordonnances, les travailleurs hispaniques de Gibraltar n'avaient pas le droit de passer la nuit sur le territoire jusqu'au bouclage de la frontière délimitant ce territoire en 1969. En conséquence, toute population indigène fut évacuée du territoire.

Les habitants de Gibraltar sont des citoyens britanniques selon la loi des territoires britanniques d'outre-mer de 2002. En ce qui les concerne, ils s'opposent à toute forme de souveraineté commune de l'Espagne et du Royaume-Uni sur ce territoire. Ils ont tenu un référendum le 7 novembre 2002 malgré les objections du Royaume-Uni et de l'Espagne<sup>232</sup>. Ils ont indiqué que le Gouvernement de Gibraltar ne voudra jamais négocier le transfert de souveraineté du Royaume-Uni à l'Espagne.

Le Royaume-Uni insiste sur le fait que son titre légal sur le territoire de Gibraltar demeure valide puisqu'il émane d'un traité de concession qui n'a jamais été annulé. Il avance que puisque Gibraltar n'est pas un territoire autonome, le Royaume-Uni est sous obligation selon l'Article 73 de la Charte des Nations Unies, d'assister les habitants du territoire à atteindre un stade où ils peuvent exercer leur droit à l'autodétermination. L'exercice de ce droit doit se faire d'une façon qui permette à ces habitants de décider librement de leur statut international. Le Royaume-Uni considère que l'Article X du Traité d'Utrecht réduit singulièrement les alternatives pour les habitants de Gibraltar quant à l'exercice de leur droit à l'autodétermination: ils peuvent se servir de l'intégration ou l'association soit avec le Royaume-Uni soit avec l'Espagne, mais pas de l'indépendance totale.

---

<sup>232</sup> Voir le rapport du Comité Spécial des Vingt-quatre sur la décolonisation datant du 8 avril 2004, le Document de l'ONU A/AC.109/2004/7. Leur représentant au Comité des Vingt-quatre a déclaré qu'ils veulent présenter le problème à la CIJ.



Les habitants de Gibraltar insistent pour ne pas passer sous la souveraineté espagnole. Le 30 novembre 2006, ils ont tenu un référendum dans lequel ils ont approuvé et amendé une constitution pour le territoire qui leur donne « ce degré d'autonomie qui est compatible avec la souveraineté britannique sur Gibraltar et avec le fait que le Royaume-Uni demeure responsable des affaires étrangères du territoire »<sup>233</sup>. Le 24 décembre 2006, la constitution de Gibraltar était adoptée sous la forme d'une ordonnance prise par le Conseil privé au palais de Buckingham sous le titre : « ordonnance de la constitution de Gibraltar de 2006 ». Le préambule de cette constitution déclare :

« Considérant que Gibraltar fait partie des dominions de Sa Majesté et que le Gouvernement de Sa Majesté a assuré aux habitants de Gibraltar que Gibraltar fera toujours partie des dominions de Sa Majesté à moins que et jusqu'à ce qu'une loi du Parlement en décide autrement, et plus loin, considérant que le Gouvernement de Sa Majesté ne signera jamais un accord qui cède Gibraltar à la souveraineté d'un autre Etat contre leurs souhaits librement et démocratiquement exprimés (...) »<sup>234</sup>.

L'introduction du chapitre 1 de la constitution de Gibraltar, intitulée « Protection des droits et libertés fondamentales » cite l'Article commun au PIDCP et au PIDESC adoptés tous deux en 1966 faisant référence au droit à l'autodétermination. Elle insiste sur la nécessité de protéger et promouvoir ce droit, en l'occurrence à Gibraltar, et sur le fait qu'il est applicable aux habitants de Gibraltar en tant que « peuple » qui a droit d'exercer ce droit<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> Voir Préambule de la Constitution de Gibraltar datant du 14 décembre 2006.

<sup>234</sup> Ibid.

<sup>235</sup> Le texte de la déclaration d'ouverture du chapitre 1 de la Constitution de Gibraltar de 2006 déclare : « Considérant que tous les peuples ont droit à l'autodétermination et en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, et peuvent à leurs propres fins, disposer de leurs richesses et ressources naturelles, sans préjudice à toutes obligations surgissant de la coopération économique internationale basée sur les principes du bénéfice mutuel et du droit international;

Les dirigeants politiques de Gibraltar avancent que la population de ce territoire a le droit d'exercer le droit à l'autodétermination. Ils affirment également qu'ils ont effectivement exercé ce droit en adoptant la constitution de 2006 et que par conséquent, le territoire n'est plus une colonie. Le 5 juin 2007, le Ministre en Chef de Gibraltar est apparu devant le comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) et a déclaré que l'adoption de la constitution de 2006 a été suivie d'un référendum, qui était lui-même un exercice du droit à l'autodétermination par le « peuple » de Gibraltar. Il a affirmé la constitution amendée a donné au « peuple » de Gibraltar « une autonomie pratiquement totale<sup>236</sup> ». Il est allé plus loin en déclarant que malgré le fait que Gibraltar soit toujours sur la liste des territoires non autonomes, cela « ne modifiait pas la réalité politique et effective qui est que Gibraltar a, dans les faits, cessé d'être une colonie, n'est pas une colonie, n'est pas considéré comme une colonie par son ancienne puissance administrante [le Royaume-Uni] »<sup>237</sup>.

Pour le Ministre en Chef, cela signifie que le processus de décolonisation est achevé dans l'affaire de Gibraltar. L'Espagne s'est opposée à cet argument en disant que l'on peut mettre en doute que la constitution amendée de 2006 soit le résultat d'un acte d'autodétermination mais tout simplement le résultat de négociations entre le Gouvernement britannique et les représentants de Gibraltar et non la population de Gibraltar. L'Espagne a déclaré que le Royaume-Uni confirme la validité du Traité d'Utrecht de 1713 qui donne à l'Espagne le droit de refuser la décision de Gibraltar. L'Espagne conclut dès lors, que la Constitution de 2006 a simplement donné à Gibraltar le contrôle de ses affaires internes<sup>238</sup>.

---

Et en considérant que ce droit doit être promu et respecté conformément aux provisions de la Charte des Nations Unies ainsi que tout autre traité international applicable ».

<sup>236</sup> Assemblée Générale GA/COL/3158.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Ibid.

Le 28 décembre 2006, le Secrétaire aux Affaires Etrangères a transmis le supplément à la gazette de Gibraltar numéro 3 574 du Bureau des Affaires Etrangères et du *Commonwealth (Foreign and Commonwealth Office : FCO)* remise au Gouverneur de Gibraltar. La gazette a confirmé ce qui était déjà dans le préambule de la Constitution de Gibraltar de 2006, à savoir « Gibraltar fait toujours partie des territoires de Sa Majesté » et que « le Gouvernement de Sa Majesté n'acceptera jamais d'arrangements qui implique que le peuple de Gibraltar passe sous la souveraineté d'un autre Etat contre leur souhait librement et démocratiquement exprimé<sup>239</sup> ». La Gazette a indiqué que le Gouvernement du Royaume-Uni soutient le droit à l'autodétermination du peuple de Gibraltar, d'après les conditions de l'Article X du Traité d'Utrecht de 1713, qui donne à l'Espagne le droit d'opposition, au cas où le Royaume-Uni renoncerait à la souveraineté<sup>240</sup>. La même gazette explique que par conséquent l'indépendance de Gibraltar ne sera une option que dans le cas du consentement de l'Espagne<sup>241</sup>.

Le Royaume-Uni adopte une approche similaire dans les forums des Nations Unies, déclarant qu'il soutient le droit à l'autodétermination du peuple de Gibraltar à condition que le droit d'opposition de l'Espagne soit respecté au cas où le Royaume-Uni

---

<sup>239</sup> La dépêche explique que l'ordre de la Constitution de Gibraltar de 2006 représentait une modernisation de la Constitution de Gibraltar selon le *livre blanc* britannique de 1999 intitulé : *Partnership for Progress and Prosperity: Britain and Overseas Territories inviting UK Overseas Territories to submit proposals for constitutional reform*. La *Gibraltar House of Assembly* avait constitué un Comité Sélectif (*Select Committee*) en juillet 1999 avec l'objectif de faire des propositions sur des réformes constitutionnelles. Ce comité a soumis son rapport le 23 janvier 2002. La section B de ce rapport explique que l'objectif du Comité est de proposer des amendements à la Constitution de Gibraltar en vue de maximiser l'auto administration par son peuple tout en conservant la souveraineté et les liens étroits avec la Grande-Bretagne. Au sujet de l'autodétermination, le *Comité sélectif* avançait que la Constitution devrait aussi introduire la décolonisation du territoire à travers l'exercice du droit à l'autodétermination par le peuple de Gibraltar. Le *Comité sélectif* a recommandé à la p. 3 du rapport qu'un paragraphe additionnel soit ajouté au préambule existant, stipulant que le peuple de Gibraltar avait accepté la nouvelle constitution dans un acte d'autodétermination, en l'occurrence un référendum. Le Comité espérait qu'en agissant ainsi il faciliterait la sortie de Gibraltar de la liste des Nations Unies des territoires non autonomes. Voir le quatrième rapport périodique du Royaume-Uni au Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme en relation avec le document de l'ONU No E/C.12/4/Add.5.

<sup>240</sup> Paragraphe 5 du 28 décembre 2006.

<sup>241</sup> Ibid.

renoncerait à sa souveraineté sur le territoire<sup>242</sup>. Les Nations Unies continuent de passer des résolutions demandant aux deux Etats de négocier un compromis, bien qu'il semble qu'elles soutiennent la position de l'Espagne selon laquelle la colonisation britannique de Gibraltar devrait être mise à terme puisque :

« Toute situation coloniale qui détruit partiellement ou totalement l'unité nationale ou l'intégrité territoriale d'un pays, est contraire aux objectifs et principes de la Charte des Nations Unies, et particulièrement au paragraphe 6 de la résolution de l'Assemblée générale 1514 (XV) »<sup>243</sup>.

De toute évidence, comme il transparaît de plusieurs rapports au comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation), le problème est loin d'être réglé<sup>244</sup>. Le Royaume-Uni continue d'allouer beaucoup de ressources à Gibraltar, pour faire en sorte que la communauté de ce territoire ait des chances de s'en sortir<sup>245</sup>.

Le rapport du comité britannique des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer (*House of Commons, Foreign Affairs Committee*) de juillet 2008, démontre que le Royaume-Uni et Gibraltar restent opposés au droit de veto espagnol<sup>246</sup>. Le Royaume-Uni considère ceci comme une condition au changement de souveraineté sur Gibraltar alors que la population de Gibraltar considère qu'elle a déjà exercé son droit à l'autodétermination par la voie d'auto-administration qui s'est matérialisée par la Constitution de Gibraltar de 2006. Les politiciens de Gibraltar sont d'avis que le Traité d'Utrecht donne seulement à l'Espagne un droit de veto, mais n'exige pas que l'Espagne donne son accord avant que la population du territoire puisse être autorisée à avoir une

---

<sup>242</sup> Voir le quatrième rapport périodique du Royaume-Uni au Comité des Nations UniesNU pour les droits de l'homme en 2000, Document de l'ONU E/C.12/4/Add.5 et le rapport au Comité Spécial des Vingt-Quatre datant du 8 avril 2004, Document de l'ONU. A/AC.109/2004/7.

<sup>243</sup> Ibid.

<sup>244</sup> Voir entre autres rapports A/AC.109/2004/7.

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> Voir le septième rapport 2007 – 08 de la *Chambre des Communes, Comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre mer (House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories)*, datant du 18 juin 2008 HC147 II publié le 7 juillet 2008 Ev 28 *Chambre des Communes, Royaume-Uni* 2008.

administration autonome. Ils avancent que si ce droit permettait à l'Espagne de s'opposer à leur décision de passer sous la souveraineté britannique, ils ne pourraient jamais en tant que « peuple » de Gibraltar, soutenir toute position qui pourrait faire passer Gibraltar à la souveraineté espagnole. Leur avis est que, d'après la Constitution de Gibraltar de 2006 qui leur accorde une autonomie d'administration, Gibraltar n'est plus une colonie. Cette opinion est partagée à la fois par le Ministre en Chef de Gibraltar, Peter Caruana, l'avocat de la Couronne et le chef de l'opposition Joe Bossano<sup>247</sup>.

Le Royaume-Uni a étendu le Traité de l'Europe à Gibraltar à travers le *United Kingdom Accession Act*. Gibraltar est membre de la Communauté Economique Européenne depuis 1973, mais il n'est pas représenté au sein du parlement britannique.

### ***B - Les Iles Malouines (Falkland)***

L'affaire des Iles Malouines (Falkland) est l'exemple d'un cas où le Gouvernement britannique a protégé de façon plus rigide les descendants de colons britanniques en comparaison à la façon dont ils ont traité l'affaire des Chagossiens, qui sont eux descendants d'anciens esclaves africains<sup>248</sup>. Le Royaume-Uni a rapporté au Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) que la population des Iles Malouines (Falkland) s'estimait à un peu plus de 2 000 personnes en l'an 2000<sup>249</sup>. Ceci n'a pas beaucoup changé ces dernières années<sup>250</sup>. La taille de la population des Iles Malouines (Falkland) est similaire à celle de l'archipel des Chagos au moment de leur expulsion *manu militari* à la fin des années 1960 et au début des années 1970. En outre, les questions concernant les Iles Malouines (Falkland) et l'archipel des Chagos faisaient déjà

---

<sup>247</sup> Septième rapport 2007 – 08 de la *Chambre des Communes* *House of Commons*, op. cit.

<sup>248</sup> J. MADELY, '*Paradise Lost: Diego Garcia: a Contrast to the Falklands.*' Voir aussi R. LAYER, *The Falklands/Malvinas Case*, R. DOLZER, *supra* 174 ; B. GOUGH *The Falkland Island/Malvinas* ; I. F. STRANGE, *The Falkland Islands* ; et P. BECK, *The Falkland as an International Problem*.

<sup>249</sup> Quatrième rapport périodique du Royaume-Uni selon les articles 16 et 17 du PIDCP, Document de l'ONU E./C.12/4/Add.5 datant du 4 juillet 2000 p. 41.

<sup>250</sup> Voir rapport du Comité Spécial des Nations Unies du 20 mai 2003, A/AC.109/2003/17, p. 3.

l'objet de discussions par les Nations Unies au début des années 1960. Les réponses apportées par les représentants du Gouvernement britannique aux requêtes des Nations Unies sur la situation des habitants de l'archipel des Chagos n'ont jamais été cohérentes.

Le rapport de la 1558<sup>ème</sup> réunion de l'Assemblée générale des Nations Unies du Quatrième Comité sur la Décolonisation qui a eu lieu le 16 novembre 1965 qui traitait des problèmes de Gibraltar, des Malouines et des Chagos, montre l'incohérence du Gouvernement britannique dans leur gestion des Iles Malouines (Falkland), par rapport à celle l'affaire de l'archipel des Chagos. Durant ces sessions, le Royaume-Uni a affirmé que les citoyens des Iles Malouines (Falkland) ont le droit de déterminer leur futur, lequel droit ne peut pas leur être enlevé ou être exercé par qui que ce soit en leur nom, pas même les Nations Unies<sup>251</sup>.

Les représentants du Gouvernement britannique ont critiqué les représentants du Gouvernement argentin, qui selon les Britanniques, n'avaient pas accordé une attention suffisante aux souhaits et intérêts des habitants des Iles Malouines (Falkland), lesquels, bien qu'issus d'une communauté d'immigrants, n'avaient pas d'autre patrie que ces îles. Le Royaume-Uni a aussi déclaré que même si les habitants des Iles Malouines (Falkland) souhaitent avoir des relations conviviales avec l'Argentine, ils ne souhaitaient pas pour autant mettre un terme à leur relation avec le Royaume-Uni<sup>252</sup>. Le Royaume-Uni avait volontairement créé un mythe selon lequel il n'y avait pas d'habitants sur l'archipel des Chagos et que les Chagossiens n'étaient que des travailleurs employés temporairement sur les plantations de cocotiers.

Les représentants du Gouvernement britannique étaient même plus virulents au sujet du droit des habitants des Iles Malouines (Falkland) à décider de leur futur, déclarant que leurs intérêts et souhaits étaient capitaux dans l'attitude adoptée par le

---

<sup>251</sup> Assemblée Générale, 20<sup>ème</sup> session du quatrième comité, 16 novembre 1965 p. 240, Paragraphe 80.

<sup>252</sup> Ibid., Paragraphe 87.

Gouvernement britannique au sujet du territoire. Ils avancèrent que ni le Gouvernement argentin, ni le Gouvernement du Royaume-Uni, ni les Nations Unies n'avaient le droit de prendre de décision sur la souveraineté des Iles Malouines (Falkland). Ils disent qu' « il appartenait aux habitants eux-mêmes de juger où se trouvaient leurs intérêts<sup>253</sup> ». Un mois plus tard, le 16 décembre 1965, l'Assemblée générale des Nations Unies passa la résolution 2065 (XX), intitulée : « la question des Iles Malouines (Falkland) »<sup>254</sup> invitant les Gouvernements britanniques et argentins à aboutir à un règlement pacifique de l'affaire.

Des rapports du comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) montrent que l'Argentine continue à revendiquer sa souveraineté sur le territoire des Iles Malouines (Falkland)<sup>255</sup>. Chaque année, le 10 juin, le Gouvernement argentin publie une déclaration de presse qui commémore « l'établissement du commandement militaire et politique des Iles Malouines et des îles voisines de Cape Horn dans l'océan Atlantique conformément

---

<sup>253</sup> Assemblée Générale, 20<sup>ème</sup> session du quatrième comité, op.cit., paragraphe 92.

<sup>254</sup> La 1389<sup>ème</sup> séance plénière de l'Assemblée Générale, 16 décembre 1965. Résolution 2065 (XX), intitulée *Question sur les Iles Malouines (Falkland)* déclare :

L'Assemblée Générale,

*Ayant examiné la question des Iles Malouines (Falkland),*

*En tenant compte des chapitres des rapports du Comité Spécial sur la Situation quant à l'application de la Déclaration sur l'Octroi des Indépendances aux Pays et Peuples Coloniaux concernant les Iles Malouines (Falkland), et en particulier les conclusions et les recommandations adoptées par le Comité en référence à ce territoire ;*

*Considérant que sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 était poussée par l'ambition de mettre un terme à la colonisation sous toutes ses formes, l'une d'entre elles étant la situation des Iles Malouines (Falkland);*

*Notant l'existence d'un conflit entre les gouvernements britannique et argentin sur lesdites îles ;*

1. Invite les gouvernements britanniques et argentins à procéder sans tarder à l'exécution des recommandations du Comité Spécial sur la Situation concernant la mise en œuvre de la déclaration de l'octroi des indépendances des pays et des peuples colonisés à conduire des négociations visant à trouver une solution pacifique au problème, en gardant en tête les dispositions et les objectifs de la Charte des Nations Unies et de la Résolution de l'Assemblée Générale 1514 (XV) de 1960, ainsi que les intérêts des habitants des Iles Malouines (Falkland).

2. Demande aux deux gouvernements de faire un rapport au Comité spécial et à l'Assemblée Générale au cours de sa 21<sup>ème</sup> Session sur les résultats de ces négociations.

<sup>255</sup> Voir entre autres rapports A/AC.109/2003/17, p. 4.

au décret du gouverneur intérimaire de la province de Buenos Aires, le Général de Brigade Martin Rodriguez en 1829<sup>256</sup> ». La déclaration affirme que :

« Depuis sa création en tant que nation indépendante, la République Argentine a démontré, à travers des actions Gouvernementales, la ferme détermination politique à exercer une souveraineté effective sur les territoires austraux et les zones marines hérités de l'Espagne.

Cet exercice effectif a été interrompu le 3 janvier 1833 lorsque les forces britanniques ont occupé les Iles Malouines, expulsant les habitants argentins et les autorités qui y étaient établies. Depuis, les citoyens argentins ne sont pas autorisés à s'y installer librement ou à y posséder un terrain.

Le peuple et le Gouvernement d'Argentine n'ont jamais consenti à cet acte de force, et aujourd'hui, comme dans le passé, réaffirme leur détermination constante à regagner l'exercice de la souveraineté sur les Iles Malouines, la Géorgie du Sud, les Iles Sandwich du Sud et les zones marines avoisinantes à travers les moyens pacifiques de la diplomatie, conformément aux multiples appels de la Communauté Internationale.

La revendication de l'Argentine a traditionnellement reçu le soutien des pays de notre sous-région et d'organisations internationales incluant l'Assemblée générale des Nations Unies ainsi que l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats d'Amérique. Ces forums ont répétitivement demandé aux Gouvernements argentin et britannique de reprendre les négociations et de résoudre définitivement le conflit de souveraineté et de façon pacifique.

Pour l'occasion importante, le Gouvernement argentin réaffirme son empressement constant à engager un dialogue avec le Royaume-Uni afin de reprendre les négociations en vue de trouver le plus tôt possible, une solution juste et définitive au conflit de souveraineté jusque là non résolu »<sup>257</sup> .

---

<sup>256</sup> Rapports A/AC.109/2003/17, p. 4.

<sup>257</sup> Rapports A/AC.109/2003/17, p. 4.



Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies No 2065 (XX) et No 3160 (XXVIII) reconnaissent qu'une situation coloniale existe dans les Iles Malouines (Falkland). L'Assemblée générale de l'Organisation des Etats d'Amérique (OEA) a adopté le 4 juin 2002 une déclaration sur l'affaire des Iles Malouines dans laquelle elle se réjouit des efforts diplomatiques de la part des deux Etats concernés (l'Argentine et le Royaume-Uni) dans la recherche d'un règlement négocié de l'affaire, ainsi que de l'approche constructive du Gouvernement argentin vis-à-vis des intérêts des habitants des Iles Malouines. Les Chefs d'Etats et des Gouvernements ibéro américains ont également soutenu les efforts dans la recherche d'un règlement pacifique au conflit, dans la ligne des dispositions de la Charte des Nations Unies qui fournissent des principes sur la souveraineté territoriale. Les Gouvernements d'Antigua et Barbuda, celui de la Bolivie, du Brésil, au nom des membres du Marché Commun du Sud (MERCOSUR), du Chili, de Cuba, du Paraguay, du Pérou, d'Uruguay, du Venezuela, de Chine, des Iles Fiji, d'Indonésie, de la Fédération Russe, d'Iraq et de Sierra Léone ont fait des représentations au sein du Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) en soutien au droit de souveraineté de l'Argentine dans le conflit qui l'oppose au Royaume-Uni<sup>258</sup>.

Le Gouvernement argentin a formellement soumis une plainte au Secrétaire Général des Nations Unies dans laquelle il rejette le « Livre Blanc » (*White Paper*) adopté par le Gouvernement britannique intitulé « Partenariat pour le progrès et la prospérité: la Grande-Bretagne et les Territoires d'Outre-mer » dans la mesure où il inclut la question des Iles Malouines (Falkland)<sup>259</sup>. L'Argentine a déclaré que cela viole son intégrité territoriale puisque les Iles Malouines (Falkland) font partie de son territoire national. Le Royaume-Uni a répondu en déclarant qu'« il n'avait aucun doute quant à sa

---

<sup>258</sup> Voir entre autres rapports du Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur décolonisation), A./AC109/1999/1, A/AC109/2003/17, A/AC109/2004/12 ainsi que le rapport du Comité Spécial des Nations Unies pour l'application de l'octroi des indépendances à l'Assemblée Générale du 15 juillet 2005, supplément 23 A/60/23/.

<sup>259</sup> Le document était attaché au rapport du Comité des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) A./AC109/1999/1.

souveraineté sur les Iles Malouines (Falkland), la Géorgie du Sud, les Iles Sandwich du Sud ainsi que les zones alentours<sup>260</sup> ». Bien que l'Argentine considère la souveraineté britannique sur les Iles Malouines (Falkland) comme une situation coloniale qui viole son intégrité territoriale et qu'elle avait unilatéralement présumé la souveraineté sur ce territoire par voie d'occupation militaire, le Gouvernement argentin garde l'intention de récupérer les îles, ainsi que la Géorgie du Sud et les Iles Sandwich du Sud par voie de négociations. Il relève également le fait que le temps écoulé depuis l'occupation britannique du territoire en 1833 n'affaiblit pas sa revendication qu'il considère comme juste. L'Argentine continue d'affirmer qu'elle reconnaît le droit international ainsi que les intérêts des habitants des Iles Malouines (Falkland), bien qu'ils soient descendants des colons britanniques.

Le Royaume-Uni continue d'affirmer sa souveraineté sur le territoire parmi d'autres activités qui commémorent la mort des soldats britanniques consécutive au conflit qui a suivi la déclaration unilatérale de la souveraineté argentine sur les îles en 1982. Tony Blair, alors Premier Ministre britannique, a prononcé un discours de nouvelle année aux Iles Malouines le 22 décembre 2002 :

« Cette année en particulier a donné l'occasion de se souvenir de tous ceux qui ont perdu leur vie dans le conflit [des Iles Falkland]. Les événements de commémoration ont touché la plupart des îles et même au-delà, atteignant son apogée lors de la visite récente du Duc de York et son geste personnel de réconciliation (...)

Les Iles Falkland ont un futur prometteur. Cette année, la communauté internationale a constaté que les Iles Falkland constituent une communauté prospère, pleine de vitalité et de confiance en elle. Votre nouveau gouverneur a évoqué un esprit d'entrepreneuriat dans les îles - de nouvelles opportunités, et des

---

<sup>260</sup> Par moyen d'une lettre au Secrétaire Général des Nations Unies. Voir Document de l'ONU A/57/700.

jeunes gens heureux de rentrer après leurs études au Royaume-Uni. Vous reconnaissez l'importance de la diversification économique (...) »<sup>261</sup>.

Le message affirme plus loin, en référence apparente au droit à l'autodétermination des Iles Malouines (Falkland) que :

« Les relations du Royaume-Uni et de l'Argentine sont bonnes et nous continuons d'y travailler. J'espère par conséquent qu'une coopération pratique et une compréhension mutuelle entre les Iles Falkland et l'Argentine puisse être développées là où elles représentent les intérêts des îles et selon les souhaits des habitants des îles »<sup>262</sup>.

Le 8 novembre 2000, le représentant britannique aux Nations Unies avait déclaré :

« Nous avons le devoir de respecter et de défendre le droit à l'autodétermination des habitants des Iles Falkland. Les représentants élus des communautés qui habitent sur les îles ont encore une fois clairement exprimé leur opinion lorsqu'ils ont rendu visite aux Nations Unies pendant le débat de cette année au sein du Comité Spécial des Vingt-Quatre le 11 juillet (2000). Ils ont demandé au Comité de reconnaître qu'ils pouvaient, comme tout autre peuple démocratique, exercer leur droit à l'autodétermination. Ils ont répété que les habitants des Iles Falkland souhaitent toujours rester britanniques et ne voulaient pas faire partie de l'Argentine »<sup>263</sup>.

Dans l'exercice de son droit à répondre à la question des Iles Malouines (Falkland), lors de la 13<sup>ème</sup> réunion plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 2002, le Royaume-Uni a déclaré :

---

<sup>261</sup> Cité dans le rapport des Nations Unies au Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) A/AC109/2003/17 p. 5.

<sup>262</sup> Rapport des Nations Unies au Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) A/AC109/2003/17 p. 5.

<sup>263</sup> Ibid.

« (...) Nous soutenons totalement le droit à l'autodétermination, comme établi dans le paragraphe 2 de l'Article 1 de la Charte des Nations Unies ainsi que dans le paragraphe 4 des Objectifs du Millénaire des Nations Unies, et nous restons engagés dans le soutien au droit des habitants des Iles Falkland pour déterminer leur propre futur. Il n'y aura pas de changement dans la souveraineté sur ces îles à moins que les habitants eux-mêmes le souhaitent »<sup>264</sup>.

L'Argentine est d'opinion que le Royaume-Uni a établi ses colons sur le territoire des Iles Malouines (Falkland) et qu'il ne peut pas se servir de leur présence pour exiger que les habitants des Iles Malouines exercent leur droit à l'autodétermination. Les Iles Malouines ont renouvelé à plusieurs reprises leur invitation au Comité Spécial des Nations Unies des Vingt-Quatre (sur la décolonisation), incluant celle de l'été 2005, leur demandant de venir visiter les îles. Le Comité Spécial n'a pas encore honoré cette invitation. Peut-être ont-ils peur de susciter des critiques de la part de l'Argentine qui est considérée comme amie du Comité Spécial, et qui verrait cette visite comme une approbation de la revendication du Royaume-Uni pour la souveraineté sur le territoire. Gibraltar a également renouvelé plusieurs invitations au Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur décolonisation) pour visiter ce territoire.

La Reine est le Chef d'Etat des Iles Malouines (Falkland). Un Gouverneur et un Gouverneur Adjoint qui font également office de Premier Secrétaire, sont nommés par le Gouvernement britannique pour assurer le Gouvernement des Iles Malouines (Falkland). L'administration locale est assurée par le Gouvernement des Iles Malouines (FIG : *Falkland Islands Government*). La taille de la population de cette île est réduite mais similaire à celle du *Territoire britannique de l'océan Indien* qui avoisine les 3000. Il n'y a pas de système de partis politiques : des représentants indépendants de la communauté sont nommés au sein du conseil législatif du FIG. Les Iles Malouines (Falkland) sont

---

<sup>264</sup> Document de l'ONU A/57/PV.13.

actuellement en train de subir un processus d'amendement constitutionnel. Le processus est conduit par un *Select Committee on the Constitution*. La constitution actuelle a été adoptée en 1985. Les Iles Malouines (Falkland) sont financièrement autonomes, la pêche industrielle étant le principal apport à l'économie, représentant 55% du Produit National Brut (PNB).

Des spécialistes comme Rudolf Dolzer ont appelé à une évaluation objective de la situation légale actuelle des Iles Malouines (Falkland) par rapport aux pratiques des Nations Unies. Il remet en question l'affirmation du droit à l'autodétermination par ou au nom de la population de ce territoire :

« La revendication selon laquelle la population des Iles Malouines (Falkland) jouit d'un droit à l'autodétermination ne peut pas être considérée comme ayant objectivement eu un effet différent de toute autre assertion légale incorrecte avancée par un Etat qui affirme ses intérêts nationaux et qui en agissant ainsi agit contre les règles du droit international. Par conséquent il doit être conclu que le droit à l'autodétermination appliqué dans certaines circonstances légales et factuelles qui prévalent aux Iles Malouines (Falkland) ne peut pas négliger les droits de l'Argentine en tant que souverain territorial légitime »<sup>265</sup>.

L'affirmation par les populations de Gibraltar et des Iles Malouines (Falkland) qu'elles ont droit à l'autodétermination ne devrait pas faire oublier que le problème réel dans ces deux territoires concerne la légitimité des puissances qui veulent garder le contrôle de leurs colonies, et ce, à l'ère postcoloniale<sup>266</sup>. Il sera montré plus loin que le peuple du *Territoire britannique de l'océan Indien* peut souhaiter devenir un « territoire d'outre-mer » britannique non autonome, et ce en relation avec les bénéfices matériels qui découlent de ce statut.

---

<sup>265</sup> R. DOLZER, op.cit., p. 190.

<sup>266</sup> S. ALLEN, op.cit., p. 469

Si on admet que des populations comme celles de Gibraltar et des Iles Malouines (Falkland) ont droit à l'autodétermination, elles devraient avoir une plus large gamme de choix, notamment celui de l'indépendance, celui de l'association avec un Etat souverain, du maintien des liens qui existent déjà avec l'Etat qui en a toujours le pouvoir souverain, de la participation dans de communauté internationale, etc. Ce choix ne devrait pas être offert une fois pour toute. Au contraire, cela devrait se faire à intervalles réguliers et en accord avec ces populations<sup>267</sup>. Le Royaume-Uni devrait permettre à la communauté internationale de contrôler et de suivre la façon dont les vœux de ces populations sont exprimés. Le Royaume-Uni devrait également permettre aux autres Etats voisins à ces territoires et directement concernés par le résultat du choix de ces populations à participer d'une certaine manière dans l'examen des intérêts et problèmes des populations en question.

---

<sup>267</sup> R. STAVENHAGEN soutient que le droit à l'autodétermination ne serait pas aussi important s'il était un droit qui ne peut s'exercer qu'une seule fois, comme s'il était consommable'. Voir R. STAVENHAGEN, p. 2

### CHAPITRE III - APPLICATION DU DROIT A L'AUTODETERMINATION DANS L'ARCHIPEL DES CHAGOS

Les Chagossiens constituent « un peuple » non autonome et, conformément à la provision de la Déclaration sur les relations amicales de 1970, ils gardent une identité distincte de Maurice et du Royaume-Uni<sup>268</sup>. Alors que le terme « peuple » n'est pas défini, il relève de la pratique du droit international qu'un peuple sous la domination ou l'administration coloniale soit autorisé à exercer son droit à l'autodétermination. Le développement du principe d'autodétermination et des normes internationales régissant les droits de l'homme a changé le concept traditionnel qui considérait que seuls les Etats souverains avaient des droits légaux et des devoirs en droit international.

Les « peuples » sont désormais des sujets juridiques et bénéficient du droit à l'autodétermination. A l'époque de la décolonisation, les « peuples » pouvaient être représentés par des mouvements de libération nationale qui étaient reconnus par les Nations Unies comme représentant les « peuples » qui revendiquent leur droit à l'autodétermination. Les mouvements de libération reconnus par les Nations Unies étaient ceux des peuples encore sous le régime colonial, et ne venaient donc pas d'Etats souverains. L'Afrique du Sud était considérée comme un cas de « colonisation d'un type spécial » par les Nations Unies, puisque le mouvement de libération ne se battait pas pour la décolonisation, mais pour mettre fin à un régime autoritaire raciste. Une fois que leur fut octroyé un statut international, les mouvements de libération pouvaient signer des accords avec des Etats ou des organisations internationales. Ces accords étaient

---

<sup>268</sup> Résolution 2625 (XXV), citant comme GA Res. 2625( XXV), 24 octobre 1970

considérés comme des traités, impliquant donc que les mouvements de libération jouissent d'une personnalité internationale légale (limitée).

L'affaire du Palestine et celui du Timor oriental pose le problème du droit à l'autodétermination pour un peuple dont le territoire est occupé par une puissance étrangère. Dans l'affaire des territoires occupés arabes, il apparaît que le droit à l'autodétermination des Palestiniens était basé sur l'occupation d'une force étrangère, en l'occurrence l'Etat Israélien, et ce selon la Convention de Vienne qui a étendu la catégorie des peuples qui peuvent réclamer l'autodétermination.

Dans l'affaire du *Territoire britannique de l'océan Indien*, la question n'est pas de décider si la revendication du peuple chagossien pour leur droit à l'autodétermination est basée sur des principes autres que ceux applicables aux droits des peuples colonisés. Les Chagossiens sont un peuple colonisé vivant en exil forcé. Ils ont constamment exprimé leur désir de rentrer chez eux, sur leur territoire. En plus d'actes politiques comme la grève de la faim et l'arrimage à l'Île Maurice et à Londres, ils ont entrepris des procédures judiciaires, dans des cours américaines et anglaises pour leur expulsion *manu militari*, demandant une compensation et le droit de retourner chez eux.

Dans l'affaire *Bancoult (2)*, les Chagossiens ont soulevé le problème que le droit coutumier international, lequel inclut le droit à l'autodétermination, en tant que droit distinct des traités, est partie composante du droit anglais et par conséquent du droit du *Territoire britannique de l'océan Indien*. Alors qu'il statuait sur la compétence de la Reine à promulguer les décrets-lois du *BIOT, Territoire britannique de l'océan Indien* de 2004, le juge Hooper a choisi de ne pas traiter du problème relatif au droit coutumier international et du droit des Chagossiens à l'autodétermination<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> Affaire *Bancoult (2)* Paragraphe 108.



Bien que le consentement des politiciens mauriciens soit également controversé parce que ceux-ci peuvent ne pas avoir donné leur accord en toute liberté, les habitants de l'archipel des Chagos n'ont été consultés et informés qu'à partir du 8 novembre 1965 que leur territoire porterait un autre nom et qu'il serait bientôt utilisé pour une base militaire américaine. Ils ont été informés qu'il fallait faire de l'espace et qu'ils allaient devenir des citoyens de l'Île Maurice, un endroit où ils se rendaient auparavant uniquement pour des soins médicaux ou pour les vacances. Il ne leur était pas offert d'opportunité de donner leur consentement quant au changement politique que leur territoire allait subir, par un référendum ou par un plébiscite. Les Nations Unies n'ont pas eu l'opportunité de faire partie de ce processus non plus. Après que la décision de l'affaire Bancoult (4) qui leur interdit de retourner dans l'archipel, ait été rendue les Chagossiens ont décidé d'approcher la CEDH<sup>270</sup>.

## **SECTION I – LA CREATION DU TERRITOIRE BRITANNIQUE DE L'OCEAN INDIEN ET L'EXIL FORCE DES CHAGOSSIENS**

Le BIOT a été créé comme une toute nouvelle colonie le 8 novembre 1965 avec pour seul objectif d'établir une base militaire américaine sur l'île principale, Diego Garcia. Le Gouvernement américain a insisté pour que la base soit exempte de population civile. Le Gouvernement britannique y est parvenu en cachant qu'il y avait une population qui vivait de façon permanente sur le territoire et a procédé à l'expulsion forcée des Chagossiens qui continuent à vivre en exil à Maurice et aux Seychelles. Nous montrerons que la Chambre des Lords, qui est la juridiction la plus élevée en Grande Bretagne leur a

---

<sup>270</sup> *Chagos v UK*, N° de la demande 35662/04 cité par S. Allen *International Law and the Resettlement of the (Outer) Chagos Islands*, *Human Rights Law Review* (2008) 8: 4, p. 687.

refusé le droit de retourner dans leur territoire parce que le Gouvernement britannique ne souhaite pas leur retour.

### ***PARAGRAPHE I - La création de la base militaire américaine sur Diego Garcia***

L'archipel des Chagos se trouve presque exactement à mi-chemin entre l'Île Maurice et les Seychelles, à environ 2000 kilomètres au nord-est de l'Île Maurice, dans l'océan Indien<sup>271</sup>. Il occupe 54 400 Km<sup>2</sup> d'eaux territoriales et 60 Km<sup>2</sup> de terre sèche. L'archipel est composé de 65 petites îles, la plus grande et la plus connue étant celle de Diego Garcia, avec 18 Km<sup>2</sup>. Les autres sont *Egmont* ou *Six Islands*, *Peros Banhos*, *Salomon Islands*, *Trois Frères*, *Danger Island* et *Eagle Island*. La situation géographique de l'archipel des Chagos en fait un atout stratégique au point de vue militaire, car il se trouve à quasi-équidistance de l'Inde, du Golf Persique, de l'Afrique et de l'Australie<sup>272</sup>.

Au moment de sa création en 1965, le *Territoire britannique de l'océan Indien* était composé de l'archipel des Chagos et de certaines îles détachées des Seychelles : les îles Aldabra, Farquhar, et Desroches. A son indépendance en 1968, la République Seychelloise se vit réattribué la souveraineté sur ces îles. Par conséquent, l'archipel des Chagos resta la seule composante du *Territoire britannique de l'océan Indien*.

Le Choix de Diego Garcia correspondait à une stratégie à grande échelle des Etats-Unis visant à « collectionner » des îles isolées et peu peuplées pour des raisons militaires. Diego Garcia représentait pour les Etats-Unis une entrée dans l'océan Indien. Sa longue coopération avec le Royaume-Uni, associé à la domination coloniale du Royaume-Uni sur Maurice et les Seychelles ont garanti qu'on ait pu si facilement écarter les populations de ce territoire.

---

<sup>271</sup> La distance exacte est de 1174 miles, c'est à dire 1920 kilomètres au nord-est de Maurice dans l'Océan Indien. Voir les cartes illustrées par R. EDIS: *The Pick de Limuria: The Story of Diego Garcia*

<sup>272</sup> R. EDIS: *The Pick de Limuria: The Story of Diego Garcia*

### **A- Correspondance entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni**

Le premier accord significatif enregistré entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni a été signé à Londres le 30 décembre 1966, il est intitulé « *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America concerning the Availability for Defence Purposes of the British Indian Ocean Territory*<sup>273</sup> ». L'accord ne prévoyait que le *Territoire britannique de l'océan Indien*, comprenant les îles de Diego Garcia et les autres îles de l'archipel des Chagos, ainsi que les îles d'Aldabra, Farquhar et Desroches qui seraient mis à la disponibilité commune des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni à des fins militaires. Le Gouvernement britannique garderait la souveraineté sur le *Territoire britannique de l'océan Indien* en même temps qu'il mettrait le complexe militaire à disposition des Etats-Unis sans charge additionnelle. Les deux Gouvernements envisageaient que le *Territoire britannique de l'océan Indien* resterait à leur disposition pour des fins militaires pour une durée indéterminée, en commençant par un délai de 50 ans renouvelable pour un délai additionnel de 20 ans, à moins qu'il n'y ait préavis d'au moins deux ans avant la fin des cinquante premières années<sup>274</sup>. Les deux

<sup>273</sup> *Treaty Series* (Etats-Unis d'Amérique) no 15 (1967), Cmnd 3231.

<sup>274</sup> Le texte des échanges de notes en question datant du 30 décembre 1966, puis de 1972 et 1976 déclare :

« Dans l'Echange de Notes du 30 décembre 1966 entre les gouvernements britannique et américain concernant la disponibilité de Diego Garcia et des îles alentour pour des fins militaires, y compris les îles d'Aldabra, Farquhar, et Desroches, ensemble constituant le BIOT, ci-dessous dénommé « le territoire », il était convenu que :

- (1) Le territoire devrait rester sous la souveraineté britannique.
- (2) Sous condition des dispositions énoncées ci-dessous, les îles devront être disponibles pour répondre aux besoins militaires des deux gouvernements. Dans le but de faire en sorte que les activités militaires des deux gouvernements soient effectivement ordonnées :

(a) Dans le cas du besoin des Etats-Unis d'Amérique d'utiliser une île particulière, les autorités appropriées des deux gouvernements se concerteront pour que les mesures administratives appropriées soient prises pour satisfaire à ces besoins.

(b) Avant que l'un des gouvernements ne commence à construire tout dispositif sur le territoire, les deux gouvernements devront se mettre d'accord sur les principes relatifs à ce dispositif, et les autorités administratives appropriées des deux gouvernements devront mettre au point des arrangements mutuels satisfaisants concernant le dispositif par rapport aux besoins militaires des deux gouvernements.

Gouvernements se mirent aussi d'accord sur le fait que les activités économiques sur les îles devraient cesser et que les habitants de ces îles seraient déplacés et réinstallés<sup>275</sup>.

En juin 1965, les Gouvernements américain et britannique se mirent d'accord sur la façon dont la base serait financée. L'accord était que les deux Gouvernements allaient investir financièrement dans l'établissement du « complexe » militaire. De l'argent serait avancé pour l'acquisition de la terre sur laquelle le « complexe » serait établi, et des paiements seraient alors versés aux leaders seychellois et mauriciens en compensation à la concession accordée pour la construction du « complexe » militaire américano-britannique et de la réinstallation des populations qui seraient déplacées.

L'île Maurice recevrait trois millions de livres sterling (3.000.000 £) tandis que les Seychelles recevrait en compensation la construction d'un aéroport civil dans la même marge financière dans sa capitale, dénommé Mahé. Une somme additionnelle serait payée à l'île Maurice pour la réinstallation et l'accueil des Chagossiens sur le territoire mauricien ainsi qu'aux Seychelles. L'argent transféré des Etats-Unis au Royaume-Uni fut déguisé en autres formes de transactions pour éviter d'attirer l'attention du congrès

---

(c) La procédure décrite dans les sous-paragraphes (a) et (b) ne devraient pas s'appliquer en cas d'urgence requérant l'utilisation d'une île non-utilisée à ce moment pour des fins militaires, à condition que le bien-être des habitants de ce territoire soit pris en considération à un niveau jugé satisfaisant par le commissaire du territoire. Chaque gouvernement devra informer l'autre d'une telle urgence et des consultations se feront le plus rapidement possible pour permettre au gouvernement américain d'en faire un tel usage.

(11) Les gouvernements américain et britannique envisagent de pouvoir faire usage de ces île pour une durée indéterminée. Par conséquent, après une période initiale de 50 ans, le présent accord restera en vigueur pendant une période additionnelle de deux ans avant la fin de la période initiale, l'un des gouvernements devra donner un préavis à l'autre, dans quel cas cet accord cessera d'être en vigueur deux ans après la date dudit préavis ». . . »

<sup>275</sup> Le procès verbal d'un accord secret de décembre 1966 stipule :

« Au cours des discussions qui ont mené à l'« Echange de Notes du 30 décembre 1966 », constituant un accord entre les gouvernements américain et britannique concernant l'usage des îles du BIOT à des fins militaires, les arrangements et les accords suivants avaient été fixés :

En référence au paragraphe (2)(a) de l'accord, les mesures administratives auxquelles il est fait référence sont de modifier ou de cesser toute activité économique en cours sur les îles, en d'autres termes de faciliter la disponibilité des îles pour un usage militaire. »

américain. Les détails à ce sujet sont contenus dans le mémorandum d'Anthony Greenwood, Secrétaire d'Etat britannique aux colonies de cette époque, dans une note écrite au Premier Ministre britannique le 5 novembre 1965<sup>276</sup>. Le mémorandum précise qu'il était important que le rôle des Etats-Unis d'Amérique reste rigoureusement confidentiel<sup>277</sup>.

### ***B- Pourquoi une base militaire sans population permanente ?***

La base militaire de Diego Garcia est unique en ce sens qu'elle est exempte de toute population civile. Le fait qu'elle ne soit occupée par aucune population civile est cependant une conséquence des actions délibérées des Gouvernements américain et britannique ayant pour objectif de dépeupler l'archipel des Chagos. Il serait intéressant d'étudier comment Diego Garcia a été choisi et pourquoi. Davis Vine affirme que la Marine américaine cherchait des îles dans l'océan Indien où établir une base militaire et a trouvé Diego Garcia<sup>278</sup>.

Comme il a été mentionné plus haut, les Etats-Unis ont gardé les îles qu'ils ont acquises comme butin de guerre après la guerre hispano-américaine. Après la deuxième Guerre Mondiale, ils ont utilisé le « Strategic island concept » (concept des îles stratégiques) pour acquérir encore plus de petites îles isolées dans le but de conserver et de consolider leur influence militaire sur ces vastes régions<sup>279</sup>. L'objectif principal était de contrôler l'influence soviétique pendant la Guerre froide. Le réseau actuel d'environ 1000 bases militaires et installations américaines dans le monde est le moyen le plus

---

<sup>276</sup> Memo non publié.

<sup>277</sup> Affidavit de P. J. WESTMACOTT, Directeur du *Foreign and Commonwealth Office*, 25 août 1999 numéro CO/3775/98, utilisé lors des plaidoiries de *Chagos Islanders v. Attorney General Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner*. L'affidavit n'a pas été publié.

<sup>278</sup> David Vine, *War and Forced Migration in the Indian Ocean*, p. 124.

<sup>279</sup> David Vine, *Island of Shame*, p. 56.

discret de domination dans cette ère post coloniale<sup>280</sup>. Le déploiement périodique de leur puissance militaire permet aux américains de maintenir les Nations rebelles sous les règles d'un système économique favorable aux Etats-Unis<sup>281</sup>. En dehors de l'usage des bases militaires à l'étranger, les Etats-Unis utilisent les marchés financiers pour maintenir leur domination sur le monde<sup>282</sup>.

Le concept des îles stratégiques consiste en la « collection » d'îles isolées et située dans des positions stratégiques, où vit une faible densité de population, principalement de descendance non-européenne, qui ne sont pas dirigées par des Etats africains ou asiatiques nouvellement indépendants<sup>283</sup>. Il a fallu 20 ans aux responsables de la Marine, du Pentagone et de l'armée de l'air américains pour en débattre entre eux et finalement convaincre le Congrès d'accepter l'installation de bases militaires de l'armée américaine à Diego Garcia. Les responsables de l'armée de terre et de la Marine ont dans un premier temps caché au Congrès les véritables intentions qui motivaient l'installation de la base militaire complètement équipée sur Diego Garcia, l'appelant entre autres « centre de communication ».

Les responsables britanniques ont délibérément amené aux responsables américains à croire que l'archipel des Chagos n'avait pas de population permanente. Une fois que cette présentation déformée de la réalité a été découverte, les responsables américains n'ont guère prêté attention à ce fait, le considérant comme la « dure réalité » de toute l'affaire. Certains anciens militaires de haut rang et responsables de la Marine ont suggéré depuis lors que les droits de l'homme n'étaient pas un concept connu ou mis en

---

<sup>280</sup> David Vine, *War and Forced Migration in the Indian Ocean*, p. 124.

<sup>281</sup> Ibid.

<sup>282</sup> Ediberto Roman & Theron Simmons, *Membership Denied*, p. 477

<sup>283</sup> David Vine, *Island of Shame*, p. 56.

application par l'armée dans les années 1960<sup>284</sup>. Cependant, ils pensent toujours que la base militaire sur Diego Garcia est « indispensable » à cause de « sa nature stratégique incomparable ».

Le rapport britannique du *House of Commons Foreign Affairs Committee*, en janvier 1998, intitulé « Revue des territoires dépendant: Rapport intérimaire, memorandum supplémentaire par le bureau des affaires étrangères et du *Commonwealth* » déclare les raisons pour lesquelles les Chagossiens ne peuvent pas se ré-établir, comme suit<sup>285</sup> :

#### Position actuelle

Il y a des difficultés à la fois pragmatiques et légales au sujet de l'autorisation des Ilois à retourner vivre sur les îles alentours du *Territoire britannique de l'océan Indien*.

1. Premièrement, un accord a été signé en 1996 entre la Grande-Bretagne et les Etats Unis d'Amérique, mettant tout le territoire du BIOT à la disposition des Etats Unis d'Amérique, et ce jusqu'en 2016.
2. Deuxièmement, il n'y a pas de projet de rétablir les plantations de cocotier à quelque échelle commerciale. Les plantations étaient déjà ingérables dans les années 1960, avant leur fermeture définitive au début des années 1970.
3. Troisièmement, il n'y a pas d'infrastructures sur les îles alentours, pouvant accueillir une réinstallation.
4. Le Secrétaire d'Etat a clairement signifié ces points au Premier Ministre Ramgoolam lors de leur rencontre en octobre. Etant donné qu'il y a environ 30 ans que les Ilois ont quitté le territoire et que la plupart d'entre eux n'auraient pas grande mémoire de ce que la vie était sur l'archipel des Chagos, le Secrétaire

---

<sup>284</sup> Nous verrons dans le chapitre dédié aux « conclusions » que l'instigateur et le cerveau derrière le concept des îles stratégiques, Stu Barber, avant sa mort s'est exprimé au sujet de la dépopulation de l'archipel des Chagos déclarant que celle-ci n'était pas nécessaire pour les besoins de la base et que les Chagossiens doivent être dédommagés en conséquence. Voir David Vine *Island of Shame*, p. 197

<sup>285</sup> Daté du 21 janvier 1998, Annexe 18, p. 80.

d'Etat conclut en disant que la seule perspective viable pour les Ilois serait une meilleure intégration dans la vie mauricienne.

5. Au cours de la même réunion, le Secrétaire d'Etat a mis en exergue le fait que rien n'empêchait les Ilois de travailler à Diego Garcia en tant que main d'œuvre et entrepreneurs pour la base militaire américaine. Au contraire, les entrepreneurs en question ont toujours cherché à employer le maximum de Mauriciens, Ilois et autres.

Plusieurs problèmes d'ordre factuel et juridique étaient soulevés dans le mémorandum.

1. L'accord de 1966 entre le Royaume-Uni et les Etats Unis pour rendre le territoire disponible pour la construction de la base militaire était fait en violation du droit des Chagossiens à l'auto-détermination.
2. Alors que les plantations de cocotier étaient la principale source de revenu pour les Chagossiens avant leur expulsion, il n'y a aucune raison pour laquelle d'autres activités économiques ne seraient pas développées.
3. Il y avait normalement des infrastructures sur toutes les îles avant l'expulsion des Chagossiens. Ces infrastructures furent abandonnées et délabrées lorsque les plantations furent fermées.
4. Le droit international, et particulièrement la convention N° 160 de l'OIT de 1989 et la déclaration de 2007 des Nations Unies sur les peuples autochtones, interdisent l'intégration et l'assimilation forcée des peuples autochtones.
5. Avant 2008, les entrepreneurs travaillant sur la base de Diego Garcia appliquaient une politique refusant tout emploi aux Chagossiens. Seuls trois Chagossiens étaient employés sur la base comme maçons.



Alors que les Etats Unis partageaient le désir de sauvegarder les intérêts occidentaux en contrebalançant les intérêts soviétiques dans l'océan Indien, les pratiques antérieures n'étaient pas celles d'une base militaire exempte de toute population civile. La question devint alors : qu'est-ce qui a motivé la recherche d'une base militaire exempte de toute population civile? Le Département d'Etat Américain a récemment décrit la raison de garder Diego Garcia sans population civile permanente comme suit :

« Il a été suggéré que puisque les bases militaires en Europe travaillent près de centres de populations civiles, la base de Diego Garcia pourrait également en faire autant. Cette affirmation occulte plusieurs points. La nécessité de Diego Garcia comme une localité pour les opérations militaires passées, futures et variées s'appuie sur la combinaison de sa situation stratégique et de son isolation, ce qui la rend unique parmi les localités opérationnelles du monde. La réinstallation d'une population civile sur les îles de l'archipel des Chagos, même sur celles distantes de Diego Garcia, diminuerait l'isolation de cette île et par conséquent éroderait l'importance stratégique presque inégalée de l'île. Si une population résidente s'installait sur l'archipel des Chagos, cela mettrait en péril l'avantage actuel de Diego Garcia, comme une base sur laquelle il est possible de conduire des opérations militaires importantes pour nos deux Gouvernements, mais qui, pour des raisons de sécurité, ne peuvent guère être conduites près de centres de populations civiles...

Les communautés sur les îles alentours entraîneraient immédiatement la perspective alarmante d'introduction de dispositifs électroniques de surveillance, contrôle et brouillage qui risqueraient de compromettre ou de mettre en péril la conduite d'opérations militaires vitales. Dans les centres de population proches des bases militaires en Europe Occidentale ou aux d'Etats Unies les efforts par d'autre Etats ou organisations hostiles pour s'introduire et utiliser des dispositifs de surveillance, contrôle et brouillage électroniques proche des bases militaires sont d'une grande probabilité de découverte, à cause de l'importante population autour de la base militaire. Par contraste, le retour de petites populations dispersées sur les îles de

l'archipel, aurait pour effet que l'introduction et l'usage de tels dispositifs pourrait être fait sans risque d'être découverts, étant donné qu'il s'agit d'une zone isolée et non développée. Dans ce contexte, il faut noter que les plus grandes des îles alentours, les atolls de Peros Banhos et de Salomon, sont situés seulement à 140 miles au nord de Diego Garcia, une position idéale pour surveiller les mouvements militaires sur Diego Garcia, en réaction à tout événements du golf Persique ou autre (...).

En outre, il est important de considérer l'impact des besoins militaires sur la viabilité et le futur d'une communauté. La nécessité pour la marine de naviguer sur des lignes variables compromettrait toute activité de pêche ou de tourisme dans les îles alentours. A plus long terme, des circonstances actuellement imprévisibles pourraient entraîner l'utilisation des îles alentours à des fins militaires. En considérant l'impact d'une telle situation sur une communauté, il est utile de rappeler que l'Echange de Notes de 1966 stipule que l'archipel serait disponible pour satisfaire les besoins militaires des deux nations au fur et à mesure qu'ils surgissent.

En bref, notre point de vue est que la présence de toute communauté civile, même sur les îles alentours, entamerait de façon très sérieuse la valeur stratégique d'un atout militaire aussi unique dans la région, pour nos deux Gouvernements. Un tel acte nécessiterait une réévaluation des plans de défense américains actuels et futurs sur l'île ainsi que les plans militaires américains en général. J'espère que ceci peut être évité »<sup>286</sup>.

En conséquence aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 et à l'adoption des ordonnances prises en Conseil privé relatives à la constitution et à l'immigration dans le *Territoire britannique de l'océan Indien* en 2004, M. Lincoln P. Bloomfield Jr, le Secrétaire d'Etat Adjoint américain pour les affaires politiques et militaires a écrit à M. Robert N.

---

<sup>286</sup> Copie de la lettre du Secrétaire d'Etat Adjoint pour les Affaires Politiques et Militaires au Département d'Etat, M. E. NEWSOM, à M. R. WILKINSON, Directeur de la Branche Amérique au *British Foreign and Commonwealth Office*, datée du 21 juin 2000. Le document fut utilisé lors de la plaidoirie dans l'Affaire *Chagos Islanders*.

Culshaw, Directeur du Bureau des Amériques, des Territoires Outremer, des Affaires étrangères et du *Commonwealth* que :

« Diego Garcia est une plateforme vitale et indispensable aux opérations militaires américaines sur la planète, comme il fut démontré par le rôle important joué par la base, pour les forces américaines et de la coalition lors des opérations *Enduring Freedom* et *Iraqi Freedom*, ainsi que par son rôle continue dans la lutte mondiale contre le terrorisme. La situation géographique de l'archipel des Chagos, son isolation et l'absence de populations civiles lui confèrent un atout unique parmi les bases opérationnelles à travers le monde. Les dispositifs de notre Gouvernement sur Diego Garcia ont une protection exceptionnelle contre toute attaque armée, collecte d'informations, surveillance et contrôle ainsi que contre un éventuel brouillage électronique.

Nous croyons que toute tentative d'installation de populations civiles sur toute île de l'archipel annulerait toutes nos opérations militaires, et nous apprécions les démarches entreprises par le Gouvernement de Sa Majesté pour éviter un tel [scénario]. Un déclin des dispositifs militaires de Diego Garcia aurait des conséquences sérieuses sur nos intérêts militaires communs. Vos actions visant à empêcher toute installation civile sur toutes les îles de l'archipel des Chagos ont sauvegardé notre habilité à conduire les opérations militaires présentes et futures en soutien à nos objectifs de sécurité nationale.

J'apprécie la sensibilité du Gouvernement de Sa Majesté à nos impératifs militaires communs et espère continuer notre excellente coopération en la matière »<sup>287</sup>.

Le passage suivant suggère que les Chagossiens de l'archipel des Chagos, un peuple qui n'avait connu jusqu'au début des années 1960 que l'archipel des Chagos comme leur terre natale, auraient dû avoir un traitement différent de celui auquel ils sont soumis.

---

<sup>287</sup> Cité par Juge HOOPER dans l'Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 96.

« L'une des idées sur lesquelles la souveraineté légale se base est qu'un certain groupe culturel – une nation – a une relation privilégiée avec un certain territoire. La 'terre natale' de chaque nation est définie par son histoire, sa littérature, sa musique et ses arts et fournit – ou promet – aux membres de cette nation une place particulière d'appartenance. C'est en vertu de cette relation particulière qu'ils revendiquent le droit de vivre sur cette terre natale et d'y circuler, ainsi que – à travers leur Etat – de déterminer les termes et les conditions selon lesquels d'autres peuvent y accéder »<sup>288</sup>.

***C- Les Seychelles et l'Île Maurice acceptent le démembrement de leurs territoires respectifs pour l'établissement du BIOT***

Avant 1903, les Seychelles, l'Île de Rodriguez, ainsi que les Îles d'huile (*Oil Islands*) qui comprenaient l'Île Agalega, l'archipel de Cargados Carajos (St Brandon) et l'archipel des Chagos étaient tous rattachés à l'Île Maurice. Tous ces territoires étaient administrés par des magistrats rémunérés qui s'y rendaient une fois par an, si ce n'est moins<sup>289</sup>. Le Royaume-Uni sépara les Seychelles de l'Île Maurice, pour en faire une colonie à travers les « *Letters Patent* » d'août 1903. L'Île Maurice gagna son indépendance du Royaume-Uni en 1968, tandis que les Seychelles devinrent indépendantes du Royaume-Uni en 1976. Avant de leur accorder l'indépendance, le Royaume-Uni les força à concéder certains de leurs territoires permettant ainsi la création du *Territoire britannique de l'océan Indien* le 8 novembre 1965.

Le consentement du Gouvernement seychellois fut obtenu de son conseil exécutif. L'accord de principe du Gouvernement mauricien fut obtenu lors de la conférence constitutionnelle tenue au *Lancaster House*, à Londres, le 23 septembre 1965, où des discussions sur l'indépendance imminente de l'Île Maurice se tenaient. Les personnes

<sup>288</sup> Ross POOLE, *Nation and Identity*, p. 127.

<sup>289</sup> R. SCOTT: *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies*, supra.

présentes lors des discussions étaient le gouverneur mauricien ainsi que Messers Bissondoyal et Mohamed. Ils acceptèrent les propositions britanniques et se chargèrent de les conseiller à leurs collègues. Les politiciens mauriciens se mirent également d'accord sur le fait que si l'utilisation de l'archipel des Chagos prenait fin, l'archipel serait remis à l'Île Maurice. Il apparaît aussi que les politiciens de l'opposition mauricienne n'ont pas contesté le démembrement de l'archipel des Chagos comme tel, mais qu'ils étaient plutôt insatisfaits de la somme versée comme compensation. Ils souhaitaient notamment qu'il y ait, en plus des trois millions de livres sterling, plus de quotas de sucre en faveur de l'Île Maurice<sup>290</sup>.

#### ***D- Création du Territoire britannique de l'océan Indien, le 8 novembre 1965***

Le 4 novembre 1965, le conseil des ministres mauricien ratifia l'accord du 23 septembre 1965 entre le Secrétaire d'Etat Britannique, Anthony Greenwood, et le gouverneur mauricien ainsi que deux de ses ministres<sup>291</sup>. Le 5 novembre 1965, le Gouvernement mauricien envoya le télégramme numéro 247 au Secrétaire d'Etat Britannique chargé des Colonies, M. Anthony Greenwood, l'informant des résultats de la réunion du conseil des ministres du 4 novembre 1965<sup>292</sup>. Le 8 novembre 1965, la Reine donna son consentement à l'ordonnance prise en Conseil privé au *Buckingham Palace*<sup>293</sup>, créant le *Territoire britannique de l'océan Indien* et détachant l'archipel des Chagos du territoire mauricien. La création du *BIOT, Territoire britannique de l'océan Indien* a suivi moins de deux mois après la conférence constitutionnelle du 23 septembre 1965 à Londres, au *Lancaster House*, à peine quatre jours après le Conseil des Ministres

---

<sup>290</sup> Rapport du *Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, Annexe P, p. 63.

<sup>291</sup> Ibid., Annexe M, p. 59.

<sup>292</sup> Ibid, Annexe P, p. 62.

<sup>293</sup> S.I 196571920 (1965 III p. 5767) *Amendment Order* (1968) S. I 1968 111 (1968 1 p. 304).

mauriciens, ratifiant les accords pour l'indépendance mauricienne, sous condition du démembrement de l'archipel des Chagos pour créer le *BIOT*<sup>294</sup>.

La section 3 de l'ordonnance du *BIOT* de 1965 déclare :

« A partir de la date de cet ordonnance -

- (a) L'archipel des Chagos, c'est-à-dire les îles qui immédiatement avant cette date faisaient partie des dépendances de l'Île Maurice, et
  - (b) Les Îles Farquhar, le Groupe d'Aldabra et l'Île Desroches, étant les îles qui, avant la date de cette ordonnance faisaient partie de la Colonie des Seychelles,
- Formeront ensemble une nouvelle colonie répondant à l'appellation du *BIOT* : Territoire Britannique l'océan Indien ».

Le décret-loi du *BIOT* de 1965 était décrété suivant la prérogative royale et la « Loi sur les Frontières Coloniales de 1895 » (*Colonial Boundaries Act of 1895*), dont la section 1 déclare :

« Alternance des frontières des colonies

- (1) Lorsque les frontières d'une colonie ont, avant ou après l'adoption de cette Loi, été modifiée par Sa Majesté la Reine par ordre en conseil ou « Letters Patent », les frontières en question seront considérées et seront les frontières de cette colonie, à partir de la date de cette modification.
- (2) A condition que le consentement d'une colonie autonome soit requis pour la modification de ces frontières.
- (3) Dans ce cas, une « colonie autonome » signifie toute colonie indiquée dans les textes de cette Loi ».

---

<sup>294</sup> En 1983 Le gouvernement mauricien établit le comité sur l'excision de l'Archipel des Chagos du territoire mauricien à la suite de quelque controverse sur le sujet à l'Île Maurice. Cette controverse continue jusqu'à ce jour avec l'Etat mauricien qui a à plusieurs reprises au sein des forums des Nations Unies revendiqué la souveraineté sur le territoire de l'Archipel des Chagos

La loi reconnaissait comme colonies autonomes : le Canada, la Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, le sud de l'Australie, Queensland, l'ouest de l'Australie, la Tasmanie, la Nouvelle-Zélande, le Cap de Bonne Espérance et Natal [en Afrique du Sud].

Entre janvier et avril 1967, le Gouvernement britannique acheta l'archipel des Chagos à la société *Chagos-Agalega Co Ltd*, et le loua à la même société avec six mois de préavis<sup>295</sup>. La propriété de la terre était transmise avec l'ordonnance numéro 1 du *BIOT* de 1967 (8 février 1967) et l'ordonnance numéro 2 du *BIOT* de 1969 (22 mars 1969). Toutes les terres du *BIOT* devinrent propriété de la Couronne en 1983 avec le décret de l' « *Acquisition of Land for Public Purposes (Repeal) Ordinance* »<sup>296</sup>.

L'administrateur du *BIOT* rendit sa première visite à l'archipel des Chagos et de nouvelles statistiques démographiques montrèrent que des populations avaient vécu sur les îles de façon permanente durant des générations. En janvier 1968, Paul Moulinié, propriétaire de *Chagos-Agalega Co Ltd*, plaça sa nièce Marcelle Moulinié comme gestionnaire des plantations sur le compte du *BIOT*.

### ***E- L'Etat de l'île Maurice devient indépendant en 1968***

L'amendement de l'ordonnance du *BIOT* du 26 janvier 1968<sup>297</sup>, corrigeait certaines inexactitudes dans la description de plusieurs des îles. Les îles concernées étaient le groupe Aldabra et les Trois Frères qui devinrent ensemble « Three Brothers ». L'île Maurice acquies son indépendance en juin 1968 après la conférence constitutionnelle mauricienne tenue à Londres au *Lancaster House*, le 23 septembre 1965, le *BIOT* ayant été créé le 8 novembre 1965.

---

<sup>295</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 47.

<sup>296</sup> Ibid., paragraphes 40 – 42.

<sup>297</sup> S.I. 1968/111.

### ***F- Construction du « complexe » militaire américain sur Diego Garcia***

Les Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni signèrent un autre accord le 24 octobre 1972 pour la construction d'un « complexe limité de communication navale » sur Diego Garcia afin de fournir un point de relais pour les services de communications militaires américains et un soutien de communication dans l'océan Indien pour les navires et les avions des deux Gouvernements<sup>298</sup>. Le complexe devait comprendre des « services de transmission et de réception, des point d'ancrage maritimes, des pistes d'atterrissage ainsi que les services et moyens logistiques et humains associés<sup>299</sup> ». Le complexe fut plus tard développé en un complexe de soutien à la marine américaine suite à l'accord signé par les Gouvernements britannique et américain le 25 février 1976<sup>300</sup>. Les deux accords de 1972 et de 1976 contenaient une clause selon laquelle une fois que l'utilisation militaire de la base ne serait plus nécessaire, les deux Gouvernements seraient chargés de restituer les trois îles ainsi que la bouche du lagon dans leurs conditions initiales, mais aucun des deux n'était sous obligation de fournir les fonds nécessaires à cette fin<sup>301</sup>.

### ***G- Les Seychelles deviennent indépendantes en 1976***

Le 28 juin 1976, un ordre du *BIOT* fut publié, révoquant l'ordre du *BIOT* de 1965 établissant le *BIOT* avec exclusion des îles appartenant aux Seychelles, ainsi que l'ordre amendé du *BIOT* de 1968<sup>302</sup>. L'objectif était de rendre les îles d'Aldabra, Farquhar et Desroches aux Seychelles. Ceci était relatif à l'accord selon lequel les Seychelles regagneraient leurs îles à leur indépendance. L'Ordre du *BIOT* de 1976 désignait aussi un fonctionnaire du bureau des affaires étrangères et du *Commonwealth* du Royaume-Uni

<sup>298</sup> *Treaty Series* (Etats-Unis d'Amérique) no 126 (1972), Cmnd 5160.

<sup>299</sup> *Treaty Series* (Etats-Unis d'Amérique) no 126 op.cit.

<sup>300</sup> *Treaty Series* (Etats-Unis d'Amérique) no 19 (1976), Cmnd 6413.

<sup>301</sup> Ibid., paragraphe 8.

<sup>302</sup> S.I. 7/1976 *BIOT* Ordre.



comme gouverneur du *BIOT*. Avant cela, le commissaire du *BIOT* résidait aux Seychelles et était gouverneur du *BIOT*. Après la remise de ces îles aux Seychelles, l'archipel des Chagos devint le seul territoire du *BIOT*.

#### ***H- Le Gouvernement britannique nie avoir amputé le territoire mauricien***

Le 10 novembre 1965, le Secrétaire d'Etat britannique répondait à une question du Parlement à Londres, déclarant qu'avec l'accord des Gouvernements mauricien et seychellois « de nouveaux arrangements pour l'administration de certaines îles ont été adoptés par un ordre en conseil adopté le 8 novembre... Les îles seraient appelées *Territoire britannique de l'océan Indien* et seraient administrées par un commissaire. Il est prévu que le territoire soit disponible pour la construction d'un complexe militaire par les Gouvernements britannique et américain... des compensations seront payées de façon adaptée<sup>303</sup> ». Le même jour, le bureau du ministre délégué britannique, à Port Louis, fit une déclaration aux médias citant la réponse à la question du Parlement donnée par le Secrétaire d'Etat britannique pour les colonies à Londres. De façon intéressante, la déclaration disait : « La population de l'archipel des Chagos consiste, à part les personnels civils et les agents immobiliers, en une *main d'œuvre*, dont les membres, et leur famille, *sont venus de Maurice et des Seychelles, employés dans les plantations de cocotiers* »<sup>304</sup>. (Emphase supplémentaire)

L'Assemblée générale des Nations Unies, à sa 1398<sup>ème</sup> séance plénière, le 16 décembre 1965, passa la résolution 2066 (XX) de 1965 (sur l'Ile Maurice) stipulant que démembrement du territoire mauricien pour établir une base militaire était une infraction à la résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960, contenant la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays colonisés et à leurs peuples. La déclaration 2066 (XX) de 1965 stipule que:

---

<sup>303</sup> Rapport sur le *Select Committee Annexe P*, p. 69.

<sup>304</sup> Rapport sur le *Select Committee, Annexe U* p. 68.

« L'Assemblée Générale,

*Ayant considéré* la question de l'île Maurice et des autres îles composant son territoire, (...)

*Prenant note avec un souci profond* que tout acte entrepris par la puissance administrative de détacher certaines îles du territoire mauricien dans le but d'établir une base militaire serait contraire à la déclaration [d'octroi de l'indépendance des pays et peuples colonisés] et en particulier au paragraphe 6 ».

Au moment le décret-loi du *Territoire britannique de l'océan Indien* de 1965 créant le *BIOT*, le Gouvernement britannique avait décidé qu'il devrait y avoir une publicité minimale sur la création d'une nouvelle colonie au moment de la décolonisation. En 1971, il avait aussi décidé que « l'ordonnance [de 1971 sur l'immigration] serait uniquement publiée dans la gazette du *BIOT*, dont la circulation limitée, ici et outre-mer, était autorisée par signature du commissaire du *BIOT*. La publicité sera donc minimale<sup>305</sup> ».

***PARAGRAPHES II - Le Royaume-Uni était au courant de la présence d'une population permanente dans l'archipel des Chagos au moment de la création du BIOT***

Le Royaume-Uni a dissimulé aux Nations Unies et au monde entier le fait qu'ils ont déplacé et exilé une population entière de l'archipel des Chagos à Maurice et aux Seychelles. Sachant qu'il existait une population permanente qui vivait sur les îles de l'archipel des Chagos depuis des générations, les Etats-Unis et le Royaume-Uni

---

<sup>305</sup> Affaire *Bancoult (1)* au paragraphe 19. Dans une approche similaire, la façon dont l'affaire de Chagos a été traitée en secret, le gouvernement britannique choisissant de faire usage de mesures archaïques pour faire adopter les décrets-lois, en l'occurrence les ordonnances sur la Constitution et l'immigration dans le *BIOT* de 2004 pour invalider le verdict de la cour divisionnaire de la haute cour de Justice du 3 novembre 2000 dans l'affaire *Bancoult (1)* provoquant l'exil effectif des Chagossiens. Les parlementaires ainsi que le public n'en furent informés que le 10 juin 2004.

décidèrent de conduire un recensement conjoint pour établir le nombre exact d'habitants des îles, la durée exacte de leur présence sur les îles et les droits dont ils disposent relativement à ce territoire ainsi que les obligations qui reviendraient au Royaume-Uni vis-à-vis du comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) et par rapport à la Charte des Nations Unies. Le Comité britannique pour la politique étrangère et militaire (UK Defence and Overseas Policy Committee) décida lors de sa 21<sup>ème</sup> réunion, le 12 avril 1965, d'entamer des discussions avec les dirigeants mauriciens et seychellois au sujet de l'intention commune américano-britannique de créer « un complexe » militaire de défense conjoint américaine et britannique dans l'océan Indien. Ces négociations ont été tenues secrètes jusqu'à ce que le Congrès américain alloue des fonds au « projet ».

Le 21 décembre 1965, le Premier Ministre mauricien annonçait la prise en charge financière totale de la réinstallation des 'Mauriciens vivant présentement sur l'archipel des Chagos' par le Gouvernement britannique. Entre janvier et décembre 1966, il y eut des discussions au sein du Gouvernement britannique au sujet des Chagossiens vivant sur l'archipel des Chagos qui devaient être traités comme autre chose que des « résidents permanents » afin d'éviter les obligations de rapport relativement à l'Article 73 de la Charte des Nations Unies.

Le commissaire du *BIOT* écrivit au Secrétaire d'Etat britannique chargé des colonies, en envoyant une copie au Gouverneur de Maurice, en date du 28 mars 1966 sous l'intitulé : « Statut des habitants et législation de l'immigration, *BIOT* » disant :

« 2. Au sujet des non-Seychellois, je parle sans information de première main, car à cause du manque de bateau alloué à ma disposition, je n'ai pas encore eu l'occasion de visiter [l'archipel des] Chagos. Je note que M. Newton considère que tous les non-Seychellois seraient légitimement classés comme Mauriciens, et il semblerait que le gouverneur de Maurice partage le même avis. Mon impression personnelle, basée largement, je l'admets, sur les « on dit » mais aussi sur certaines preuves écrites, est qu'il y a à Diego Garcia des gens qui, selon les standards habituels, seraient

classés comme « originaires » (*belongers*) du territoire. Dans le paragraphe 26 du présent rapport, M. Newton évalue le nombre des personnes 'qui pourraient être acceptées comme Ilois' à 80 adultes et 154 enfants et parmi ceux-ci, au moins 20 d'adultes (et vraisemblablement une large partie des enfants) n'avaient jamais quitté Diego Garcia, et « pourraient vraiment être considérés comme ayant leur domicile permanent sur les îles.

3. Il me semble que le problème, s'il y en a un, est créé par les Ilois – ou en tout les populations qui habitent sur l'île elle-même. Je ne veux pas dire par là qu'il y aurait des difficultés graves au sujet de leur réinstallation. Cependant, voyant que l'objectif de cet exercice serait d'éviter les critiques des Nations Unies, n'y a-t-il pas là quelque risque que, si les résidents permanents ou semi-permanents sont désormais considérés comme 'originaires' de l'île Maurice, nous pourrions échouer à accomplir notre objectif, puisque l'opération entière serait entachée de honte ? »<sup>306</sup>.

Le Royaume-Uni et les Etats-Unis ont mené un recensement commun de l'archipel des Chagos en 1964, qui était compilé par Robert Newton et l'étude de ce que seraient les droits des habitants du territoire, d'autres recensements ont suivi en 1967 et en 1967 et révélaient qu'il y avait quelques 434 Ilois qui étaient au moins de la deuxième génération et quelques 345 Ilois qui étaient au moins de la troisième génération [sur l'archipel des Chagos]<sup>307</sup>.

« Il y a actuellement environ 829 personnes dans l'archipel des Chagos, parmi lesquelles 359 vivent sur Diego Garcia, le reste vivant sur les deux autres atolls habités de Peros Banhos et Salomon. De ce total, 359 sont à la fois des citoyens du Royaume-Uni et de ses colonies, et de Maurice (ils sont appelés les Ilois). *Pour autant que nous le sachions, ni les Ilois eux-mêmes, ni les autorités mauriciennes ne sont au courant de cette double nationalité.* Il y a aussi 35 citoyens mauriciens, 408

<sup>306</sup> La lettre fut utilisée lors des plaidoiries dans la décision de *Chagos Islanders*.

<sup>307</sup> Affidavit par C. J. BRANFORD WHITE, Commissaire du *BIOT*, soumis lors de la décision de *Chagos Islanders*, p. 18.

citoyens du Royaume-Uni et des colonies venant des Seychelles<sup>308</sup>». (Emphase supplémentaire)

Après tous les recensements des Chagossiens vivant sur l'archipel des Chagos, le commissaire du *BIOT* présenta la copie rédigée de l'ordonnance au Secrétaire d'Etat le 22 mars 1967, indiquant que les recensements montraient qu'il y avait 563 Chagossiens vivant sur Diego Garcia, Peros Banhos et l'île Salomon. Le procès verbal accompagnant la copie rédigée de l'ordonnance traitait du problème des droits des Chagossiens vivant sur l'archipel depuis des générations comme suit :

« Je pense qu'il est discutable qu'ils peuvent, étant donné que même s'ils sont sur l'archipel depuis longtemps, ils n'y ont vécu qu'à la charge des propriétaires des îles, et auraient pu être renvoyés à Maurice si leur présence n'était plus souhaité pour l'exploitation. Ils n'ont jamais eu dans le passé, quelque droit de résider de façon permanente sur [l'archipel de] Chagos »<sup>309</sup>. (Emphase dans l'original)

Cette approche qui consiste à réduire les droits de la loi publique des personnes résidant sur l'archipel des Chagos, au problème de savoir si elles avaient quelconque droits fonciers ou non a été poursuivi par juge Ouseley dans l'arrêt de *Chagos Islanders*.

Certains fonctionnaires britanniques se sont rendu compte de la difficulté de soutenir que la question n'était qu'un sujet de droit privé sur la propriété de terre au sein de l'archipel des Chagos. Par exemple, le fonctionnaire administrant le Gouvernement de Maurice mit en exergue le fait que l'enjeu était de savoir s'ils étaient « originaires » de l'archipel des Chagos, dans une lettre au Secrétaire d'Etat datant du 29 septembre 1967<sup>310</sup>. Malgré cet avis, le Secrétaire aux Affaires Etrangères rapporta au Premier Ministre le 25 juillet 1968 que la position des Chagossiens était qu'ils n'étaient

---

<sup>308</sup> Affaire *Bancoult (1)* paragraphe 14.

<sup>309</sup> Ibid.

<sup>310</sup> Ibid.

propriétaires d'aucun bien immobilier sur l'archipel des Chagos et par conséquent « il peut être contesté que nul n'a le droit de résider en permanence sur les îles<sup>311</sup> (...) »

Au moment où l'on parle du projet de décréter l'ordonnance sur l'immigration de 1971, les autorités britanniques savaient sans le moindre doute qu'il y avait une population permanente sur le territoire du *BIOT*, certains des membres de cette population ayant leurs racines dans l'archipel des Chagos depuis des générations. Il n'y avait aucune ambiguïté quant à la raison pour laquelle l'ordonnance allait être décrétée. M. Aust, qui à l'époque était le Conseiller Juridique du Bureau des Affaires Etrangères, écrivit le 16 janvier 1970 pour donner son avis au sujet de la question de savoir si l'ordonnance devrait être décrétée. Il déclarait :

« *But de l'ordonnance sur l'immigration*

- Fournir le pouvoir légal de déporter les personnes qui ne partiront pas volontairement ;
- Empêcher les gens d'entrer ; et
- Maintenir le mythe selon lequel les habitants de Chagos ne sont pas une population permanent ou semi-permanente »<sup>312</sup>.

Il était clair sur le fait que le principe de faire passer les habitants de Chagos pour des non-permanents était un « mythe », lequel devait être maintenu une fois que les autorités britanniques réussiraient à les faire passer comme tels. Son mémorandum déclare plus loin comme suit:

« *Maintien du mythe* »

Tant que seule une partie du *BIOT* sera évacuée, le Gouvernement britannique devra continuer à soutenir que les habitants locaux ne sont qu'une population mouvante. Ceci sera sans doute plus facile dans le cas de la partie non-chagossienne du *BIOT*...

---

<sup>311</sup> Affaire *Bancoult (1)* op.cit.: Cette approche est très similaire à celle utilisée par le régime de l'*apartheid* pour déposséder des millions de Noirs sud-africains de leur terres.

<sup>312</sup> Affaire *Bancoult (1)*, paragraphe 18.

où la plupart des habitants sont des travailleurs seychellois et leurs familles. Cependant, plus une telle population y demeure ou peut-être même s'y développe, plus grand sera le risque que nous soyons accusés d'établir une petite colonie au sujet de laquelle nous devrions faire des rapports relativement à l'Article 73 de la Charte des Nations Unies. Par conséquent, une législation stricte d'immigration, donnant à ce genre de travailleurs ainsi qu'à leurs familles des droits de résidence très limités, pourrait compromettre notre argument selon lequel le territoire n'a pas de population autochtone »<sup>313</sup>.

Avant l'ordonnance sur l'Immigration du *BIOT* de 1971, la décision suivante était prise en juin 1966 d'enlever le sujet de l'ordre du jour du Comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) :

« Le [bureau colonial] aimerait éviter l'utilisation de l'expression 'habitants permanents' concernant toute île du territoire car, reconnaître qu'il y a des habitants permanents impliquerait l'existence d'une population dont les droits démocratiques devraient être sauvegardés, et par conséquent être considérés par le Comité Spécial des Vingt-Quatre qui imposerait ses limites (...)

Il est (...) d'une importance particulière que la décision prise par le bureau colonial soit qu'il n'y a pas de population permanente dans le *BIOT*. Tout d'abord, il est nécessaire d'établir sans le moindre doute quels habitants présents sont sur les îles en ce moment, depuis quand ils y sont et si jamais certains d'entre eux y sont nés. Ultérieurement, il pourrait être nécessaire de leur délivrer des documents qui établiront qu'ils sont « originaires » soit de l'île Maurice, soit des Seychelles, présents sur le *BIOT* seulement de façon temporaire. Ce moyen, bien qu'assez transparent, nous donnerait au moins une position de défense vis-à-vis du Comité spécial des Vingt-Quatre... Il serait très embarrassant pour nous qu'après avoir laissé entendre

---

<sup>313</sup> Affaire *Bancoult (1)*, op.cit.

aux Américains que les îles leur seraient disponibles pour usage militaire, elles tombent sous la juridiction du Comité des Vingt-Quatre des Nations Unies »<sup>314</sup>.

Les fonctionnaires du Gouvernement britannique ont aussi donné à leur Premier Ministre les conseils suivants vers la fin des années 1960, au sujet du sort des habitants de l'archipel des Chagos qui allaient être expulsés *manu militari* de leur terre natale. Le mémorandum déclarait :

« 11. Il est sous-entendu dans cet objectif, et reconnu à ce moment que *nous ne pouvons pas accepter les principes gouvernant notre comportement par ailleurs universel dans nos territoires dépendants, par exemple, nous ne pouvons pas accepter que les intérêts des habitants soient suprêmes et que nous devrions y développer un Gouvernement autonome*. Nous considérons par conséquent que la meilleure manière dont nous pouvons satisfaire à ces objectifs, lorsque nos actions seront examinées par les Nations Unies, serait d'affirmer depuis le début, si besoin est, que ce territoire ne tombait pas sous la portée du chapitre XI de la Charte des Nations Unies »<sup>315</sup>. [Emphase supplémentaire par juge Laws dans l'arrêt de *Bancoult* (1).]

L'arrêt de *Bancoult* (1) a examiné longuement les processus qui ont mené à la création de la base militaire américaine sur Diego Garcia ainsi que les discussions confidentielles tenues entre les Gouvernements américain et britannique. Ces discussions soutiennent fermement que les officiels des deux Gouvernements savaient depuis le début que ce qu'ils proposaient était sans précédent. Ils savaient qu'il y aurait des conséquences à long terme sur la vie et les droits des Chagossiens, mais n'en

---

<sup>314</sup> Cité dans l'Affaire *Bancoult* (1) au paragraphe 7. L'auteur a ce document dans ses dossiers. Cette approche est similaire à celle utilisée par le régime de l'*apartheid* pour assurer des mouvements limités des populations de souche africaine, afin d'assurer une main d'œuvre à bas prix pour les mines d'or ainsi que les fermes. Les « Africains » devaient être en possession de documents communément appelés « trempasses » et les montrer sur demande, ou bien subir l'emprisonnement ou le travail forcé.

<sup>315</sup> Affaire *Bancoult* (1) paragraphe 14.



étaient en aucun cas inquiétés. Le principe de créer et de soutenir un « mythe » selon lequel il n'y avait pas de population permanente sur l'archipel des Chagos alimente l'idée selon laquelle cette population était vue comme « superflue ».

Des propos racistes ouverts comme « *Man Fridays* » et « *Tarzans* » étaient utilisés pour faire référence aux membres de la communauté des Chagossiens, et souligne le fait que ce qui est arrivé aux Chagossiens avait beaucoup à voir avec le racisme. Il n'existe pas d'autres communautés ayant subi les mêmes violations de leurs droits humains que les Chagossiens continuent à souffrir aujourd'hui. Même si la compensation financière était tout à fait inadéquate, les Etats-Unis ont admis leur responsabilité politique pour la dévastation que les essais nucléaires ainsi que l'expulsion forcée ont eue sur la santé des habitants des Iles Marshall. Cependant, les Etats-Unis ainsi que le Royaume-Uni n'ont pas encore admis que ce qui a été fait et continue de se faire sur le peuple chagossien est illégal et injuste. Le traitement réservé aux Chagossiens est strictement opposé à la politique du Royaume-Uni envers les Iles Malouines (Falkland), qui sont elles occupées par des citoyens britanniques blancs. Le Secrétaire Adjoint Permanent britannique disait dans une note datant du 24 août 1966 :

« Nous devons incontestablement être très durs à ce sujet. L'objet de cet exercice était d'avoir quelques rochers qui demeureraient les nôtres; il n'y aura pas de population autochtone à part les mouettes qui n'ont pas encore de comité (le statut du comité des femmes ne couvre pas les droits des oiseaux) » <sup>316</sup>. (Emphase dans l'original)

A ceci fut ajouté une note griffonnée de M. Greenhill qui disait :

« Malheureusement aux oiseaux, s'ajouteront quelques 'Tarzans' ou 'Men Fridays' dont les origines sont obscures, et qui espérons-le, seront souhaités à Maurice etc.

---

<sup>316</sup> Affaire *Bancoult* (1) paragraphe 7.

Lorsque cela aura été fait, je conviens qu'il faudra que nous soyons très durs et que des conclusions soient tirées en conséquence »<sup>317</sup>.

#### ***A- La première phase de dépopulation de l'archipel des Chagos***

En 1965, les autorités britanniques étaient dorénavant soucieuses de la façon dont elles se débarrasseraient de la population permanente de l'archipel des Chagos et se concertaient déjà au sujet de la nécessité d'une ordonnance sur l'Immigration à cette même fin. C'est à ce moment que les autorités britanniques conçurent des moyens non-législatifs pour commencer la dépopulation de l'archipel des Chagos. Il y eut des tentatives d'entraîner les Chagossiens à voyager vers l'Île Maurice pour les vacances ou pour des raisons médicales, comme c'était courant à cette époque. Les moyens de transport étaient des bateaux fournis par le Gouvernement britannique et ses agents sur les îles.

En 1967, puis en mars 1968, deux cargaisons remplies de travailleurs des plantations de cocotier de l'archipel des Chagos, dont certains des Chagossiens, arrivèrent à Port Louis sur le navire *MV Mauritius*. Ceux-ci étaient des voyages volontaires, comme beaucoup d'autres voyages que les travailleurs des plantations effectuaient pour les vacances ou des raisons médicales<sup>318</sup>. Lorsque les Chagossiens ont essayé de rentrer vers l'archipel après ces voyages, on leur refusa le permis de retour. Olivier Bancoult, né en 1964 à Peros Banhos, Président du Groupe Réfugiés de Chagos qui est le Plaignant dans les décisions *Bancoult (1)* et *Bancoult (2)* faisait partie de ces Chagossiens et avait voyagé avec sa famille à cause de sa petite sœur qui avait besoin de soins médicaux. Sa famille se vit refusée le permis de retour à Peros Banhos, et n'y est plus retournée

---

<sup>317</sup> Affaire *Bancoult (1)* paragraphe 7.

<sup>318</sup> Affaire *Bancoult (2)* paragraphe 47.

depuis<sup>319</sup>. Cette période représente la première phase de la dépopulation de l'archipel des Chagos. Depuis 1968, il y eut un souci grandissant au sujet de la détresse des Chagossiens bloqués sur l'île Maurice sans logements, possessions ou moyens financiers<sup>320</sup>. Malgré les problèmes endurés par quelques 100 familles de Chagossiens bloquées sur l'île Maurice, le projet de les renvoyer vers l'archipel fut abandonné en novembre 1968<sup>321</sup>.

Le 5 juillet 1968, le Premier Ministre britannique était informé que dans l'attente de l'approbation par le congrès américain, le Gouvernement américain prendrait les devants dans l'établissement d'un « complexe austère de communication » à Diego Garcia. A ce moment, les autorités américaines réalisaient l'ampleur de la facilité avec laquelle ils allaient pouvoir établir la base militaire américaine sur Diego Garcia.

### ***B- Deuxième et dernière phase de dépopulation de l'archipel des Chagos***

Le 21 avril 1969, le Premier Ministre britannique, le chancelier de l'Échiquier et le secrétaire d'État approuvèrent la politique de vider totalement l'archipel des Chagos de sa population étant donné la position américaine qui était de pouvoir également utiliser les îles de Peros Banhos et Salomon<sup>322</sup>. Le Gouvernement américain fit savoir au Gouvernement britannique qu'il aurait besoin de Diego Garcia évacué avant juillet 1971<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> La décision qu'il présente devant les cours américaines et britanniques est celle de revendiquer les droits de tous les Chagossiens de rentrer sur leur terre natale, l'Archipel des Chagos, et de recevoir des compensations adéquates. Le 15 mars 2006, le gouvernement mauricien a fait des arrangements pour que 150 Chagossiens puissent visiter les îles de l'archipel, à l'exception de Diego Garcia.

<sup>320</sup> Voir aussi le rapport médiatique de David OTTAWAY dans le *Washington Post* intitulé '*Islanders were Evicted for US Base*', 9 septembre 1975 à l' A1 et un autre dans le *Sunday Times* (Londres) 21 septembre 1975 intitulé '*The Islanders That Britain Sold*', à la p. 10; et plus récemment l'article d'opinion de D. VINE dans le *Washington Post*, 03 janvier 2007.

<sup>321</sup> Ibid.

<sup>322</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 52.

<sup>323</sup> Ibid.

Les autorités américaines commencèrent à avoir des problèmes pour justifier leurs actions devant le congrès américain. Alors qu'en 1969, le congrès américain avait rayé Diego Garcia du budget de 1970, il approuva une allocation budgétaire pour un « centre de communication navale austère » pour l'année financière 1971<sup>324</sup>. L'Ordonnance du *BIOT* sur l'immigration de 1971 fut décrétée en avril 1971. L'expulsion forcée des Chagossiens commença sérieusement entre août et octobre 1971, lorsqu'ils furent expulsés *manu militari* de Diego Garcia pour dégager la voie à la construction de la base militaire. Certains furent envoyés vers l'Île Maurice, et tous les autres furent envoyés à Peros Banhos et l'Île Salomon. L'administrateur du *BIOT* visita Diego Garcia et informa le *Foreign Office* britannique disant :

« Le 24 janvier [1971] j'ai informé tous les habitants que nous avons l'intention de fermer l'île au mois de juillet mais, que quelque temps, nous continuerions à exploiter Peros Banhos et Salomon et que nous allions y envoyer autant de personnes que possible. Ceci ne suscita pas de commentaires des Seychellois; cependant un nombre limité d'Ilois demanda à retourner à l'Île Maurice sur place, et à recevoir une compensation *pour avoir quitté leur « propre pays »*. [J'ai dit] que notre intention était de causer aussi peu de perturbation possible dans leurs vies et qu'à cause des difficultés de communication avec l'Île Maurice, il ne serait pas possible d'arranger un éventuel retour avant le milieu de l'année, moment où le M.V. Mauritius reprendrait ses trajets sur Mahé [capitale des Seychelles] »<sup>325</sup>. (Emphase supplémentaire)

L'Ordonnance numéro 1 du *BIOT* sur l'immigration de 1971 a été décrétée le 16 avril 1971, faisant de quiconque vivant sur l'archipel des Chagos sans permis un clandestin, et donnant au commissaire du *BIOT* les pouvoirs d'expulser quiconque se trouverait sur

---

<sup>324</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 52 . L'approbation du congrès américain pour la construction « du dispositif militaire » sur Diego Garcia annoncé le 17 décembre 1970.

<sup>325</sup> Ibid

l'archipel des Chagos sans permis. Peu après, en juillet 1971, le *MV Nordvaer* était utilisé pour évacuer des Chagossiens de Diego Garcia vers Peros Banhos et Salomon, dans l'archipel des Chagos. Ensuite, au début du mois de septembre 1971, un autre navire, *MV Isle of Farquhar*, fut utilisé pour transporter les Chagossiens de Diego Garcia à Peros Banhos et Salomon. Diego Garcia a finalement été vidé de toute famille chagossienne avec l'usage du navire *MV Isle of Farquhar* qui jeta l'ancre à Mahé, aux Seychelles le 31 octobre 1971<sup>326</sup>.

Entre janvier et septembre 1972, le Gouvernement britannique engagea des négociations avec le Gouvernement mauricien sur un projet de réinstallation en faveur des Chagossiens. En septembre 1972, les deux Gouvernements parvinrent à un accord d'après lequel le Gouvernement britannique acceptait de payer au Gouvernement mauricien une somme de 650.000 livres sterling pour un projet d'élevage porcin, en acquittement de son devoir de réinstaller le peuple chagossien sur le territoire mauricien.

En juin 1972, le *MV Nordvaer* navigua de Peros Banhos et des Iles Salomon à Mahé, dans les Seychelles avec quelques familles chagossiennes<sup>327</sup>. A leur arrivée aux Seychelles, les Chagossiens ne trouvèrent aucun arrangement établi pour leur logement et durent être hébergés temporairement dans une prison désaffectée<sup>328</sup>.

Le *MV Nordvaer* effectua le même trajet en novembre 1972 qui marqua la fermeture de l'île de Salomon. Le 27 avril 1973, le même navire partit à nouveau de Peros Banhos vers l'île Maurice avec des familles chagossiennes, qui à leur arrivée ne trouvèrent ni logement ni de moyens d'existence. En conséquence, les Chagossiens refusèrent de débarquer. Il leur fut alors offert un logement temporaire dans les *Dockers Flats* (*appartements des marins*) de Port Louis. Le dernier voyage du *MV Nordvaer* eut lieu le

---

<sup>326</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 59.

<sup>327</sup> Affaire *Bancoult* (2), paragraphe 63.

<sup>328</sup> D. VINE, *Empire's Footprint*, p. 35.

26 mai 1973, de Peros Banhos à l'Île Maurice, via les Seychelles, transportant les derniers Chagossiens de l'archipel des Chagos. Toutes les plantations de cocotiers étaient alors fermées dans l'archipel des Chagos après l'évacuation finale de Peros Banhos et de Salomon.

### ***C -Les lois utilisées pour dépeupler l'archipel des Chagos***

Comme mentionné plus haut, le *BIOT* a été créé par un ordre en conseil le 8 novembre 1965. Cet ordre en conseil prévoyait la création du bureau du commissaire du *BIOT*, à qui revenaient des pouvoirs législatifs extraordinaires. La section 11 de le décret-loi de 1965 stipulait que :

« (1) Le commissaire du *BIOT* est en mesure de créer des lois pour la paix, l'ordre et le bon Gouvernement du territoire, et de telles lois seront publiées de la manière jugée adéquate par le commissaire.

(2) Toute loi créée par le commissaire peut être révoquée par Sa Majesté par l'entremise d'un Secrétaire d'Etat.

(3) En cas de révocation d'une loi par Sa Majesté, le commissaire se chargera de la publication de cette révocation d'une manière qu'il juge adéquate.

(4) Chaque loi révoquée cessera d'être en vigueur aussitôt que la publication de cette révocation sera faite, selon la clause ci-dessus et par conséquent après tout décret d'amendement ou abrogation, la loi en subirait les conséquences comme si elle n'avait pas existé ».

La première ordonnance, émise par le tout nouveau *BIOT* et ayant pour but de débarrasser l'archipel des Chagos de ses habitants autochtones était l'ordonnance sur l'Immigration de 1971. Le but spécifique de cette ordonnance était de rendre la présence continue des Chagossiens sur la seule terre qu'ils avaient connue comme leur patrie

depuis plus d'un siècle, illégale, afin de les exposer à la pénalité d'expulsion par le commissaire du *BIOT*.

L'Ordonnance de 1971 sur l'immigration était décrétée avec l'objectif spécifique de vider l'archipel des Chagos de sa population permanente. L'Article 4 de ladite ordonnance prévoyait que :

« (1) Aucune personne ne pourrait entrer sur le territoire ou, se trouvant sur le territoire, ne pourrait demeurer sur le territoire, à moins qu'elle soit en possession d'un permis ou que son nom soit mentionné sur un permis conformément aux dispositions des sections 5 et 7 de cette ordonnance.

(2) Les dispositions de cette section ne devraient pas s'appliquer aux membres des Forces de Sa Majesté, ou aux personnes faisant partie des services publics des Seychelles ou du territoire, ou faisant partie de tout autre service d'un Ministère d'Etat de Sa Majesté en période de service, ou à toute autre personne, comme ce peut être ordonné ».

Il est clair, à partir des dispositions de la section 4 que les Chagossiens pouvaient seulement demeurer sur l'archipel des Chagos qu'étant en possession d'un permis<sup>329</sup>. La

---

<sup>329</sup> Il y a des similarités choquantes entre ce qui a été l'ultime objectif des décrets-lois du BIOT de 1965 et de 1971 et l'approche utilisée par l'Union Sud-Africaine, qui était une colonie britannique, pour déposséder les Noirs sud-africains de leur terre. La toute première pièce juridique décrétée par l'Union Sud-Africaine était le *Natives Land Act, 1913 (Act 27 of 1913)*. L'adoption de cette loi a rendu des millions de Noirs sud-africains sans terre d'un jour à l'autre, sur la terre de leurs ancêtres, en stipulant qu'ils ne pouvaient pas être propriétaires de terres mais qu'ils y auraient accès dans les '*native reserves*' spécialement créées à cet effet. Le reste des terres étaient placées sous la propriété des colons blancs, ou gardées sous la propriété du gouvernement. Le *Natives Land Act, 1913* jeta les fondations de la dépossession des terres, laquelle sera la clé du régime d'*apartheid* du gouvernement de l'Union Sud-Africaine. En 1990, 87 % des terres sud-africaines étaient sous le contrôle de la minorité blanche, tandis que la majorité noire n'avait accès qu'à 13 % des terres. Voir Sol T. PLAATJE, *Native Life in South Africa* ; TLOU et A. CAMPBELL, *History of Botswana* ; F. WELSH, *A History de South Africa* ; E. ROUX, *Time Longer Than Rope* ; A. J. VAN DER WALT, & G. J. PIENAAR, *Introduction to the Law de Property; Association for Rural Advancement (AFRA) 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999* ; G. BUDLENDER, J. LATSKY and T. ROUX, *The New land Law 1998* ; C. BUNDY, *The Rise and Fall de the South African Peasantry* ; D.D.D JABAVU, *The Black Problem* ; T. MARCUS, K. EALES et A.

section 9 de l'Ordonnance *du BIOT* fait de l'infraction à la Section 4 un acte illégal, et rend par conséquent toute personne qui ne l'observe pas coupable d'un délit. Elle déclare :

« (9) Il serait illégal pour toute personne d'entrer sur le territoire, d'y être présent ou d'y demeurer en infraction aux dispositions de la section 4 de cette ordonnance ».

La section 10 donne des pouvoirs extraordinaires au commissaire du *BIOT*, dont celui d'expulser et de tenir à l'écart du territoire toute personne en cas de nécessité. La cible étant évidemment les Chagossiens, dont la présence était illégale selon la section 4 de l'ordonnance sur l'Immigration. Le paragraphe 3 de la section 4 donnait au commissaire du *BIOT* le droit de garder en détention toute personne faisant l'objet d'une expulsion imminente. La section 4 prévoit :

« (1) Le commissaire peut donner l'ordre qu'une personne dont la présence sur le territoire est, selon les dispositions de cette ordonnance, illégale, en soit *expulsée* et tenue à l'écart, soit indéfiniment, ou pendant une période spécifiée par l'ordre.

(2) Un ordre donné dans le cadre de cette section doit être exécuté de la façon jugée adéquate par le commissaire.

(3) Une personne contre qui un tel ordre a été donné dans le cadre de cette section, peut, au cas où le commissaire en décide ainsi, être *gardée en détention dans l'attente de son expulsion* et avant qu'elle ne soit amenée à son lieu de départ, et pendant cette détention, être gardée en détention totalement légale ». (Emphase supplémentaire)

On doit noter qu'au moment où l'ordonnance était décrétée, un nombre de Chagossiens qui avaient volontairement voyagé à l'extérieur de l'archipel s'étaient vus

---

WILDSCHUT, *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa* ; S. E. M PHEKO, *South Africa: A Betrayal de a Colonised People* ; M. TONG, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions* ; 1 et M. TONG, *Lest we Forget: Jurisprudence on Restitution of Land Rights in South Africa*.



refusés de rentrer dès 1964. Cela se faisait par l'interdiction systématique de les laisser embarquer sur tout navire qui devrait se diriger vers l'archipel des Chagos. Le Royaume-Uni avait la responsabilité de transporter les Chagossiens de l'archipel des Chagos et vers l'archipel. Le seul moyen de transport disponible était le *MV Nordvaer*. Le même navire devint la possession du *BIOT* à partir du 18 avril 1968. C'était devenu une habitude que les Chagossiens ainsi que d'autres travailleurs venant de Maurice ou des Seychelles voyagent de la même façon.

Une fois que l'ordonnance sur l'Immigration a été décrétée, tous les Chagossiens cherchant à rentrer vers l'archipel des Chagos, même dans les plus rares cas où ils avaient leur propre moyen d'y retourner, se verraient refuser d'y entrer par ordre. Toute tentative d'outrepasser cette mesure résulterait en une déportation vers l'Île Maurice, dont ils étaient devenus citoyens à leur insu.

Avant l'arrêt de l'affaire Bancoult (4) du 22 octobre 2008, le Gouvernement britannique n'a pas encore reconnu de façon explicite avoir expulsé les Chagossiens et leur a donc interdit de rentrer sur l'archipel des Chagos. Il a choisi de continuer à nier que les Chagossiens aient été une population permanente de l'archipel des Chagos sur plusieurs générations, depuis les années 1770. Il a choisi de les cataloguer comme travailleurs sur contrat qui s'étaient installés dans les plantations à l'époque. Il continue par conséquent à nier toute responsabilité pour leur réinstallation et leur restitution. Le rapport du *United Kingdom House of Commons Foreign Affairs Committee*, intitulé « *Dependent Territories Review: Interim Report, Supplementary memorandum by the Foreign and Commonwealth Office* » (Revue des territoires dépendants: rapport intérimaire, mémorandum supplémentaire par le bureau des affaires étrangères et du *Commonwealth*) déclare :

« *Les Ilois*

*Histoire*

Les Ilois sont *d'anciens travailleurs sur contrat qui ont travaillé dans les plantations de cocotiers* du BIOT. Ils ont été expulsés du territoire lorsque les dispositifs militaires ont été installés, et résident actuellement sur l'île principale de Maurice.

Le Gouvernement britannique a versé la somme de 650.000 de livres sterling au Gouvernement mauricien en 1973 pour assurer une bonne réinstallation des Ilois à Maurice, et plus tard un autre paiement *ex gratia* de 4 millions de livres sterling en 1982 dans un fond spécial appelé Ilois Trust Fund »<sup>330</sup>. (Emphase supplémentaire).

Le bulletin annuel du *Commonwealth (Commonwealth Year Book)* de 1992 déclare :  
 « Les îles de Chagos étaient exploitées pour des plantations de cocotiers depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle. Après l'affranchissement au XIX<sup>ème</sup> Siècle, certains des anciens esclaves des îles *devinrent des travailleurs sur contrat*, la plupart d'entre eux *étant originaires de l'île Maurice*. Par conséquent, en 1965 il y avait plusieurs générations d'habitants nés dans l'archipel, principalement sur Diego Garcia »<sup>331</sup>. (Emphase supplémentaire).

Cette déclaration suggère de façon saisissante que les anciens esclaves étaient simplement devenus des travailleurs et non des habitants permanents de l'archipel des Chagos et citoyens du territoire malgré le fait que plusieurs générations étaient nées des anciens esclaves et avaient habité sur l'archipel des Chagos pendant presque 200 ans, ne connaissant pas d'autre patrie, et ce avant leur expulsion forcée. Ceci reviendrait à dire que les « Afro-américains » ne sont pas des citoyens américains. La référence affirmant que « la plupart d'entre eux » viennent de Maurice n'est destinée qu'à créer la confusion entre les anciens esclaves qui habitaient sur l'archipel depuis des générations, et les travailleurs qui sont venus travailler plus tard dans les plantations de cocotiers. En tout cas, des travailleurs sur contrat d'origine mauricienne s'étaient installés sur

<sup>330</sup> 21 janvier 1998, Annexe 18, 80.

<sup>331</sup> Bulletin annuel du *Commonwealth* 1992, p. 248.

l'archipel des Chagos et devinrent membres de la communauté grandissante des Chagossiens, laquelle depuis en 1965 était déjà devenue une communauté distincte avec sa propre langue, culture et musique. La publication annuelle du *Commonwealth* de 1992 déclare aussi que puisqu'ils n'avaient de propriétés foncières privées sur l'archipel des Chagos, « les travailleurs et leurs familles n'avaient pas le droit légal d' [y] rester<sup>332</sup> ». [La version électronique du bulletin annuel du *Commonwealth* a depuis été modifiée en incluant les résultats des décisions de *Bancoult*]

Le bulletin annuel du *Commonwealth* de 1992 crée délibérément l'impression que les Chagossiens « ont choisi de rentrer » à l'Île Maurice où ils avaient des parents, en conséquence à la décision de faire de l'archipel des Chagos une terre disponible à l'armée américaine et après son achat par la Couronne britannique. Le choix n'était clairement pas offert, et ils ne pouvaient pas retourner à Diego Garcia une fois le *BIOT* établi. S'ils étaient vraiment rentrés à l'Île Maurice, il n'y aurait jamais eu de problèmes de logement, entraînant des familles entières à vivre dans les « docks » des années durant. On doit également noter que rien n'a été dit au sujet de ceux qui avaient été expulsés vers les Seychelles et qui ont été forcés de vivre dans une prison désaffectée à cause du manque de logements, ni de tout autre disposition prise pour leur réinstallation.

### ***PARAGRAPHES III - Comment l'archipel des Chagos fut exproprié***

Les Chagossiens avaient des droits fonciers dans l'archipel des Chagos avant leur expulsion et leur exil forcés. Bien qu'ils ne détenaient pas la libre propriété de leurs maisons, il existait un système de tenure de la terre pratiqué dans ces îles que l'on peut appeler « tenure communale ». La compagnie en charge de la gestion des plantations

---

<sup>332</sup> Bulletin annuel du *Commonwealth* 1992, p. 428.

sur les îles a reconnu les « droits d'utilisation » que les Chagossiens possédaient sur les terres sur lesquelles ils construisaient leurs habitations et plantaient leur jardin potager. Et la terre se transmettait de générations en générations. Les enfants chagossiens avaient le droit de construire leur propres maisons à côté des celles de leurs parents lorsqu'ils en avaient l'âge. Cette forme de tenure de la terre était reconnue par le Gouvernement britannique dans toutes ses colonies. Le droit britannique a utilisé ce qu'on appelle « principe de reconnaissance » qui reconnaît les systèmes légaux autochtones pratiqués dans les colonies britanniques. Les réclamations foncières et celles concernant les titres des autochtones dans les anciennes colonies britanniques sont basées sur cette reconnaissance selon laquelle le titre colonial de propriété n'outrepasse pas les systèmes de tenure de la terre des autochtones. On peut ainsi affirmer que les droits relatifs à la tenure de la terre chez les Chagossiens, bien que différents des droits britanniques de libre possession, sont des droits de propriété valables.

Dans les documents de la Cour, dans l'arrêt de *Chagos Islanders*, les Chagossiens décrivent la forme de *tenure de terre* sur l'archipel des Chagos avant leur expulsion comme suit :

« Les enfants vivaient avec leurs parents jusqu'à l'âge de 15 ans. Ils choisissaient un lopin de terre pour bâtir une maison... l'administrateur était informé de l'endroit où se trouvait le lopin et l'enregistrait, après quoi il fournirait le matériel de construction. On ne les empêchait jamais de prendre la terre de leur choix, et il n'avait pas besoin d'autorisation. En général, c'était une maison avec quatre chambres, un jardin potager, de plaisance et une pièce pour la volaille et d'autres animaux comme les chèvres et les porcs. Le droit d'occupation passait de génération en génération sous la

forme d'un héritage. Le lopin de terre était généralement d'une superficie de 75 *toises*»<sup>333</sup>.

Le Gouvernement britannique a d'abord créé puis utilisé ses pouvoirs d'expropriation afin que l'archipel soit utilisé pour la création de la base militaire américaine sur Diego Garcia. En 1967, le Gouvernement britannique passa deux ordonnances par l'intermédiaire de l'autorité du commissaire du *BIOT*, dans le but d'acquérir d'office la propriété des territoires du *BIOT*, qui à cette époque revenait à la *Chagos-Agalega Company Limited*.

La première ordonnance était celle de l'acquisition d'office de la terre par le *BIOT* à des fins publiques, en l'occurrence l'ordonnance N° 1 de 1967, sortie le 8 février 1967, accordant au commissaire du *BIOT* le pouvoir d'acquérir (d'exproprier) la terre « à des fins publiques ». « Les fins publiques » dans cette instance font référence aux intérêts militaires du Royaume-Uni et du *Commonwealth*, ainsi que ceux d'autres alliés du Royaume-Uni<sup>334</sup>. Les Etats-Unis d'Amérique étaient les premiers bénéficiaires de ces « fins publiques. » La deuxième ordonnance, l'acquisition des terres à des fins publiques par le *BIOT* (Traité Privé), ordonnance N° 2 de 1967, fut émise le 22 mars 1967. Le 3 avril 1967, la Couronne britannique pris possession d'office de terre à Diego Garcia, Peros Banhos, des Iles Salomon et d'autres îles des mains de la *Chagos-Agalega Company Limited* pour une somme de 660.000 Livres Sterling<sup>335</sup>. La terre ne fut pas utilisée immédiatement par le Royaume-Uni. Elle fut louée à la *Chagos- Agalega Company Limited* pour un bail de six mois. Le bail fut maintenu en attendant que les autorités britanniques et américaines aient le feu vert de leurs supérieurs politiques pour démarrer le projet de la base militaire sur Diego Garcia.

---

<sup>333</sup> Affaire *Chagos Islanders*, paragraphe 14.

<sup>334</sup> Ibid., paragraphe 20.

<sup>335</sup> Ibid., paragraphe 21.

Les ordonnances N° 1 et N° 2 de l'acquisition de terre par le *BIOT* définissaient les « fins publiques » comme suit :

« Les Fins Publiques englobent le fait de fournir des dispositifs militaires et autres jugés nécessaires pour ou au nom du Gouvernement britannique ou pour ou au nom de tout autre Gouvernement du *Commonwealth* ou Gouvernement étranger avec qui le Royaume-Uni s'est accordé pour fournir de tels dispositifs »<sup>336</sup>.

L'Ordonnance N° 2 de 1967 n'avait pas besoin de preuve supplémentaire, vu qu'il y avait déjà une déclaration du commissaire du *BIOT*, affirmant que l'acquisition de terres se faisait à « des fins publiques ». La section 7 de la même ordonnance disait :

« Une déclaration dans le cadre d'une acquisition nécessaire ou avantageuse de la terre à des fins publiques ou la fin pour laquelle la terre était acquise est ou était une fin publique, devrait être une preuve concluante pour les besoins contenus dans la présente ».

Comme la première ordonnance de 1967 (ordonnance de l'acquisition obligatoire de terres à des fins publiques), la deuxième ordonnance (l'acquisition de terres à des fins publiques par le *BIOT* [Traité Privé], ordonnance N° 2 de 1967) donne large discrétion au commissaire du *BIOT* quant à la décision de ce qui constituait « les fins publiques ». La section 3 des deux ordonnances déclarait :

« Chaque fois que le commissaire est convaincu qu'il est nécessaire ou avantageux d'acquérir, au nom de la Couronne, toute terre sur le territoire à toutes fins qui, dans l'opinion du commissaire, relève de l'intérêt public (...) »<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> Les Ordonnances étaient publiées dans la *Gazette officielle du BIOT*.

<sup>337</sup> Section 3 de l'ordonnance N° 2 de 1967 sur l'acquisition de terres à des fins publiques par le *BIOT* [Traité Privé]

La seule différence entre la section 3 des deux ordonnances est que celle de la première ordonnance fournissait une 'forme A' de préavis devant être donnée au propriétaire de la terre, tandis que la deuxième ordonnance disait que le commissaire avait le pouvoir d'acquérir la terre « relativement à cette ordonnance ». Les préavis devaient être publiés dans la gazette officielle du *BIOT* ainsi que dans un journal publié et circulant dans les Seychelles<sup>338</sup>.

Les sections 5 et 6 de l'ordonnance N° 2 du *BIOT* de 1967 cherchaient à faire disparaître tout droit foncier que les Chagossiens ou quiconque aurait pu avoir avant la création du *BIOT*. Elles déclaraient :

« 5. La terre décrite dans l'acte juridique de l'acquisition de terres devrait (...) s'intéresser absolument et irrévocablement à la Couronne, exempte de toute hypothèque, charges, intérêts ou droits quels qu'ils soient de toute partie intéressée, à l'exception de certains cas qui pourraient avoir été spécifiés dans l'acte juridique cité ci-dessus.

6.(1) Les droits, intérêts, charges ou hypothèques de toute partie intéressée par la terre ainsi acquise, devraient, une fois cette terre acquise par la Couronne, être établis par rapport au prix énoncé dans l'acte juridique d'acquisition qui devrait être évalué à toutes fins utiles comme prix entendu entre le commissaire et le propriétaire ou propriétaire apparent de la terre ainsi acquise.

6(2) Un tel prix serait distribué (...) ».

Les deux ordonnances définissaient « partie intéressée » comme « toute personne étant propriétaire ou copropriétaire d'une terre sujette à l'acquisition sous l'ordonnance, ou ayant quelque droit, usufruit, débit ou crédit dans ou sur la terre ». Le propriétaire

---

<sup>338</sup> Affaire *Bancoult (1)* paragraphe 19 Ceci était probablement dans le cadre de la politique de garder les nouvelles sur la création du BIOT et de la base militaire américaine le moins exposées possible. En 1965, la création du BIOT était uniquement publiée dans le *BIOT Gazette officielle*.

est défini comme « preneur, usufruitier ou toute autre personne bénéficiant d'un intérêt sur la terre ».

La section 5 de l'ordonnance N° 1 de 1967, prévoyait l'enregistrement de réclamations en cas d'insatisfaction par rapport au prix offert pour la terre. Le seul propriétaire foncier privé reconnu à l'époque était la *Chagos- Agalega Company Limited*, et par conséquent les dispositions de cette section s'appliquaient principalement à cette société. Toute réclamation devait être déposée dans une période limite de deux mois après la publication dans la gazette du *BIOT*. En cas de défaillance à poser sa réclamation avant cette échéance, le prix serait fixé à celui offert par le commissaire du *BIOT*. La section 7 de cette ordonnance prévoyait un comité d'arbitrage en cas de réclamation au sujet du prix offert par le commissaire, pour déterminer un autre prix.

La section 8 de l'ordonnance N° 2 de 1967 donnait à la Couronne britannique le droit d'utiliser la terre à toute fin qu'elle considérait appropriée. Elle prévoyait que « la terre acquise sous cette ordonnance pourra être utilisée aux fins publiques pour lesquelles elle a été acquise ou, si cela n'est plus nécessaire, pour toute autre fin, et la Couronne britannique aura le *droit absolu* d'utiliser, de disposer ou de transférer pareille terre de la façon semblant la plus appropriée ». (Emphase supplémentaire)

Ceci veut dire que la terre pouvait être utilisée à d'autres fins que la base militaire. Jusqu'aujourd'hui, les Etats-Unis d'Amérique n'ont utilisé que le tiers des terres sur Diego Garcia, alors que les îles alentours de Peros Banhos et Salomon sont restées inutilisées depuis l'expulsion forcée des Chagossiens entre la fin des années 1960 et le début des années 1970. Apparemment, les terres sont utilisées à des fins de recherches scientifiques.



Ce n'est qu'en 1983 que toute la terre du *BIOT* tomba sous possession de la Couronne britannique avec l'émission de l'ordonnance de 1983 sur l'acquisition de terre pour des fins publiques (abrogation), qui abrogeait les ordonnances N° 1 et N° 2 de 1967. L'Ordonnance de 1983 déclara que toute terre du *BIOT* appartient à la Couronne britannique.

The BIOT Order was amended on 28 June 1976 when Seychelles attained independence. This was to return to Seychelles her islands that were excised in 1965 to form BIOT. L'Article 13 de l'ordre du *BIOT* de 1976 et l'ordre du *BIOT* de 1981 (entrés en vigueur respectivement le 28 juin 1976 et le 24 novembre 1981) déclare :

« Sujet à toute loi en vigueur sur le territoire actuellement, et à toutes instructions données de temps à autre au commissaire par Sa Majesté sous sa signature ou à travers un Secrétaire d'Etat, le commissaire, au nom de Sa Majesté, peut faire et exécuter l'octroi ou le retrait de toutes terres ou autre biens immobiliers au sein du territoire qui pourra être légalement octroyé ou retiré par Sa Majesté ».

L'Article 14 de l'ordre du *BIOT* de 1981 amendait l'ordre (Constitution) des Seychelles de 1976, stipulant le retour des îles Aldabra, Farquhar et Desroches aux Seychelles dès l'acquisition de leur indépendance en juin 1976.

## **SECTION II – LE BIOT EST UN TERRITOIRE NON AUTONOME**

Le Royaume-Uni a constamment essayé d'éviter l'application du principe d'autodétermination au *BIOT*. Le 2 février 1966, M. Brown qui avait représenté le Royaume-Uni à la session du quatrième comité des Nations Unies le 16 novembre 1965, a donné l'avis suivant au Gouvernement britannique lorsque ce dernier se décidait sur la

question des Chagossiens de l'archipel des Chagos, pour savoir si le Royaume-Uni avait l'obligation de rendre compte aux Nations Unies au sujet du territoire ou non :

« 6. D'après les informations disponibles, il semble difficile pour nous d'éviter de conclure que le nouveau territoire [le *BIOT*] est un territoire non autonome selon le chapitre XI de la Charte [des Nations Unies], en particulier parce qu'il a, et aura ou pourrait avoir, une population plus ou moins installée, bien que restreinte. Nous ne pouvons pas opposer les obligations de la charte [des Nations Unies] aux habitants car ils ne sont pas autochtones, puisque ceci détruirait notre revendication sur les Iles Falkland et Gibraltar ; les faits ne semblent pas non plus pouvoir fournir des preuves à l'appui d'une plaidoirie selon laquelle les habitants seraient permanents même si (ce qui n'est pas forcément le cas) le chapitre XI de la Charte ne faisait référence qu'aux populations permanentes ». [Soulignage ajoutés par le Juge Hooper dans l'Affaire *Bancoult* (2)].

#### ***A- Absence d'une population permanente sur le BIOT***

Le Gouvernement britannique a refusé d'inclure le *BIOT* dans son rapport d'Etat partie au Comité des Nations Unies des droits de l'homme concernant le PIDCP en 2001, sous prétexte qu'il n'y avait pas de population permanente sur le territoire<sup>339</sup>. Le Comité n'a cependant pas souscrit à cette approche et a ordonné que le Royaume-Uni soumette des informations sur le *BIOT* dans son prochain rapport au Comité et fasse en sorte qu'il soit permis aux habitants du *BIOT* d'exercer leur droit à rentrer sur leur territoire. Le Comité a donc tiré les conclusions suivantes à titre d'observations lors de sa soixante-treizième session du 8 novembre 2001 :

---

<sup>339</sup> Voir les observations finales du Comité des droits de l'homme, 05/11/2001, Document de l'ONU CCPR/CO/73/UK; CCPR/CO/73/UKOT.

« Bien que le rapport de l'État partie ne fasse pas mention de ce territoire (et que l'État partie considère apparemment qu'en l'absence de population, le Pacte ne s'y applique pas), le Comité note que l'État partie a reconnu que l'interdiction faite aux Ilois qui avaient quitté le territoire ou en avaient été évacués d'y retourner était illégale. L'État partie devrait tenter, dans la mesure où cela est encore possible, d'établir des conditions permettant l'exercice par les Ilois de leur droit au retour dans leur territoire. Il devrait envisager de les indemniser du fait que ce droit leur a été dénié pendant une longue période. Il devrait faire mention de ce territoire dans son prochain rapport périodique ».

Le comité des droits de l'homme a suivi une approche similaire en 2006. L'absence d'une population permanente sur le Biot ne devrait pas avoir d'effet sur son statut de territoire non autonome et par conséquent, sur le droit des populations d'exercer leur droit à l'autodétermination. L'absence d'une population permanente dans le BIOT est le résultat de l'expulsion forcée de la population de ce territoire à la fin des années 1960, début des années 1970 pour faire place à la création de la base militaire américaine. C'est une tentative fourbe de la part du Royaume-Uni de se servir de l'absence d'une population permanent sur l'île comme d'une raison de ne pas remplir ses obligations auprès des Nations Unies. L'expulsion forcée et le transfert de la population sont des violations de l'Article 73 de la Charte des Nations unies et des principes du droit international qui interdisent le transfert forcé des populations.

C'était également une violation du droit interne, comme l'a démontré le jugement de l'affaire Bancoult (1) en 2000 ou la Divisional Court (juridiction supérieure composée d'au moins deux juges statuant en appel) a soutenu que le commissaire du BIOT a commis un abus de pouvoir lorsqu'il a passé l'Ordonnance sur l'immigration de 1971 et s'en est servi pour expulser la population chagossienne tout entière. La cour a également affirmé que l'archipel des Chagos « revenait » aux Chagossiens et qu'ils avaient le droit

de résidence dans les îles. Le même jour que le jugement, le Gouvernement britannique a promulgué l'ordonnance du BIOT, qui donnait aux Chagossiens le droit de retourner sur les îles alentours de l'archipel des Chagos. Comme nous le verrons ci-dessous, cette décision a été reformée par les décrets-lois sur la constitution du BIOT et l'immigration dans le BIOT de 2004.

Le jugement de l'affaire Bancoult (2) a statué que la prérogative royale ne pouvait être utilisée pour exiler une population entière. De plus, l'affaire Bancoult (1) avait créé une attente légitime de la part des Chagossiens d'être autorisés à retourner dans leurs îles de l'archipel des Chagos, à l'exception de Diego Garcia qui abrite la base militaire. La Cour d'appel a statué sur l'affaire Bancoult (3) que la prérogative royale ne va pas jusqu'à permettre à la Reine d'expulser par la force une population entière. La cour a finalement établi que l'utilisation de la prérogative royale par le Gouvernement britannique pour promulguer les décrets-lois sur la constitution du BIOT et l'immigration dans le BIOT en 2004 équivalait à un abus de pouvoir. L'argument selon lequel le BIOT n'est pas un territoire non autonome en raison de l'absence d'une population permanente sur le territoire ne tient plus.

Bien que la *Chambre des Lords* admit que les conditions déplorables dans lesquelles les Chagossiens furent exclus de leur territoire et déplacés en Ile Maurice étaient injustifiables, elle ajouta néanmoins qu'il n'est donc plus nécessaire de révoquer la décision politique de 1968 qui était basée sur les considérations de défense et de politique étrangères de l'époque. La *Chambre des Lords* soutint qu'en toute circonstance les questions de défense et de politique étrangères sont la prérogative de la branche exécutive du Gouvernement et non celle du parlement. Elle a affirmé que la Reine, devant les membres du *Conseil Privé (Privy Council)*, peut légiférer par ordre de conseil pour les colonies sans concurrence de la part du parlement. Surtout lorsque la colonie fut acquise par cession ou par conquête.

Le 22 octobre 2008 la *Chambre des Lords* reconnut dans l'Affaire *Bancoult (4)* que le Gouvernement britannique avait admis que le BIOT est un territoire non autonome et que sa population a été déplacée pour s'assurer que le Royaume-Uni n'aurait pas l'obligation de garantir le bien-être de celle-ci conformément à l'Article 73 de Charte des Nations Unies. La cour a déclaré que cet Article exigerait également que le Royaume-Uni promeuve l'autonomie de Gouvernement sur le territoire.

***B- Le BIOT est toujours sous la domination coloniale du Royaume-Uni.***

Le *BIOT* est toujours sous la domination coloniale du Gouvernement du Royaume-Uni. Il est dénommé *United Kingdom Overseas Territory (UKOT)*, ou « territoire d'Outre-mer du Royaume-Uni » selon l'ancienne appellation des UKOT<sup>340</sup>. La relation entre le Gouvernement britannique et le *BIOT* est régulée par le décret-loi du *BIOT* de 1965, selon le *Colonial Boundaries Act* de 1895 (et en partie sous la prérogative royale) qui établissait le territoire. Le Royaume-Uni est responsable des relations extérieures du *BIOT*, notamment l'assurance du respect des traités internationaux et autres obligations internationales qui s'appliquent au *BIOT*.

Le parlement britannique détient l'ultime autorité de légiférer pour les Territoires d'Outre-mer britanniques, et les législations en vigueur au Royaume-Uni peuvent être appliquées dans les Territoires d'outre-mer britanniques moyennant quelques modifications et une adaptation aux circonstances locales.

Au moment de la création du *BIOT*, certains pays africains comme le Ghana, le Burundi, le Zaïre (Congo), etc. avaient déjà acquis leur indépendance. Mise à part le fait

---

<sup>340</sup> Le *British Overseas Territories Act, 2002*, a remplacé le terme « dépendances » par « Territoires d'Outre-mer ». Les autres territoires non autonomes du Royaume-Uni sont Anguilla, les Bermudes, le Territoire Britannique de l'Antarctique, les Iles Vierges Britanniques, les Iles Caïmans, les Iles Falkland, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, Sainte-Hélène et ses dépendances, la Géorgie du Sud et les Iles Sandwich du Sud, les zones de la base souveraine de Chypre, les Iles Turks et Caicos

qu'en 1965, l'opinion internationale était fermement opposée à la création de nouvelles colonies au moment du processus de décolonisation systématique, les Nations Unies n'ont délibérément pas été informés de la création du *BIOT*, étant donné que les autorités britanniques craignaient qu'elles n'eussent à obligatoirement placer le *BIOT* sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes. Ceci aurait eu comme conséquence l'obligation du Royaume-Uni de soumettre des rapports au comité spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation) et de fournir des efforts pour aider le territoire et ses ressortissants à réaliser l'auto-administration comme expression de leur droit à l'autodétermination.

La puissance coloniale, c'est-à-dire le Royaume-Uni, garde toujours sa souveraineté sur le *BIOT*, territoire qu'il a acquis par le Traité de Paris de 1814. Le principe d'autodétermination, dans sa forme originellement appliquée aux territoires colonisés, devrait s'appliquer au *BIOT*. Cependant, le Royaume-Uni n'a pas encore mis le *BIOT* sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes, prétextant que puisque le territoire n'a pas de population permanente, le Royaume-Uni n'a pas l'obligation de soumettre des rapports aux Nations Unies selon l'Article 73 de la Charte des Nations Unies. Nous discuterons de ces deux sujets afin de déterminer si le *BIOT* est un territoire non autonome dont la population a un droit à l'autodétermination.

### ***C- Non inclusion du BIOT sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes***

L'autre question à se poser serait si le fait que le territoire ne figure pas sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes affecte l'applicabilité du principe d'autodétermination au territoire. La réponse est négative. L'applicabilité du principe, qui est déjà devenu une règle obligatoire du droit international, ne dépend pas de l'ajout d'un territoire sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes. Le fait de

placer un territoire sur la liste des territoires non autonomes vise à obliger l'Etat ayant un tel pouvoir sur ce territoire, se basant sur la « mission sacrée » qu'il détient vis-à-vis des populations de ce territoire, à faire des rapports aux Nations Unies sur leur bien-être et les mesures qu'il a entreprises pour aider les habitants à atteindre l'autonomie. L'Article 73 alinéa (e) requiert d'un tel Etat qu'il transmette des rapports réguliers au Secrétaire Général sur les conditions socio-économiques dans ces territoires.

Le Royaume-Uni soumettait régulièrement des rapports au Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur décolonisation) sur l'île Maurice et les Seychelles avant leurs indépendances respectives en 1968 et en 1976. Le procès verbal de la 1558<sup>ème</sup> réunion de la vingtième session du quatrième comité de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la décolonisation qui s'est tenue le 16 novembre 1965 montre que le Royaume-Uni a volontairement dissimulé des informations de la connaissance des Nations Unies sur le démembrement du territoire mauricien pour créer le *BIOT*. Lorsqu'il lui a été précisément demandé d'apporter des précisions sur la formation du *BIOT*, le Royaume-Uni déclara qu'il n'était pas question de diviser des entités naturelles de Maurice et des Seychelles mais que tout ce dont il était question était « un réajustement administratif librement élaboré avec les Gouvernements seychellois et mauriciens, qui incluait la nomination d'un commissaire pour prendre la relève des Gouvernements mauricien et seychellois ». Les représentants du Royaume-Uni ont également déclaré qu'un grand soin serait accordé au peu d'habitants qui pourraient avoir été affectés par ce « réajustement administratif ».

Le Royaume-Uni a expulsé *manu militari* les Chagossiens de l'archipel des Chagos et les a abandonnés sur les plages de l'île Maurice, plaçant certains d'entre eux dans une prison désaffectée aux Seychelles, sans aucun arrangement pour leur réception, prise en charge ou réinstallation. La question d'inclure le *BIOT* sur la liste des Nations Unies des

territoires non autonomes ne s'est pas posée car les Nations Unies considéraient le *BIOT* comme faisant partie du territoire mauricien.

Le *BIOT* est un territoire non autonome d'après la définition. Son ajout sur la liste des Nations Unies accélérerait sa décolonisation. L'inscription sur la liste est un requis procédural afin que l'Assemblée générale puisse commencer à débattre sur la question et prendre des résolutions visant à résoudre le problème. La CIJ dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-ouest africain*, a déclaré que seule l'Assemblée générale des Nations Unies avait le droit de rayer un territoire de la liste des territoires non autonomes. Ceci n'implique pas que le principe ne s'applique pas aux territoires qui n'ont jamais figuré sur la liste des territoires non autonomes. Ce qui est requis est de leur permettre d'y être ajoutés. En outre, la CIJ a conclu que seule l'Assemblée générale des Nations Unies a le droit de changer le statut international d'un territoire. Aucune action unilatérale d'une puissance administrant ne peut avoir cet effet. Jusqu'à ce que l'Assemblée générale des Nations Unies en décide autrement, le Royaume-Uni détient la souveraineté *de jure* sur l'archipel des Chagos. Il détient également la souveraineté *de facto* sur le territoire.

L'Assemblée générale des Nations Unies a passé la résolution 2066 (XX) intitulée : « La question de l'Île Maurice »<sup>341</sup> contre le démembrement du territoire mauricien, le

---

<sup>341</sup> L'Assemblée Générale, le 16 décembre 1965. Le texte entier déclare :

L'Assemblée Générale,

*Ayant considéré* la question de l'Île Maurice et le Comité Spécial sur la Situation, sur la Déclaration de l'Octroi des Indépendances des Pays et des Peuples Colonisés relatifs au territoire de Maurice,

*Rappelant* sa Résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960 sur l'Octroi de l'Indépendance aux pays et peuples colonisés,

*Regrettant* que la puissance métropole n'ait pas entièrement exécuté la Résolution 1514 (XV) en ce qui concerne le territoire,

*Notant* avec profonde inquiétude que toute mesure prise par la puissance métropole pour détacher certaines îles du territoire mauricien en vue de créer une base militaire serait en infraction à la déclaration, en particulier du paragraphe 6 de ladite déclaration,



*BIOT* avait déjà été établie, le 6 novembre 1965. A ce moment, les Nations Unies considéraient l'archipel des Chagos comme faisant partie du territoire mauricien et s'opposaient au démembrement du territoire pour créer une base militaire américaine sur Diego Garcia. Les Nations Unies adopteront une autre résolution sur Diego Garcia en 1967, Résolution 2357 (XXII) du 19 décembre 1967. En début des années 1970, des Etats comme l'Inde et le Sri Lanka exprimèrent de sérieuses inquiétudes sur la création d'une base militaire dans l'Océan Indien, qui jusque là était considéré comme une zone de paix<sup>342</sup>.

Le mouvement des non-alignés a diffusé une déclaration politique en 1983 soutenant la revendication de l'Etat mauricien pour sa souveraineté sur l'archipel des Chagos et s'opposant à la création de la base militaire de Diego Garcia. « IX Souveraineté mauricienne sur l'archipel des Chagos, y compris Diego Garcia

'81. Les Chefs d'Etats et des Gouvernements ont exprimé, en particulier, leur soutien total pour la souveraineté mauricienne sur l'archipel des Chagos, y compris Diego Garcia, lequel fut détaché du territoire mauricien par l'ancienne puissance coloniale en violation des Résolutions 1514 (XV) et 2066 (XX) de l'Assemblée générale des Nations Unies. La création et le renforcement de la base militaire de Diego Garcia a mis en danger la souveraineté, l'intégrité territoriale et le développement pacifique

---

1. Approuve les chapitres des rapports du Comité Spécial sur la situation quant à l'exécution de la Déclaration de l'Octroi de l'Indépendance aux Pays et Peuples Colonisés relatifs au territoire mauricien, et approuve les conclusions et les recommandations du Comité ici contenues ;

2. Réaffirme le droit inaliénable du peuple mauricien à la liberté et à l'indépendance conformément à la Résolution 1514 (XV) ;

3. Invite le gouvernement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord à prendre des mesures effectives en vue de l'exécution immédiate et entière de la Résolution 1514 (XV) ;

4. Invite la puissance métropole à ne pas prendre de mesures pouvant démembrer le territoire mauricien et violer son intégrité territoriale ;

5. Invite la puissance métropole à soumettre des rapports au Comité Spécial et à l'Assemblée Générale sur l'application de la présente résolution ;

6. Demande au Comité Spécial de garder la question du territoire mauricien sous contrôle et de soumettre un rapport à l'Assemblée Générale lors de sa 21<sup>ème</sup> Session.

<sup>342</sup> S. ALLEN, note 78, p. 455.

de l'île Maurice et autres Etats. Ils ont appelé au retour de Diego Garcia à l'Etat Mauricien »<sup>343</sup>.

Ceci montre que la communauté internationale était opposée à la création du *BIOT*. La Résolution 2357 (XXII) a cependant été la dernière fois où l'Assemblée générale s'est exprimée sur la question. Le Royaume-Uni a toujours déclaré dans les forums des Nations Unies qu'il avait l'intention de rendre la souveraineté sur l'archipel des Chagos à l'Etat mauricien une fois qu'il ne serait plus nécessaire pour assurer la sécurité du Royaume-Uni et des Etats-Unis.

Stephen Allen dit que si l'Assemblée générale des Nations Unies s'était initialement opposée à la création du *BIOT* et avait adopté deux résolutions à cet effet, le fait qu'aucune autre résolution de l'Assemblée générale n'ait été adoptée depuis 1967 laisserait entendre que la communauté internationale aurait souscrit à la revendication du Royaume-Uni de sa souveraineté sur ce territoire. Alors que ceci pourrait être vrai pour les Nations Unies, l'argument ne tiendrait pas en ce qui concerne l'UA.

En 1980, l'OUA passa une résolution sur Diego Garcia demandant que l'île soit inconditionnellement remise à l'île Maurice et déclarant que la base militaire était une menace à la paix en Afrique<sup>344</sup>. En 2001, l'UA, adopta une résolution appelant au retour

---

<sup>343</sup> La Déclaration Politique du Mouvement des Non-alignés de 1983 est citée dans le rapport du *Select Committee on the Excision de the Chagos Archipelago* Annexe P, a la p. 63.

<sup>344</sup> AHG/Res 99(XVII). Intitulé Résolution de Diego Garcia, le texte de la résolution déclare:  
*L'Assemblée Générale* des chefs d'Etats et des gouvernements de l'OUA, en réunion de sa 17<sup>ème</sup> Session Ordinaire à Freetown, en Sierra Léone, du 1er au 4 juillet 1980  
*Suite à l'article 1*, paragraphe 2 de la charte de l'OUA, qui stipule que « l'organisation inclura les territoires des Etats Africains Continentaux, de Madagascar et des autres îles entourant l'Afrique »  
 Considérant que l'un des principes de l'OUA est le respect de la souveraineté et de l'Intégrité Territoriale de chaque Etat ;  
*Consciente du fait* que Diego Garcia a toujours fait partie du territoire mauricien, Etat Membre de l'OUA ;  
 Reconnaissant que Diego Garcia n'a pas été cédé au Royaume-Uni pour des raisons militaires  
*Réalisant* que la militarisation de Diego Garcia constitue une menace pour l'Afrique et l'Océan Indien en tant que zone de paix ;

de Diego Garcia à l'Île Maurice afin d'achever le processus de décolonisation. La résolution priait la communauté internationale de soutenir « la revendication légitime de l'Île Maurice et de lui offrir toute assistance possible pour assurer le retour de l'archipel des Chagos à sa juridiction, lui permettant par conséquent d'exercer ses responsabilités souveraines légitimes sur le territoire en tant que son territoire. La résolution dit :

« Décision sur l'archipel des Chagos, incluant Diego Garcia

Le Conseil [de l'UA]

1. Réitère son soutien sans réserve au Gouvernement Mauricien dans ses efforts pour recouvrer sa souveraineté sur l'archipel des Chagos, lequel est partie prenante du territoire mauricien et appelle le Royaume-Uni à mettre fin à son occupation continue et illégale de l'archipel des Chagos, et à rendre ce territoire à l'Etat mauricien afin d'achever le processus de décolonisation ;
2. Plus loin exhorte les autorités britanniques à ne pas prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à la souveraineté mauricienne ;
3. Emboîte le pas à la communauté internationale dans le soutien de la revendication légitime de l'Etat mauricien et étendu à toute assistance à ce dernier en vue d'assurer le retour de l'archipel des Chagos à sa juridiction, lui permettant ainsi d'exercer ses responsabilités souveraines sur la totalité de son territoire »<sup>345</sup>.

***D- Le droit international ne soutient pas les revendications mauriciennes.***

L'Île Maurice continue à revendiquer sa souveraineté sur l'archipel des Chagos. Dans son rapport au Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme, conformément aux Articles 16 et 17 de la PIDCP en 1990, l'Île Maurice a souligné que l'archipel des Chagos a été amputé du territoire mauricien suite aux négociations entre les représentants

---

*Demande que Diego Garcia soit inconditionnellement rendue à l'Île Maurice et que son caractère pacifique soit maintenu.*

<sup>345</sup> CM/Dec. 26 (LXXIV) 2001.

politiques mauriciens et ceux du Gouvernement britannique au Bureau Britannique des Colonies lors de la négociation de l'indépendance mauricienne en 1965<sup>346</sup>.

L'Île Maurice fait référence à la résolution 2066 (XX) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 16 décembre 1965 invitant la puissance administrante de l'époque, le Royaume-Uni, à n'entreprendre aucune action qui démembrerait le territoire mauricien et violerait son intégrité territoriale. Le Gouvernement mauricien rappelle également qu'il a toujours revendiqué sa souveraineté sur le territoire de l'archipel des Chagos. Il envisage régler cette question par voie diplomatique et pacifique avec des négociations avec le Royaume-Uni<sup>347</sup>.

Le Gouvernement mauricien a déclaré, dans sa réponse aux observations du Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme le 5 novembre 2001, que l'archipel des Chagos était illégalement détaché de territoire mauricien par le Royaume-Uni<sup>348</sup>:

« 2. le Gouvernement mauricien souhaite soumettre les clarifications suivantes aux membres du Comité pour les droits de l'homme. (...)

4. L'Île Maurice a obtenu son indépendance du Royaume-Uni le 12 mars 1968. Avant cela, l'archipel des Chagos a été illégalement détaché du territoire mauricien par le Royaume-Uni. Ce démembrement était fait en violation de la déclaration des Nations Unies sur l'octroi des indépendances aux pays et peuples colonisés (résolution de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 4 décembre 1960) interdisant le démembrement de tout territoire colonial avant son indépendance, et les résolutions 2066 (XX) du 16 décembre 1965, 2232 (XXI) du 20 décembre 1966 et 2357 (XXII) du 19 décembre 1967. Il faut noter que le paragraphe 6 de la déclaration stipule que « toute tentative visant à la rupture partielle ou totale de l'unité nationale ou de l'intégrité territoriale

---

<sup>346</sup> Document de l'ONU E/1990/5/Add.21.

<sup>347</sup> Document de l'ONU E/1990/5/Add.21.

<sup>348</sup> CCPR/CO/73/UK/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1

d'un pays est incompatible avec les objectifs et principes de la Charte des Nations Unies.

5. L'archipel des Chagos avait toujours été sous administration mauricienne jusqu'à son démembrement illégal par la puissance coloniale de l'époque. L'Ile Maurice n'a jamais abandonné sa souveraineté sur le territoire de l'archipel des Chagos et a toujours, depuis le démembrement illégal, constamment et obstinément, pressé le Gouvernement britannique, en forums tant bilatéraux que multilatéraux, pour le retour prompt et inconditionnel de l'archipel des Chagos à l'Etat mauricien.

6. Dans ce contexte, le Gouvernement mauricien a toujours reçu le soutien de l'OUA, ainsi que celui du mouvement des non alignés. Tout récemment, le Conseil des Ministres de l'OUA tenu à Lusaka en juillet 2001 a réitéré son soutien ferme au Gouvernement mauricien dans ses efforts pour recouvrer la souveraineté sur l'archipel des Chagos et a lancé un appel au Royaume-Uni pour qu'il mette fin à son occupation illégale de l'archipel des Chagos et qu'il le rende à l'Etat mauricien, achevant ainsi le processus de décolonisation. L'OUA a également exhorté le Royaume-Uni à ne pas prendre de mesures susceptibles de porter atteinte à la souveraineté mauricienne.

9. Chaque fois que le problème de Chagos a été soulevé, le Gouvernement de Sa Majesté la Reine a toujours fait savoir que l'archipel des Chagos retournerait à la souveraineté mauricienne une fois que la base militaire de Diego Garcia ne serait plus nécessaire pour la défense de l'Ouest. En effet, dans une lettre datée du 1er juillet 1992, adressée aux autorités mauriciennes, les autorités britanniques ont fait savoir au Gouvernement mauricien que lorsque l'archipel des Chagos ne serait plus nécessaire pour les besoins militaires du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique, sa souveraineté serait rendue à l'Etat mauricien »<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> Commentaires par le Gouvernement mauricien aux observations concluantes du Comité pour les droits de l'homme sur les territoires non autonomes britanniques. 28/05/2002 CCPR/CO/73/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1. Voir réponse du Gouvernement <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol))> accédé le 11 avril 2004.

Il n'est pas surprenant que l'île Maurice puisse compter sur le soutien des autres Etats *membres* de l'UA dans cette affaire, tant qu'elle est présentée sous la forme d'une affaire de décolonisation inachevée. L'histoire de la colonisation européenne de l'Afrique demeure un sujet sensible et l'OUA a effectivement été créée pour éradiquer ce problème. En outre, lors de la création du *BIOT*, le Royaume-Uni a agi en violation des principes du droit international, parmi tant d'autres celui *d'uti posseditis* qui s'oppose au démembrement des territoires coloniaux avant l'octroi de l'indépendance.

La base militaire américaine de Diego Garcia est en train d'être utilisée pour une « guerre contre le terrorisme » très impopulaire. Les récentes confirmations par les rapports britanniques selon lesquels Diego Garcia était utilisé en 2002 par les Etats-Unis d'Amérique pour la reddition extraordinaire, ne peuvent que causer des sentiments encore plus négatifs sur l'usage de la base de Diego Garcia pour la « guerre contre le terrorisme »<sup>350</sup>. Ces facteurs rendent la tâche facile pour l'Etat mauricien. Il est recommandé que l'UA révisé son soutien à l'Etat mauricien une fois que la vérité sur la complicité entre l'Etat mauricien dans la « vente » de l'archipel des Chagos ainsi que sur les conditions socio-économiques auxquels sont soumis les Chagossiens sur le territoire mauricien seront mises en lumière.

La revendication de l'Etat mauricien de la souveraineté sur l'archipel des Chagos ou le *BIOT*, tel qu'est dénommé le territoire, se base sur le fait que l'archipel faisait partie du territoire mauricien avant la formation du *BIOT* en 1965. Ceci est contraire au fait que l'archipel des Chagos était administré à partir de Maurice uniquement pour des raisons administratives pratiques<sup>351</sup>. Lorsque le Royaume-Uni a annexé le *BIOT* en 1965, il a

---

<sup>350</sup> Paragraphe 43 du Human Rights Annual Report 2007, UK House of Commons, Foreign Affairs Committee, HC 533 datant du 20 juillet 2008.

<sup>351</sup> R. EDIS: *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia* et Sir R. SCOTT *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies*. Nous montrerons que le peuple de Mayotte de l'archipel des Comores a aussi utilisé l'argument que leur île était administrée en tant que faisant partie des Comores purement pour des raisons

informé les Nations Unies qu'il avait seulement fait « des ajustements administratifs » sur les frontières du territoire, en collaboration totale avec « des représentants élus des peuples concernés. » On faisait référence à l'archipel des Chagos comme une « dépendance » de Maurice. Une discussion approfondie sur la signification du terme « dépendance » irait au-delà de la portée de cette étude. Il est cependant clair qu'il n'y a jamais eu de données historiques révélant une autorité politique de l'Île Maurice sur l'archipel des Chagos, que ce soit avant ou après le démembrement de l'archipel des Chagos en vue de créer le *BIOT*. Au début, le *BIOT* comprenait des îles qui appartenaient également à l'Etat seychellois. Ces îles furent retournées à l'Etat seychellois lors de l'acquisition de son indépendance politique en 1976.

L'archipel des Chagos et l'Île Maurice partagent une histoire de découverte et de domination par les mêmes puissances coloniales, plus ou moins aux mêmes moments. L'Île Maurice ainsi que les îles Rodriguez et de la Réunion sembleraient avoir été d'abord visitées par les marchands et/ou marins arabes au X<sup>ème</sup> siècle ; étant une terre inhabitée à cette époque, ils auraient choisi de s'en servir comme port de transit où ils pouvaient s'approvisionner en eau fraîche plutôt que de s'y installer<sup>352</sup>. Les Portugais furent les visiteurs suivants sur ce groupe d'îles. Ces îles sont représentées sur les cartes portugaises datant de 1400, sous leur nom arabe. La route de l'explorateur portugais Vasco De Gama contournait le Cap de Bonne Espérance en 1498. Il s'était probablement servi des cartes des explorateurs portugais qui l'avaient précédé pour naviguer autour du groupe des trois îles de l'océan Indien. Les Portugais ne s'installèrent pas sur ces îles mais leur donnèrent le nom de Cirne, par lequel les îles seront dès lors représentées sur les cartes portugaises.

---

d'ordre administratif pratique pour justifier leur décision de voter contre l'indépendance et pour une intégration totale au sein de la France.

<sup>352</sup> C. ANYANGWE, "The Chagos Report", Réseau des ONG de l'Afrique Australe (SAHRINGON), octobre 2001.

Le Vice Amiral Hollandais Wybrandt Van Warwyck posa le pied sur l'Île Maurice en 1598. Il y accosta par accident après y avoir été entraîné par un cyclone, puis réclama l'île pour les Pays-Bas, la nommant Maurice, après le nom du souverain hollandais de l'époque, le Prince d'Orange et Comte de Nassau.

A l'image du Cap de Bonne Espérance, la *Dutch East India Company* utilisait l'Île Maurice comme une « station de remplissage » sur la route vers l'Inde, l'itinéraire connu sous le nom de la route des épices. A partir de 1638, la *Dutch East India Company* essaya de coloniser l'Île Maurice et ses dépendances en y introduisant entre autres la canne à sucre et en y amenant des esclaves d'Afrique pour travailler dans les plantations de canne à sucre<sup>353</sup>. La tentative hollandaise de créer une colonie dans l'océan Indien, comme celle du Cap de Bonne Espérance, ne dura pas longtemps, à cause de la conquête par une autre puissance coloniale. Celle des îles de l'océan Indien sera conquise par la France alors que celle du Cap de Bonne Espérance sera conquise par les Britanniques<sup>354</sup>. Les Hollandais laisseront derrière eux les traces de leur installation sur la côte est de l'Île Maurice<sup>355</sup>.

Le Français Guillaume Dufresne D'Arsal, annexa l'Île Maurice en 1715 au nom du roi Louis XIV, la nommant « Ile de France » puis la céda à la Compagnie Française de l'Inde et de l'Est pour l'utiliser comme port de commerce<sup>356</sup>. Les Français établirent une colonie sur l'Île de France (Maurice), de 1722 à 1810, tout en maintenant la production de

---

<sup>353</sup> Quelques sources indiqueraient que les Français étaient les premiers à conduire des esclaves sur les îles pour travailler dans les plantations de canne à sucre. Voir entre autres: M. DINAN, *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000*; S. BUNWAREE, *Globalisation and the Afro-Mauritian Community in Revi Kiltir Kreol*, à p. 50; V. TEELock et E. A. ALPERS (eds) *History, Memory and Identity*; ET V. TEELock (ed), *The Vagrant Depot of Grand River, its Surroundings and Vagrancy in British Mauritius*.

<sup>354</sup> M. TONG, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*. Voir également Maureen Tong, *Lest We Forget: Jurisprudence of restitution of Land Rights in South Africa*, Commission on Restitution of Land Rights, 2007.

<sup>355</sup> M. DINAN, *supra*.

<sup>356</sup> C. ANYANGWE, le rapport entier, p. 15.



sucre, que les Hollandais avaient commencée<sup>357</sup>. La France prit également possession des Seychelles et des îles de l'archipel des Chagos, faisant partie du groupe connu sous le nom des *Iles d'huile (Oil Islands)* en rapport avec leur production d'huile de coco.

Les guerres napoléoniennes aboutirent à la concession par la France de ses colonies dans l'océan Indien. C'est par la même occasion que l'Île Maurice, ancienne Ile de France, ainsi que toutes les îles qui lui étaient rattachées tombèrent sous la domination britannique, à l'issue du Traité de Paris de 1814. Les îles rattachées à l'Île Maurice, respectivement Rodriguez, Agalega, les Seychelles et l'archipel des Chagos devinrent alors partie prenante de l'empire britannique à partir de 1814<sup>358</sup>. Le groupe Maurice-Réunion-Rodriguez sera connu sous le nom des Mascariènes en l'honneur du navigateur hollandais Mascarenhas<sup>359</sup>. Cependant l'Île de la Réunion est restée une colonie (territoire d'outre mer) française jusqu'à ce jour<sup>360</sup>.

Si l'on ne sait pas clairement comment l'archipel fut nommé « Chagos », certaines sources affirment que le nom lui fut donné par le navigateur hollandais Mascarenhas. Cependant, il est plus probable que le nom lui ait été donné par les explorateurs portugais qui y vinrent au XV<sup>ème</sup> siècle. Le nom « Chagos » est une vague traduction du portugais : « les plaies de Christ ». En effet, une autre version stipule que le nom vient du portugais « Cinco Chagos » signifiant « les cinq plaies [du Christ]<sup>361</sup> ». Les deux

---

<sup>357</sup> M. DINAN, p. ii.

<sup>358</sup> En débattant sur le *BIOT* dans le *Commonwealth Year Book 1992*, le *Commonwealth* commence par affirmer que le *BIOT*, qui comprend également l'Archipel des Chagos, était une dépendance de la Grande-Bretagne depuis 1965. Il y a également référence au fait que la Couronne britannique aurait acheté ce territoire en 1967. Il y a cependant la reconnaissance que l'Archipel des Chagos a été la propriété britannique depuis 170 ans.

<sup>359</sup> C. ANYANGWE, le rapport entier, p.16.

<sup>360</sup> La France l'a colonisé en 1670, la nommant Ile de Bourbon. Voir R. B. ALLEN, *A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 to 1835* dans TEELock et al, supra.

<sup>361</sup> Ibid. faisant référence à T. V BULPIN 'Islands in a *Forgotten Scar*; et H. Lassemillante, *L'Esclavage aux Chagos pendant les 18e et 19e siècles* un ouvrage non publié.

appellations font allusion aux récifs accidentés qui entourent certaines des îles de l'archipel des Chagos<sup>362</sup>.

L'Île Maurice et l'archipel des Chagos, comme c'était le cas des Seychelles, n'avaient pas de populations autochtones avant leur colonisation par les Hollandais (au XVIII<sup>ème</sup> siècle) d'abord, puis par les Français. Les deux territoires étaient occupés à peu près au même moment par les Hollandais et des esclaves y furent importés à partir de la côte est de l'Afrique et de Madagascar. Les Français maintinrent le système d'esclavage et importèrent davantage d'esclaves. Les Britanniques ont aboli l'esclavage dans les trois territoires en 1835. Ils ont dès lors établi la population permanente de l'archipel des Chagos – appelés à cette époque les Ilois – sur les îles lorsqu'ils ont pris le contrôle du territoire après le Traité de Paris de 1814.

Au moment de sa colonisation par voie d'occupation par les Hollandais, il n'y avait pas de populations autochtones qui avaient établi des systèmes sociaux et politiques civilisés sur les îles dites Mascariènes des Seychelles, Maurice et de l'archipel des Chagos. Ceci signifie que selon le droit international coutumier de l'époque, les territoires des Seychelles, de Maurice et de l'archipel des Chagos étaient « *terra nullius* » au moment de leur colonisation. Les îles étaient considérées comme n'appartenant à personne. Bien que le concept de *terra nullius* ait été discrédité à cause de sa connotation raciste lors de la colonisation européenne de l'Afrique, l'Asie et l'Amérique Latine, il serait utile d'en faire usage pour démontrer que la revendication mauricienne ne peut pas être soutenue en droit international. En créant le *BIOT*, le Royaume-Uni a agi en violation du principe du droit international d'autodétermination alors que la décolonisation avait atteint son mémento. Le Royaume-Uni aurait dû décoloniser l'Île Maurice et l'archipel des Chagos et non créer une nouvelle colonie. L'Article 73 de la Charte des Nations Unies stipule que le Royaume-Uni aurait dû aider ces peuples à atteindre l'autonomie.

---

<sup>362</sup> Ibid.

Ces facteurs n'excusent pas la complicité de l'Etat mauricien dans la « vente » de l'archipel des Chagos sans en avoir discuté préalablement, encore moins en ayant le consentement de la population du territoire. Il n'y a aucune opposition documentée de l'Etat mauricien à démembrement de l'archipel des Chagos au moment de la conférence constitutionnelle mauricienne à Londres, en 1965. Le sujet fut débattu à Maurice que dans les années 1980 suite aux pressions des partis de l'opposition<sup>363</sup>.

### **SECTION III - LE STATUT DES CHAGOSSIENS EN DROIT INTERNATIONAL**

L'exil forcé des Chagossiens vers l'île Maurice et les Seychelles ; l'octroi de leur citoyenneté mauricienne sans leur consentement, ou leur connaissance ; le maintien de leur citoyenneté britannique ; leur lutte pour le retour à leur terre natale depuis leur exil forcé ; ainsi que le fait que leur territoire est toujours sous contrôle britannique alors qu'ils vivent en exil forcé, suscite de se poser la question de ce qu'est leur statut exacte au regard du droit international. Nous discuterons brièvement, sans toutefois émettre des conclusions définitives, de plusieurs possibilités concernant le statut des Chagossiens aux Seychelles et à l'île Maurice. L'objectif principal de cette étude est de démontrer qu'ils constituent « un peuple » de l'archipel des Chagos dans le cadre de la décolonisation en droit international.

---

<sup>363</sup> David Vine, *Island of Shame*, p. 83

***PARAGRAPHE I - Le peuple Chagossien habitait l'archipel avant la colonisation britannique***

Afin de comprendre le lien entre les Chagossiens de l'archipel des Chagos et les Afro-Mauriciens<sup>364</sup>, il est important d'expliquer l'institution de l'esclavage à l'Île Maurice depuis les années 1700, jusqu'à son abolition et par conséquent l'affranchissement des esclaves en 1835<sup>365</sup>. L'archipel des Chagos était à tous égards rattaché à l'Île Maurice et était principalement accessible à partir de l'Île Maurice. Il y avait par conséquent beaucoup de mouvements de biens et de personnes entre les deux territoires.

Comme il a été mentionné plus haut, la *Dutch East India Company* a d'abord essayé de créer une colonie sur l'Île Maurice depuis 1638 et y a introduit la production de la canne à sucre. Lorsque les Français en ont pris le contrôle en 1715, ils ont continué la production de canne à sucre qui dépendait de la présence des esclaves amenés d'Afrique par les Hollandais, à cause du manque de main d'œuvre lié à l'absence de populations autochtones. Les Britanniques conservèrent à leur tour la pratique de l'esclavage, jusqu'au moment de son abolition en 1835<sup>366</sup>.

La population actuelle de l'Île Maurice est composée de populations originaires d'Afrique, de Madagascar, d'Asie, et d'Europe. Les Afro-mauriciens, classés parmi les 'Créoles' sont des descendants des esclaves africains originaires de la côte est

---

<sup>364</sup> A l'Île Maurice, les personnes de souche africaine sont désignés par le terme "créole". Pendant une certain période, ils étaient inclus au sein de la "population générale" et n'étaient pas considérés comme communauté à part. Le terme "créole" désigne normalement une population à une ascendance mélangée. Paradoxalement, la population entière des Seychelles parle le Créole comme langue et est considérée comme population créole sans connotation du fait qu'ils soient descendants de peuples africains. Voir M. DINAN, *Supra*

<sup>365</sup> M. DINAN, *Supra*, aussi bien que R. EDIS *supra*

<sup>366</sup> B. VALENTINE, *Slaves in Mauritius à Emancipation in 1835*, dans TEELock, et al, *History, Memory and Identity*.

africaine<sup>367</sup> et de Madagascar<sup>368</sup>; les Asiatiques sont principalement des Indiens amenés à l'île Maurice comme renfort à la main d'œuvre dans les plantations de cannes à sucre après l'abolition de l'esclavage<sup>369</sup>, ainsi qu'un nombre limité de Chinois, venus également travailler dans les champs de canne à sucre; les Européens sont principalement des descendants de colons français et britanniques qui sont venus sur les îles entre le XVIII<sup>ème</sup> et le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>370</sup>.

La venue à grande échelle de renfort de main d'œuvre originaire d'Inde a été précédée par la venue des prisonniers indiens qui étaient conduits sur l'île pour subir leur peine. Les Indiens amenés sur l'île étaient probablement membres de « *la tribu des criminels*» (*Criminal Tribe*), appellation que l'administration coloniale britannique avait donnée à certaines tribus d'Inde, qui étaient de façon prémonitoire nées et prédestinées à être criminelles<sup>371</sup>. Les membres de ces tribus étaient transportés d'Inde vers les autres colonies britanniques comme punition. Les condamnés ont donc été une source de main d'œuvre gratuite pour les plantations de canne à sucre dans ces colonies. Cependant, cette main d'œuvre se révéla peu fiable, d'où l'importation massive de millions d'Indiens vers la fin des années 1800 pour travailler dans les plantations de canne à sucre à l'île Maurice, en Afrique du Sud et dans les Caraïbes. Il est estimé que

---

<sup>367</sup> Au début de la colonisation de Maurice, certains esclaves auraient été amenés de la côte ouest-africaine. D. VINE, *Empire's Footprints: Expulsion and US Military Basis on Diego Garcia*, thèse doctorale non-publiée, Faculté d'Anthropologie à la *City University de New York*, 2006 p. 60, citant R. SCOTT, p. 2.

<sup>368</sup> V. TEELock, et al, *History, Memory and Identity*. Il y avait aussi un petit nombre d'esclaves venus d'Inde pour travailler dans les plantations de canne à sucre avant la vague officielle qui amena les condamnés indiens. Il apparaît alors que les peuples de l'Inde avaient également été soumis à l'esclavage avant que cette pratique ne prenne une ampleur démesurée avec les populations africaines. Voir C. ANDERSON, Author's Notes dans V. TEELock, et al, p. 12.

<sup>369</sup> V. TEELock, et al *The Vagrant Depot de Grand River, its surroundings and Vagrancy in British Mauritius*.

<sup>370</sup> R. SCOTT supra.

<sup>371</sup> T. MAHMUD, Genealogy of a State-Engineered 'Model Minority': 'Not Quite/Not White South Asian Americans' in *Denver University Law Review*, Volume 78 No 4 2001 University de Denver College of Law à 657 ; T. MAHMUD, Colonialism and Modern Construction de Race: A Preliminary Inquiry, *University de Miami Law Review*, Volume 53 No 4 Université de Miami, Faculté de Droit, p. 1219.

30 millions d'Indiens ont quitté l'Inde entre 1834 et 1937 et moins de 24 millions y sont retournés<sup>372</sup>.

Même si le commerce des esclaves était officiellement aboli au sein de l'empire britannique depuis 1805, avec l'abolition de l'esclavage au Royaume-Uni en 1833, la traite négrière continua à l'île Maurice et dans l'archipel des Chagos jusqu'au moment où elle fut éradiquée en 1835 par Robert Townsend Farquhar, Gouverneur Britannique de Maurice et des îles rattachées. La fin de l'esclavage fut totalement instaurée à l'époque de la venue des renforts de main d'œuvre d'Inde, et, à une moins large échelle de Chine. Les travailleurs indiens remplacèrent les esclaves africains et travaillèrent dans des conditions relativement moins dures que celles que les esclaves africains avaient endurées<sup>373</sup>.

Les Chagossiens sont des descendants de ces esclaves africains qui ont été amenés par les colons français sur l'archipel des Chagos avec les travailleurs indiens pour travailler dans les champs de cocotiers. Comme c'est le cas en général à l'île Maurice et partout ailleurs, la communauté des esclaves est principalement composée de peuples d'origines africaines. Comme mentionné ci-dessus, ces esclaves étaient capturés principalement sur la côte est-africaine<sup>374</sup>, principalement au Mozambique<sup>375</sup> et à Madagascar et à une moins large échelle de Malawi, Tanzanie et Zambie.

---

<sup>372</sup> T. MAHMUD, *Colonialism and Modern Construction of Race*, p. 1239.

<sup>373</sup> MAHMUD, op.cit., p. 1239 affirme que les travailleurs venus en renfort coûtaient moins chers que les esclaves, en particulier les Meek Hindu venus d'Inde. T. MAHMUD *Colonialism and Modern Construction of Race: A Preliminary Inquiry*, p. 1219.

<sup>374</sup> Entre 1820 et 1830, l'administration coloniale classait les gens de souche africaine comme "Mozambicains" incluant tous les Africains de la côte est. Il est possible qu'une grande partie soit venue d'un territoire plus étendu que l'actuel Mozambique, alors qu'un nombre important serait venu de Madagascar. Voir James C. ARMSTRONG, *Analysing 'Malagasy' Slave Names in the 1826 and 1835 Censuses*, dans Teelock et al supra et Pier M. LARSON, *The Origins of Malagasy Arriving at Mauritius and Réunion 1770 – 1820 dans TEELock et al, supra*.

<sup>375</sup> V. TEELock and Edward A. ALPERS, *Introducing Mozambiques* 111 ; E. ALPERS, *Becoming Mozambique: Diaspora and Identity in Mozambique* 111 ; R. C H SHELL, *The Twinning of Maputo and Cape*

Les esclaves pouvaient être acheminés directement de Madagascar, qui était au XVI<sup>ème</sup> siècle une source bien connue d'esclaves pour les Mascariènes ou l'île Maurice, où les Hollandais avaient déjà commencé à développer les plantations de canne à sucre depuis 1638 et dont les Français ont acquis les plantations de canne à sucre ainsi que les esclaves affectés<sup>376</sup>. Les esclaves auraient alors été acheminés des plantations de canne à sucre de Maurice, vers les nouvelles exploitations de cocotiers dans l'archipel des Chagos<sup>377</sup>. Quelques quarante Somaliens ont été emmenés temporairement à l'archipel des Chagos lorsque la possibilité d'établir des mines de charbon était envisagée. Cette idée fut abandonnée en 1888 à cause du manque de moyens financiers. De plus larges populations somaliennes seraient également venues et seraient rentrées avant cela, c'est pourquoi il n'y a pas de signe de leur descendance sur l'archipel des Chagos<sup>378</sup>.

L'esclavage dans l'archipel des Chagos a été aboli en 1835. Ceci mena au système d'apprentissage, par lequel les anciens esclaves restaient avec leurs anciens maîtres pour apprendre d'autres formes de commerce, donnant ainsi aux anciens maîtres assez de temps pour trouver de nouvelles formes de main d'œuvre. Ces nouvelles formes de main d'œuvre allaient venir des Indiens importés pour travailler sur contrat.

La vie sur l'archipel se définissait depuis le début par l'esclavage, car l'installation sur l'archipel avait commencé comme une exploitation de cocotiers utilisant exclusivement des travailleurs esclaves. Le renfort indien de la main d'œuvre a été introduit plus tard et n'a même pas pu être utilisé à une large échelle, comme c'était le cas à l'île Maurice. Au lieu de cela, les anciens esclaves étaient formés à devenir des travailleurs indépendants,

---

Town : The Early Mozambican Slave Trade to the Slave Lodge, 1677 – 1731 178 ; tous les articles ont dans V. TEELock et al, supra.

<sup>376</sup> R. B. ALLEN, A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 à 1835 dans V. TEELock et al, supra.

<sup>377</sup> Ibid.

<sup>378</sup> Robert SCOTT, p. 169.

avec leur propre maison sur l'archipel. Même si leurs responsabilités en termes de leur travail restaient inchangées au début, l'introduction des contrats oraux et de l'amélioration graduelle de leurs conditions de travail, menèrent à des relations de travail améliorées. En 1877, des lois étaient introduites à Maurice ainsi que dans les îles rattachées, comme les Seychelles et l'archipel des Chagos, régissant les conditions de travail des anciens esclaves<sup>379</sup>.

Les travailleurs étaient autorisés à construire leur propre maison, à avoir leur propre jardin potager, à élever des animaux pour améliorer la ration alimentaire qu'ils recevaient comme salaire des sociétés des plantations. Comparés aux autres esclaves des îles de l'océan Indien, les esclaves de Chagos recevaient de meilleurs traitements de la part de leurs maîtres pour des raisons géographiques et démographiques. Comme ce sera illustré plus bas, ils furent destitués à leur arrivée à l'Île Maurice, coincés dans un pays qui allait bientôt connaître de sérieux conflits raciaux entre les anciens esclaves africains et les anciens travailleurs de renfort indiens.

A part les esclaves venus d'Afrique et de Madagascar, un petit nombre de travailleurs indiens avait été conduits sur l'archipel après l'abolition de l'esclavage dans l'empire colonial britannique, précisément en 1835 à l'Île Maurice et dans les îles qui lui étaient rattachées. Certains des membres de la communauté chagossienne, Africains, Malgaches ou Indiens ont des ancêtres européens<sup>380</sup>. Au fil du temps, ces descendants d'Africains et de Malgaches se sont constitués en une communauté distincte avec une culture, une langue (le *Créole*), un dialecte distinct de celui parlé à Maurice et aux Seychelles, avec leur propre cuisine et musique. Ils devinrent connus comme le peuple Ilois.

---

<sup>379</sup> Robert SCOTT, p. 160

<sup>380</sup> D. VINE, *War and Forced Migration in the Indian Ocean: The US Military Base à Diego Garcia, International Migration*, International Organisation on Migration, 2004, p. 111 - 124.



Lorsque l'esclavage fut aboli à Maurice et dans les îles rattachées en 1835, les Chagossiens restèrent sur l'archipel des Chagos où ils étaient devenus une population permanente depuis plusieurs générations. Ils y restèrent sans avoir à être employés pour justifier leur présence sur l'archipel. Certains continuèrent à travailler dans les plantations de cocotiers comme ils l'avaient fait du temps de l'esclavage. A un certain moment, la société qui gérait les plantations de cocotiers, la *Chagos Agalega Ltd*, emmena un petit nombre de travailleurs asiatiques et indiens pour renforcer la main d'œuvre. Comme mentionné plus haut, le système des contrats d'emploi, qui se faisaient généralement par des contrats oraux, pour une période de trois mois d'affilée, ne furent introduits sur l'archipel qu'au XIX<sup>ème</sup> siècle pour protéger les travailleurs. Malgré les nouvelles lois, plusieurs Chagossiens continuèrent de travailler dans les champs de cocotiers sans contrat jusqu'au XX<sup>ème</sup> siècle, au moment de leur expulsion forcée.

Il n'y avait guère de populations permanentes connues sur l'archipel des Chagos avant que les Français n'emmenèrent ceux qui seront connus plus tard comme les Chagossiens pour les utiliser comme esclaves dans les plantations de cocotiers. Lorsque les Britanniques prirent le contrôle de l'archipel en 1814, les Chagossiens y étaient depuis 1776, ou peut-être 1783 comme certains l'affirment. Vine<sup>381</sup> atteste que la première exploitation fut celle de Pierre Marie Le Normand, un propriétaire influent Mauricien, qui s'installa sur Diego Garcia en 1783 avec quelques 20 esclaves. Malgré la concession française qu'ils avaient trouvée sur l'île, la *British East India Company* réclama l'île au nom de leur monarque, le roi George III, le 4 mai 1768. D'autres disent que les Français étaient les premiers sur l'île en 1776, accompagnés d'esclaves<sup>382</sup>. Le consentement britannique conséquent permit à Chagos de rester une colonie française jusqu'à la signature du Traité de Paris en 1814.

---

<sup>381</sup> D. VINE, *Empire's Footprints*, supra p. 56.

<sup>382</sup> C. ANYANGWE, P. 35.

Il est cependant indiscutable qu'au moment de la création du *BIOT*, le 8 novembre 1965, et au moment de l'expulsion définitive des Chagossiens en 1973, ceux-ci n'avaient pas connu d'autre terre natale que celle de l'archipel des Chagos depuis quasiment 200 ans. Alors que dans le cadre du droit international, les Chagossiens pourraient ou non satisfaire à la définition des Nations Unies des peuples autochtones, les principes d'anthropologie concluent que les Chagossiens sont effectivement des habitants autochtones de l'archipel des Chagos<sup>383</sup>. Que les Chagossiens satisfassent à la définition des « peuples autochtones » selon les critères et principes de base des Nations Unies<sup>384</sup> ou pas, la réclamation de leur droit au retour à leur terre natale est basée sur le fait qu'ils sont un peuple selon le droit international sur le plan de l'auto-détermination. Les

---

<sup>383</sup> L'anthropologue WALKER note que: « Il est clair que d'un point de vue anthropologique, les Ilois constituaient une communauté autochtone avec une culture distincte », dans I. B WALKER, *British Indian Ocean Territory in the Complete Guide to the Southwest Indian Ocean*, pp 561 –572, Argeles sur Mer, France: Cornelius Books. Voir aussi D. VINE, *The Former Inhabitants of the Chagos Archipelago as an Indigenous People: Analyzing the Evidence*, Expert Report for Washington College de Law, American University, Washington, DC, 9 Juillet 2003, S. WINCHESTER, *The Sun Never Sets: Travels to the Remaining Outposts of the British Empire*, New York: Prentice Hall Press, 185 à 39 and R. SCOTT, 23. Voir aussi le rapport publié par D. OTTAWAY dans le Washington Post intitulé 'Islanders Were Evicted for US Base', le 9 Septembre 1975 à A1 et un autre dans le Sunday Times (Londres) du 21 Septembre 1975 intitulé 'The Islanders That Britain Sold', à la p. 10. Plus récemment l'article publié par D. VINE dans le Washington Post, le 3 janvier 2007 et David Vine, *Britain's own Guantanamo*, Guardian, 28 juillet 2009 <[www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jul/28/diego-garcia-cia-rendition-tort](http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jul/28/diego-garcia-cia-rendition-tort)> visité le 28 juillet 2009.

<sup>384</sup> La question demeure de savoir si les principes de base développés par le Groupe de Travail des NU sur les Populations Autochtones sont assez larges et peuvent inclure les « Chagossiens » comme peuple autochtone. Plus spécifiquement, la définition fournie par la convention de l'OIT sur les peuples autochtones et tribaux No 169 de 1989. L'article 1.1 de cette convention déclare qu'elle s'applique :  
 « Aux peuples tribaux au sein des pays indépendants dont les conditions culturelles et économiques les distinguent des autres communautés de leurs pays, et dont les statuts sont régulés entièrement ou partiellement par leurs propres traditions ou coutumes ou par des lois et réglementations spéciales ;  
 Aux peuples, qui au sein des pays indépendants, sont considérés comme des peuples autochtones par leur ascendance avec les populations qui ont habité ces pays ou une région géographique au sein de ces pays au moment de la conquête, de la colonisation ou de l'établissement des frontières et qui malgré leur statut légal ont gardé tous ou certains de leur institutions sociales, économiques, culturelles et politiques. »

L'article 1.2 de cette convention permet aux peuples autochtones de s'auto-identifier comme autochtones et par conséquent accepte un critère subjectif. Ils devraient cependant être identifiés comme tels par d'autres. Cet article prévoit que « l'auto-identification en tant qu'autochtones devrait être considérée comme critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels cette convention s'applique. » Voir *ILO, Manual on ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples, 1989*, p. 8. Ni le Royaume-Uni, ni l'Ile Maurice n'ont ratifié cette convention de 1989.

Chagossiens étaient sur l'archipel depuis près de deux cents ans avant d'être expulsés forcée.

Avant que les Britanniques ne colonisent l'archipel, les Chagossiens étaient devenus une communauté distincte avec leur propre langue, culture, musique, avec de faibles interférences ou implications du Gouvernement britannique qui n'avait même établi aucune administration sur l'archipel, vu qu'il l'administrait depuis l'île Maurice par des magistrats rémunérés. Ils ont fini par considérer l'archipel des Chagos comme leur terre natale, et continuent à le faire même 40 ans après leur expulsion et envoi en exil. L'archipel des Chagos, aujourd'hui connu sous le nom de *BIOT* satisfait tout à fait ainsi que ses anciens habitants, les Chagossiens, aux conditions requises pour revendiquer leur droit à l'autodétermination.

Le fait qu'ils n'aient pas encore acquis de titres de droit commun sur la propriété de la terre dans l'archipel des Chagos, ne devrait pas faire négliger le fait qu'avant leur expulsion de l'archipel et leur envoi en exil, les Chagossiens avaient établi leur droit de vivre sur le territoire, non-dérangés pendant près de deux cents ans, et avaient utilisé la terre comme si elle leur appartenait. L'administration coloniale leur avait permis de construire des maisons et d'avoir des propriétés privées, desquelles ils n'ont reçu aucune compensation lors de leur expulsion forcée et envoi en exil. La jurisprudence de l'ancienne autorité coloniale reconnaît aujourd'hui les droits à la terre des populations autochtones, en l'occurrence les habitants que l'administration coloniale britannique a trouvés déjà installés sur ces terres, car ils les occupaient avant la colonisation des Britanniques, et que les Britanniques aient acquis ces terres par conquête ou par concession. Ces droits sont définis comme Titre Autochtone<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup> Même sans le concept du titre autochtone, les lois normales prévoient qu'une fois qu'une personne a fait usage d'une terre de façon ouverte comme si elle lui appartenait pendant plus de trente ans, elle en devient par conséquent le propriétaire présumé.

Tout en reconnaissant leurs ancêtres esclaves originaires de la côte est-africaine, de Madagascar et à une moins large échelle d'Inde, les Chagossiens se considèrent comme étant autochtones de l'archipel des Chagos, qu'ils considèrent comme leur terre natale et pour laquelle ils se battent afin d'y retourner, ceci malgré l'appréhension des politiciens mauriciens vis-à-vis de l'octroi du titre d'autochtones de l'archipel des Chagos aux Chagossiens. La position officielle du Gouvernement mauricien est que les Chagossiens sont des « personnes » qui avaient leur résidence « habituelle » sur l'archipel des Chagos<sup>386</sup>. Cette position trahit la crainte des politiciens mauriciens, qu'une fois que les Chagossiens seront retournés dans l'archipel des Chagos (*BIOT*), leur sentiment nationaliste les pousse à revendiquer leur droit à l'autodétermination sur leur terre natale.

Même en acceptant quelques similarités avec les Créoles de l'Île Maurice dues au passé commun d'esclavage et à leurs origines communes (Afrique Orientale et Madagascar) ainsi qu'une culture et une langue similaires, les Chagossiens se considèrent comme un peuple – distinct de la communauté créole de Maurice – et comme « natifs » de l'archipel des Chagos. Leur marginalisation continue ne fait que démontrer cette différence entre eux et les Créoles mauriciens.

Les Chagossiens utilisent des ouvrages académiques pour soutenir leur revendication du statut de communauté permanente et distincte sur l'archipel des Chagos, avant leur expulsion forcée et envoi en exil. Parmi eux se trouve celui de l'ancien gouverneur colonial de Maurice, Robert Scott, dans son livre *Picks of Limuria: Mauritius and its Dependencies*<sup>387</sup> affirmant qu'à partir de 1957, la communauté iloïse avait évolué en une société qui parlait une langue spécifique – le *Créole* - avec un accent distinct et différent de celui parlé à l'Île Maurice et aux Seychelles. Robert Scott note aussi que la communauté iloïse s'était adaptée à son environnement qu'elle considérait comme sa

---

<sup>386</sup> C. ANYANGWE, rapport entier, p. 44.

<sup>387</sup> R. SCOTT supra ; R. EDIS ; et C. ANYANGWE, rapport entier, supra.

propre terre. Il y a aussi des ouvrages académiques traitant de la culture iloise avant leur expulsion forcée de l'archipel des Chagos, faisant référence aux recettes culinaires, traditions musicales et styles de vie. Henri Marimootoo, un journaliste mauricien qui écrit sur les Chagossiens depuis quelques années, soutient aussi la thèse d'une communauté iloise distincte vivant sur l'archipel des Chagos avant leur expulsion forcée vers l'Île Maurice<sup>388</sup>.

Cette étude affirme que la question de savoir si le peuple chagossien peut strictement être défini comme un peuple autochtone de l'archipel des Chagos ou non, et ce par rapport aux indications et instruments des Nations Unies, notamment la convention de l'OIT sur les peuples autochtones et les peuples tribaux N° 169 de 1989, n'a pas d'incidence sur la thèse selon laquelle le peuple chagossien a le droit à l'autodétermination, en tant que peuple de l'archipel des Chagos. Ce droit à l'autodétermination inclut le droit à restitution et à réparation. Les Chagossiens sont actuellement en train de réclamer le droit de retourner sur l'archipel des Chagos et les réparations sous forme de compensation financière juste et adéquate, ainsi que la réhabilitation des îles pour faciliter leur réinstallation. Il existe des précédents suffisants dans les anciennes colonies britanniques, le tribunal de revendications nucléaires dans la République des Îles Marshall, un ancien territoire américain, la jurisprudence de la CEDH et la CIADH, quant à la façon dont les revendications du droit à restitution et à réparation devraient être abordées.

### ***A -Sont-ils des réfugiés à l'Île Maurice ?***

Les réfugiés sont des personnes qui vivent en dehors de leur pays d'origine pour des raisons qui dépassent leur contrôle et qui ont peur d'y retourner tant que les conditions qui les ont forcées à partir persistent. Le Manuel d'Usage de 1996 sur le rapatriement volontaire publié par le HCR des Nations Unies définit les réfugiés comme « toutes

---

<sup>388</sup> H. Marimootoo, (1997) Diego Files. *Le Weekend journal* [Mauritius].

personnes qui sont en dehors de leur pays d'origine pour des raisons de crainte de persécution, de conflits armés, de violence généralisée ou de violation massive des droits de l'homme et qui, en conséquence, ont besoin de la protection internationale<sup>389</sup> ». Les Chagossiens furent transférés aux Seychelles et à l'Île Maurice sans leur consentement, et sans savoir qu'ils ne seraient plus autorisés à rentrer sur leur terre natale. Une législation municipale fut utilisée pour abolir leur droit à être sur le territoire et leur interdire d'y retourner. Leur présence sur leur terre natale sans permis faisait d'eux des criminels devant être déportés. Au moment de leur expulsion, ils n'étaient pas au courant des changements dans le statut politique de leur territoire. Ils sont arrivés aux Seychelles et à l'Île Maurice sans aucune disposition de moyens d'accueil ou de réinstallation et le résultat en fut un appauvrissement chronique. Leur organisation représentative à l'Île Maurice, qui fut un élément clé pour les procédures judiciaires initiées au Royaume-Uni, est appelée le Groupe des Réfugiés de Chagos. Il apparaîtrait cependant qu'ils ne répondraient pas strictement à l'appellation « réfugiés » puisque ce sont des citoyens mauriciens, malgré leur absence de consentement. Ceci pose la question de savoir si une personne peut être réfugiée dans son propre pays.

Le Royaume-Uni les a brutalement expulsés depuis la fin des années 1960 et depuis s'est toujours opposé à leur retour. Les mesures législatives et judiciaires prises afin d'empêcher les Chagossiens de rentrer ont débuté par le décret de l'ordonnance sur l'immigration du *BIOT* de 1971 et les ordres de la constitution du *BIOT* et de l'immigration du *BIOT* de 2004 leur interdisant de rentrer. L'Ordonnance sur l'immigration du *BIOT* de 2000 leur donnait le droit de rentrer sur les îles alentours mais leur interdisait de se rendre sur Diego Garcia. Alors qu'ils vivent dans des conditions socio-économiques défavorables, ce sont des citoyens mauriciens et il apparaîtrait qu'ils n'ont pas pu réclamer leur statut de réfugiés en territoire mauricien.

---

<sup>389</sup> Manuel d'Usage du HCR sur le Rapatriement Volontaire : Protection Internationale, HCR, Genève de 1996.

### ***B -Les Chagossiens sont-ils des déplacés internes à Maurice ?***

Les directives des Nations Unies sur le déplacement interne définissent une personne déplacée interne<sup>390</sup>. Les Chagossiens vivent en dehors de leur terre natale pour des raisons autres que leur choix volontaire. Ils ont été brutalement expulsés de l'archipel des Chagos après la création du *BIOT* pour abriter la base militaire américaine de Diego Garcia en 1965. Leur déplacement est donc involontaire. Si l'Etat mauricien avait toujours la souveraineté sur l'archipel des Chagos, ils seraient alors appelés « déplacés internes ». Ce sont des citoyens britanniques involontaires déplacés dans l'Etat mauricien indépendant. Le fait qu'ils détiennent la citoyenneté mauricienne contre leur gré rend leur statut un peu controversé.

### ***C -Sont-ils une minorité à l'île Maurice ?***

Si le fait que les Chagossiens n'ont pas eu à décider de l'octroi de la citoyenneté mauricienne est ignoré, il serait alors avancé qu'ils constituent une minorité au sein de l'Etat mauricien indépendant. Tous les Chagossiens sont des citoyens mauriciens en vertu de la constitution mauricienne. Il y a à peu près 5000 Chagossiens vivant aux Seychelles, au Royaume-Uni et à l'île Maurice, la grande majorité vivant à l'île Maurice<sup>391</sup>. L'île Maurice a une population d'environ 1,2 millions<sup>392</sup>. Les Chagossiens vivant à l'île Maurice peuvent être considérés comme une minorité selon les critères de définitions des minorités. Ils sont plus petits en nombre que le reste de la population de l'île Maurice. Bien qu'ils parlent un Créole qui est généralement similaire à celui parlé par les Mauriciens, le Créole chagossien a des caractéristiques distinctes. Le reste de la

---

<sup>390</sup> Document de l'ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998). Les principes de base sur le déplacement interne étaient développés par M. F. DENG, Représentant Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies suite à la Résolution de la commission des droits de l'homme 1997/39.

<sup>391</sup> Voir le septième rapport 2007 – 2008 de la *House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories*. Voir aussi *Returning Home: A proposal for Resettlement of the Chagos Islands*, *Chagos Refugees Group and UK Chagos Support Group*, mars 2008.

<sup>392</sup> Ibid.

population mauricienne est en position de domination sur les Chagossiens. Il apparaîtrait que les Chagossiens peuvent être considérés comme une minorité au sein de l'Île Maurice. Ceci sera valable dans le cas où l'on accepte d'ignorer leur citoyenneté mauricienne imposée. Notons que les Chagossiens n'ont jamais revendiqué le statut de minorité au sein de l'Île Maurice. Ils se sont plutôt toujours battus pour le retour à leur terre natale, l'archipel des Chagos, auquel ils font référence en Créole comme « *mon pays* », ayant la même signification qu'en Français.

#### ***D -Sont-ils des peuples autochtones de l'Etat mauricien ?***

Nous avons montré plus haut que l'octroi de la citoyenneté mauricienne aux Chagossiens ne relevait pas de leur choix puisqu'ils n'en ont même pas été informés. Même les politiciens mauriciens n'étaient pas au courant de la clause que les représentants britanniques avaient insérée dans la constitution de l'indépendance de l'Etat mauricien, octroyant la citoyenneté mauricienne aux Chagossiens. Actuellement, l'Etat mauricien n'a pas la souveraineté sur l'archipel des Chagos et par conséquent la théorie des Chagossiens étant une population autochtone de l'Etat mauricien ne tient pas. La question serait cependant de savoir ce qu'advierait du statut des Chagossiens au sein d'un Etat mauricien indépendant ayant regagné la souveraineté sur l'archipel des Chagos.

Stephen Allen est de l'avis que le statut de population autochtone soit bénéfique aux Chagossiens puisqu'il leur permettrait d'avoir accès aux droits contenus dans la déclaration récente des Nations Unies sur les peuples autochtones, qui incluent même le droit de réclamer des restitutions pour la perte de terres et de ressources naturelles. Ceci éclaire le fait que les Chagossiens ont échoué dans leur tentative d'obtenir une compensation financière adéquate lors de la plaidoirie collective de l'affaire *Chagos Islanders*. La loi anglaise ne permet pas aux Chagossiens de réclamer une compensation



financière et/ou des réparations en se basant sur le verdict de *Bancoult (1)* qui leur a donné le droit public de demeurer dans l'archipel des Chagos.

Nous discuterons maintenant de façon brève, sans avoir à trancher sur la question, le fait de savoir si les Chagossiens pourraient satisfaire à la « définition » des peuples autochtones en droit international selon la convention 169 de l'OIT de 1989, ou de la déclaration de 2007 sur les peuples autochtones ou les critères qui en dérivent et autres instruments des droits des autochtones.

M. José Martínez Cobo a développé la définition suivante des peuples autochtones :

« Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont aujourd'hui des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures le territoire de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques»<sup>393</sup> .

En 1995, le groupe de travail sur les populations autochtones a développé une définition de travail du terme « peuples autochtones » selon un ensemble de lignes directives :

(a) Priorité temporelle quant à l'occupation et à l'usage d'un territoire spécifique ;

---

<sup>393</sup> E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 para.379 intitulé '*United Nations Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*' (Jose R. Martinez COBO, Rapporteur Spécial).

- (b) Perpétuation volontaire d'une distinction culturelle, laquelle peut inclure les aspects de la langue, les valeurs religieuses et spirituelles, l'organisation sociale, les modes de production, les lois et les institutions ;
- (c) L'auto-identification, aussi bien que la reconnaissance par d'autres groupes, ou par les autorités de l'Etat, en tant que collectivité distincte ; et
- (d) Une expérience d'assujettissement, de marginalisation, de dépossession, d'exclusion ou de discrimination, continue ou non<sup>394</sup>.

La Convention 169 de l'OIT de 1989 ne donne pas de définition mais utilise le concept d'auto-identification, lequel accepte un peuple en tant que peuple autochtone s'il s'auto-identifie et qu'il est accepté par les autres comme un peuple autochtone. Si des universitaires comme Anaya, Thornberry, Kingsbury et Daes se sont épanchés sur les directives développées par le Groupe de Travail des Nations Unies<sup>395</sup>, nous ne ferons référence dans le cadre de cette étude qu'aux directives du Groupe de Travail et appliquerons les mêmes directives aux Chagossiens.

#### *1<sup>o</sup> Priorité temporelle quant à l'occupation de l'archipel des Chagos*

Les Chagossiens étaient sur le territoire depuis un peu moins de 200 ans avant leur expulsion brutale. L'anthropologie défendrait qu'ils soient indigènes du territoire<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> E. DAES, *Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People* E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2

<sup>395</sup> S. ALLEN, p. 469 a résumé les différents critères proposés par des académiciens comme Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury et l'ancien Rapporteur Spécial pour le groupe de travail des NU sur les Populations Autochtones, Erica-Irene Daes, et a donné sept critères, à savoir :

- (a) Attachement commun à "un lieu" ;
- (b) Préséance historique ;
- (c) Expérience d'interruption sévère, déplacement et exploitation ;
- (d) "Continuité historique" ;
- (e) Oppression/exclusion continue par des groupes sociétaux dominants ;
- (f) Groupes ethniques/culturels distinct ; et
- (g) Auto-identification en tant que peuples autochtones

<sup>396</sup> D. VINE, *Empire's Footprints*: à la p. 60 citant R. SCOTT *Limuria*, p. 2.

Nous avons montré plus haut que les Chagossiens sont arrivés sur le territoire en même temps que les colons hollandais qui les y ont emmenés comme esclaves. Plus tard, les Français ont maintenu la pratique de l'esclavage et y ont probablement emmenés d'autres esclaves. Des Asiatiques du Sud y furent emmenés comme renfort à la main d'œuvre après l'abolition de l'esclavage en 1835. Les ancêtres des Chagossiens ont précédé les britanniques sur le territoire. A la fin de l'esclavage en 1835, les Chagossiens sont restés sur l'archipel comme population permanente libre, jusqu'à leur expulsion brutale vers la fin des années 1960 et le début des années 1970, laissant la voie à la création de la base militaire américaine de Diego Garcia.

Il semblerait par conséquent que les Chagossiens ne puissent pas être considérés comme autochtones du territoire au sens strict du terme, puisque leurs ancêtres sont originaires d'ailleurs, principalement de la côte Est de l'Afrique, de Madagascar et d'Asie du Sud. Le discours sur les peuples autochtones a cependant évolué en s'éloignant de l'insistance sur « *le statut d'autochtone* » en tant que facteur décisif pour savoir qui pourrait être considéré comme autochtone ou non, d'où l'approche de l'usage des directives et principes de base, lesquels ne doivent pas nécessairement être présents au même moment pour qu'une communauté soit considérée comme autochtone. La convention 169 de l'OIT de 1989 a incontestablement déplacé l'attention davantage vers l'auto-identification. Il est donc discutable que les Chagossiens puissent satisfaire à ce critère.

## *2<sup>o</sup> Perpétuation volontaire d'une distinction culturelle*

Robert Scott et Richard Edis ont fait une recherche documentaire sur la communauté distincte qui s'est développée sur l'archipel des Chagos avant l'exil forcé de la population entière. Cette communauté distincte avait une langue *Créole* distincte, une culture, une danse et une musique *Sega* ainsi qu'une cuisine propre. En outre, elle a développé une identité collective forte. Bien qu'il y ait des similarités entre le *Créole* mauricien et celui

parlé par les Chagossiens, ce dernier a des distinctions importantes<sup>397</sup>. L'isolation relative de l'archipel des Chagos a aussi contribué au développement d'une culture différente en comparaison avec les autres communautés qui habitent les territoires non autonomes de l'océan Indien. Par exemple, une société matriarcale s'est développée sur l'archipel des Chagos, en contraste avec les autres communautés de l'océan Indien qui sont plutôt de nature patriarcale<sup>398</sup>. Le rapport *Derasine* affirme que l'un des effets de la marginalisation endurée par les Chagossiens sur l'Île Maurice a été de développer un grand sentiment de différence par rapport aux autres créoles mauriciens et à s'assurer que les générations de Chagossiens nés à Maurice maintiennent leur tradition culturelle<sup>399</sup>.

### *3<sup>o</sup> Auto-identification et reconnaissance par d'autres groupes en tant que peuple autochtone*

Les Chagossiens s'auto-identifient comme autochtones, gardant une communauté distincte et à part sur l'Île Maurice, s'affirmant en tant que Chagossiens, distincts des autres Créoles de l'Île Maurice. Ils ne veulent plus répondre à l'appellation péjorative « d'Ilois ». Des organisations chagossiennes ont participé à des forums des Nations Unies sur les peuples autochtones, où ils ont été acceptés comme membres du large mouvement international des peuples autochtones<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> V. HOOKOMSINGH, *Bury my Heart in Chagos, Diego Garcia*, une intervention faite lors d'une conférence internationale sous le thème *'The Fate of the Chagossiens Since their Eviction from the Chagos Islands'*, Vrije University, Amsterdam, 21 août 2008.

<sup>398</sup> S. ALLEN, p. 472

<sup>399</sup> VINE, WOJCIECH SOKOLOWSKI et HARVEY, *Derasine*, p. 89.

<sup>400</sup> Discours par O. BANCOULT, Président du Groupe Réfugiés des Chagos, *Organisation des Peuples Non-représentés* (UNPO), en 1994.

4<sup>0</sup> *Une expérience de marginalisation, d'exclusion et de dépossession*

Le rapport *Derasine* documente les dix dimensions d'appauvrissement et de marginalisation subis par les Chagossiens en conséquence de leur expulsion brutale et de leur exil. Il s'agit de :

1. Une expulsion traumatisante ; 2. Le manque d'emploi ; 3. La marginalisation économique et socio-psychologique ; 4. Le manque de logement ; 5. Le manque de terre et de propriété commune ; 6. L'insécurité alimentaire et la malnutrition ; 7. La morbidité et la mortalité accrues ; 8. La fragmentation socioculturelle ; 9. L'absence d'éducation ; et 10. La discrimination ethnique.

Les Chagossiens expriment leur sentiment de marginalisation, d'exclusion et de dépossession comme *sagren*, un terme créole dérivé du terme français « chagrin », dénotant une profonde tristesse. Un rapport pour l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) décrit *sagren* ou chagrin comme :

« La notion du chagrin a une place importante dans le système explicatif de la maladie. Le chagrin est en effet une nostalgie pour les îles de Chagos. Il s'agit de la profonde tristesse de faire face à l'impossibilité de rentrer chez soi sur l'archipel des Chagos. Pour la plupart des gens que nous avons rencontrés, ce chagrin explique les maladies et même la mort de certains des membres de la communauté »<sup>401</sup>.

Leurs conditions socio-économiques causées par leur expulsion et leur exil, aggravées par la société hautement stratifiée de l'île Maurice sont documentées dans les trois décisions de *Bancoult*. Ceci se trouve également dans des films comme « Stealing a Nation » de John Pilger et une vidéo réalisée par les Chagossiens lors de leur première

---

<sup>401</sup> DRAEBEL, 'Evaluation des besoins sociaux de la communauté déplacée de l'archipel des Chagos', décembre 1997, rapport produit pour l'OMS, cité par S. ALLEN, supra à la p. 471.

visite sur l'archipel des Chagos en 2006<sup>402</sup>. Ces films font référence de façon extensive à la manière dont *sagren* contribue à la morbidité relativement haute à Maurice.

Il apparaît que les Chagossiens pourraient satisfaire à au moins trois sur quatre des critères utilisés pour déterminer si un peuple est autochtone ou pas. Ils pourraient également satisfaire au critère de priorité temporelle si leur occupation de l'archipel des Chagos est considérée par rapport à la colonisation du territoire par les Britanniques en 1814. Les peuples autochtones ne doivent pas nécessairement satisfaire à chacun de ces critères pour être considérés comme peuples autochtones dans le cadre des droits inclus dans la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones de 2007.

Les Chagossiens ne sont pas en train de revendiquer leur statut d'autochtones du territoire mauricien, mais se battent pour leur retour à Chagos. Il est possible qu'une fois qu'on leur aura permis de rentrer sur l'archipel, certains d'entre eux choisiront de rester à l'île Maurice. Si les Chagossiens exercent leur droit à l'autodétermination dans une forme qui exclut la souveraineté mauricienne sur le territoire et que l'Etat mauricien ne réussit pas dans sa revendication de sa souveraineté sur l'archipel, cela serait une situation intéressante, où ceux qui auront choisi de rester à l'île Maurice seront en train de réclamer un statut d'autochtone au sein de l'Etat mauricien alors qu'ils ont leur propre territoire, où ils ont le droit de rentrer.

##### *5<sup>o</sup> Sont-ils des autochtones de l'archipel des Chagos ?*

La question selon laquelle les Chagossiens sont strictement définis comme peuple autochtone de l'archipel des Chagos dans le sens d'aborigène du territoire n'affecte pas leur droit à l'autodétermination. Ils sont un peuple de l'archipel des Chagos dans le contexte de la décolonisation. La loi sur la décolonisation ne requiert pas qu'ils soient

---

<sup>402</sup> Voir la vidéo intitulée '*Il était une île Diego Garcia*' par le *Groupe Réfugiés Chagos* et *Back to our Forgotten Paradise*, Groupe Réfugiés des Chagos 2006.

aborigènes du territoire. Elle requiert simplement qu'ils soient « le peuple du territoire » au moment de la colonisation. Ils l'étaient certainement au moment de la colonisation britannique du territoire et le processus de décolonisation se faisait avec le Royaume-Uni en tant que puissance coloniale. Ceci est un droit qu'ils auront aussi longtemps que le Royaume-Uni reste la puissance coloniale du *BIOT*. Ce droit pourrait disparaître si l'île Maurice gagnait la revendication de sa souveraineté sur le territoire. Cet aspect devrait être sérieusement examiné lors du processus de décolonisation.

*6<sup>o</sup> Les Chagossiens constituent un « peuple » selon la loi sur la décolonisation*

Le peuple de l'archipel des Chagos, les Chagossiens, a droit à l'autodétermination dans le contexte de la décolonisation. Les lois internationales accordent ce droit aux peuples sous administration coloniale ou sous domination étrangère. Les Chagossiens sont de nationalité britannique selon les dispositions du *British Overseas Citizenship Act*, de 2001. Le fait qu'ils vivent actuellement en exil aux Seychelles ou à l'île Maurice n'affecte pas leur droit à l'autodétermination.

***PARAGRAPHE II - Implications du retour de Chagos en tant que partie du territoire de Maurice***

Si l'Etat mauricien réussissait dans sa revendication à obtenir la souveraineté sur l'archipel des Chagos et autorisait les Chagossiens à rentrer sur l'archipel, ceci poserait des questions intéressantes. Les Chagossiens en tant que peuple autochtone au sein de l'Etat indépendant mauricien pourraient alors invoquer leur droit à l'autonomie selon l'Article 4 de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones qui déclare que les peuples autochtones ont droit à l'autonomie administrative dans leurs affaires locales. L'Article 5 de la même déclaration leur permet de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, sociales, juridiques, économiques et culturelles

tout en gardant leur droit de participation, s'ils désirent en faire autant, à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'Île Maurice.

En ce qui concerne la base militaire américaine de Diego Garcia, les Chagossiens ont toujours exprimé leur désir de coexister avec la base, vraisemblablement pour pouvoir profiter des moyens de subsistance qui résulteraient de l'emploi fourni par la base. C'est probablement aussi pour pouvoir gagner la sympathie du monde, puisqu'ils ne cherchent pas à chasser la base militaire américaine qui est qualifiée par le Pentagone « d'une importance stratégique inégalée ». Si le territoire revenait à l'Etat mauricien et que les Chagossiens réussissent à revendiquer leur statut d'autochtones au sein de l'Etat mauricien, ils pourraient signer un accord avec le Gouvernement américain pour le maintien de la base militaire sur Diego Garcia. La Déclaration de 2007 déclare que la militarisation de leurs terres peut se faire à condition que les peuples autochtones y consentent. L'Article 30 stipule :

1. Des activités militaires ne devraient pas avoir lieu dans le territoire ou sur les terres des peuples autochtones, à moins que ce ne soit justifié par l'intérêt public ou bien librement accepté ou demandé par le peuple autochtone concerné.
2. Les Etats devraient conduire des consultations effectives avec les peuples autochtones concernés à travers des procédures appropriées et, en particulier, à travers leurs institutions de représentation avant d'utiliser leurs terres ou territoires pour des activités militaires.

La loi internationale sur l'autodétermination dans le contexte de la décolonisation accorde aux Chagossiens l'option d'un Etat indépendant, de l'intégration ou de devenir un Etat associé à un autre Etat indépendant. La déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les relations amicales de 1970 leur permet de choisir le statut politique qui leur convient. L'option d'un Etat indépendant semble ne pas être envisageable dans



les années à venir. L'intégration ou l'association au Royaume-Uni peut se révéler matériellement bénéfique.

***PARAGRAPHÉ III - Le cas de Mayotte dans les Comores, un exemple d'intégration***

Mayotte constitue une comparaison intéressante à faire quant à déterminer si l'archipel des Chagos était une dépendance de Maurice ou s'il a toujours été une entité coloniale séparée. Il n'est cependant pas question de pencher d'un côté ou de l'autre étant donné qu'on essaye d'établir si ce territoire non autonome et sa population peuvent bénéficier du droit à l'autodétermination.

L'affaire de Mayotte au sein de l'archipel des Comores est un exemple utile servant à illustrer les conséquences de l'intégration à la puissance coloniale qui représente des bénéfices matériels significatifs. En prenant en compte l'expérience de l'appauvrissement chronique et de la discrimination raciale dont les Chagossiens furent victimes à l'île Maurice et la complicité de l'Etat mauricien dans la « vente » de l'archipel des Chagos au Royaume-Uni pour la création du *Territoire britannique de l'océan Indien*, il est inconcevable que les Chagossiens puissent, une fois autorisés à rentrer sur leur territoire, choisir de devenir un Etat intégré au Royaume-Uni. Mayotte sera étudiée comme un exemple d'intégration, au cas où les Chagossiens choisiraient d'exercer leur droit à l'autodétermination sous la forme d'une intégration au Royaume-Uni. Les Chagossiens se préparent actuellement à déposer une plainte auprès de la CEDH contre le Royaume-Uni, réclamant des réparations et une restitution. Une fois rentrés dans leur territoire, ils pourraient considérer le soutien budgétaire continu du Royaume-Uni, comme c'est le cas dans les autres territoires d'outre-mer britanniques, comme conséquence logique de leur expulsion brutale et de leur exil.

L'île de Mayotte est située dans l'océan Indien, non loin des Seychelles et de l'île Maurice. L'île de Mayotte est l'une des quatre îles qui forment l'archipel des Comores<sup>403</sup>. Les autres sont le Grand Comores, Anjouan et Mohéli. La France était la puissance administrante de tout l'archipel. Le 22 décembre 1974, un plébiscite a été organisé par la France et Mayotte a voté contre l'indépendance alors que les trois autres îles ont choisi l'indépendance. La République fédérale Islamique des Comores fut créée en 1975 lorsque le Gouvernement comorien déclara son indépendance et que la France la reconnut.

Mayotte devint ainsi un Territoire d'Outre Mer (TOM) français lorsque l'île vota pour une intégration totale à la France le 8 février 1976, une mesure qui fut condamnée par l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>404</sup> et l'OUA<sup>405</sup>. Leur objection se basait sur le fait que la France avait violé l'intégrité territoriale de la République Fédérale des Comores car Mayotte et les trois autres îles composaient l'unité indivisible de l'archipel des Comores. Cette position est similaire à celle des Nations Unies et de l'OUA lorsqu'elles ont haussé la voix pour critiquer la création du *BIOT* par le Royaume-Uni en amputant l'archipel des Chagos du territoire mauricien en 1965. La France était critiquée pour avoir organisé ce plébiscite dans les Comores, qui à l'époque était un Etat indépendant en vertu de la Déclaration unilatérale de l'indépendance en 1975.

La réponse des habitants de Mayotte à la réaction de la communauté internationale envers leur décision d'opter pour l'intégration totale avec la France donne quelques comparaisons intéressantes avec ce que pourrait être le choix des Chagossiens. Ils disaient :

1. En tant que peuple de Mayotte, ils sont ethniquement et culturellement différents des habitants des autres îles de l'archipel des Comores.

---

<sup>403</sup> Les informations sur cette étude empruntent beaucoup de l'article par S. ALLEN, supra.

<sup>404</sup> GA Res. 31/4, 21 octobre 1976, A/RES/31/4.

<sup>405</sup> Résolution du Conseil des Ministres de l'OUA sur l'île de Mayotte, 3 juillet 1976, CM/Res. 496 (XXVII).

2. Les quatre îles de l'archipel constituaient une seule entité coloniale pour des raisons d'ordre purement administratif pratique.
3. Les résultats du plébiscite représentaient la volonté démocratiquement exprimée du peuple de Mayotte, relevant de l'exercice du droit à l'autodétermination.

Les Chagossiens pourraient bien répondre de la même façon que les habitants de Mayotte qu'il n'en était ainsi que pour des raisons pratiques d'ordre administratif. En outre, le Timor oriental est désormais un Etat indépendant, membre des Nations Unies et distinct de l'Indonésie, qui pourtant englobe le reste des autres îles du Timor. Selon les habitants de Mayotte, le plébiscite au cours duquel ils ont choisi l'intégration totale à la France était un exercice légitime de leur droit à l'autodétermination et il est similaire à celui des habitants de Gibraltar. La France a investi beaucoup de ressources et les habitants de Mayotte bénéficient d'un niveau de vie plus élevé que celui des autres îles des Comores. La décision des habitants de Mayotte de s'intégrer totalement au sein de la France semble avoir été influencée par les bénéfices matériels qui viennent avec le fait d'être un département de la France. Les Nations Unies ont adopté une approche plutôt conciliatrice vis-à-vis de la décision des habitants de Mayotte de s'intégrer au sein de la France et ont reporté les discussions sur le sujet peut-être à cause de l'instabilité politique qui prévaut dans les Comores.

Les Chagossiens s'auto-identifient et ont été acceptés par le mouvement international des peuples autochtones comme peuple autochtone de l'archipel des Chagos. Ils se considèrent différents des autres communautés de l'île Maurice. La communauté mauricienne les considère comme des gens venus d'ailleurs, en l'occurrence de l'archipel des Chagos. Leur expulsion brutale et leur exil ont renforcé ce sentiment de différence et de distinction par rapport au reste de la population mauricienne. Dans sa tentative de revendiquer la souveraineté sur le territoire de l'archipel des Chagos, l'Etat mauricien soutient que l'archipel était une dépendance de l'île Maurice en tant qu'unité coloniale unique.

La Déclaration des Nations Unies touchant les relations amicales de 1970 confère aux Chagossiens le droit de choisir le statut politique qui leur convient le mieux. Si convenons avec Rodolfo Stavenhagen, que le droit à l'autodétermination ne s'exerce pas en une fois comme s'il s'agissait d'un consommable, les Chagossiens pourraient alors exercer ce droit initialement sous la forme d'une intégration au Royaume-Uni et probablement à l'avenir sous la forme d'un Etat indépendant. Pour les Chagossiens, il est peu probable que le statut d'Etat indépendant soit réalisable dans les années à venir. L'intégration ou devenir un Etat associé au Royaume-Uni peut s'avérer matériellement bénéfique, comme cela l'a été dans le cas de Mayotte.

---

**TITRE II**

**LE DROIT A RESTITUTION**

---

Le recours en restitution découle principalement du droit à un recours effectif en cas de violation des droits de l'homme. Le droit humanitaire international reconnaît le recours en restitution (ou réparation), non seulement en cas de violation du droit international, mais également en cas de grave violation des droits de l'homme. Les Etats portent la responsabilité de la violation du droit international, alors que les individus sont tenus responsables en cas de violations des droits de l'homme individuels. Les Etats peuvent cependant être responsables de la violation des droits de l'homme par leurs représentants officiels ou même par des individus lorsqu'ils ne prennent pas des mesures pour interdire les violations, lorsqu'ils ne poursuivent pas les responsables et ne restituent pas les victimes de ces violations des droits de l'homme. Mis à part le fait d'être vu simplement comme un recours légal général adressé pour la violation du droit international aussi bien que des droits de l'homme et du droit humanitaire, la restitution est en train de devenir un droit distinct, particulièrement dans le cadre du retour des réfugiés et des personnes déplacées à l'intérieur du territoire suite à des conflits armés et non armés ou des génocides. De plus en plus de normes des droits de l'homme traitant du droit des réfugiés rapatriés et des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays se rapportent au droit à la restitution des logements, des terres et des propriétés.

Cette étude prend également en considération la restitution dans le cas des revendications de terre par les peuples autochtones dans les anciennes colonies britanniques d'Australie, du Canada, de la Nouvelle Zélande et de l'Afrique du Sud. Nous examinerons brièvement une affaire aux Etats-Unis d'Amérique, « *United States v Sioux Nation of Indians* » concernant une demande de restitution suite à l'abrogation d'un traité datant des années 1800, pour lequel la tribu indigène des Sioux de la réserve de Lakota refuse toujours le paiement d'une compensation financière, préférant qu'on lui rende ses terres. Malgré l'arrêt de la cour suprême des Etats Unis d'Amérique en 1982 d'accorder une compensation financière calculée depuis les années 1800 au moment de leur expropriation de leurs terres avec les intérêts accumulés, la tribu des Sioux ne l'a pas accepté et continue à mener des campagnes de sensibilisations pour retourner sur ses terres.

## **CHAPITRE I - LE DEVELOPPEMENT DU DROIT A REPARATION ET A RESTITUTION EN DROIT INTERNATIONAL**

Ce chapitre examinera les normes et les usages des droits de l'homme applicables au niveau international et régional qui réglementent le déplacement de populations entières. Il analysera aussi le développement du droit à restitution (à réparation) en tant que droit distinct en droit international. Il étudiera les normes et standards du droit des droits de l'homme au niveau international et régional concernant les responsabilités des Etats de violation (grave) des droits de l'homme. Le chapitre II entrera en détail sur la jurisprudence concernant les différentes formes de restitution. Au chapitre III, on examinera la façon de calculer les dommages et intérêts pécuniaires aussi bien que non pécuniaires, que le peuple chagossien pourra réclamer suite à son expulsion, son exil et son déplacement forcés.

### ***PARAGRAPHE I - Responsabilités des Etats en cas de violation massive des droits de l'homme***

La responsabilité des Etats en cas de violation des droits de l'homme se base sur le droit international coutumier. Elle se pose lorsqu'un fait internationalement illicite est commis par un Etat. Il y a fait internationalement illicite lorsque : a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat, et b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat<sup>406</sup>. En droit international traditionnel, seul un Etat peut réclamer des réparations

---

<sup>406</sup> Rapport final du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales T. VAN BOVEN, sous-commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités, Document de



de l'Etat agresseur, les victimes elles-mêmes ne peuvent pas déclencher des revendications internationales.

Un crime international est une violation d'une obligation internationale qui est perçue comme une violation fondamentale par toute la Communauté internationale. Les exemples sont les violations graves des obligations internationales essentielles au maintien de la paix et de la sécurité internationales, au droit des peuples à l'autodétermination, à la protection et à la préservation de l'environnement humain etc.<sup>407</sup>

Les obligations à respecter le droit international sont basées sur les actes juridiques internationaux, en particulier les traités internationaux sur les droits de l'homme et/ou le droit international coutumier. En ce qui concerne le droit international coutumier, les instruments les plus parlants sont ceux qui sont devenus *jus cogens*, par exemple le droit des peuples colonisés ou sous domination étrangère à l'autodétermination.

Les Articles de la Commission internationale du droit international sur la responsabilité des Etats<sup>408</sup> traitent des règles internationales générales relatives à la

---

l'ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/8. L'étude de Van Boven note que les pratiques qui ont été identifiées par le groupe de travail sur les formes contemporaines d'esclavage, telles que la vente d'enfants, la prostitution des enfants, le travail des enfants, le servage de dette, le trafic des personnes et l'exploitation de la prostitution comme violations massives des droits de l'homme, qui sont généralement couverts par l'étude. L'étude par le Rapporteur Spécial EIDE spécifie que bien qu'il soit douteux que des engagements légaux existent sur les Etats de fournir la compensation aux descendants des victimes du commerce des esclaves et autres formes d'asservissement, peut-être qu'un devoir moral existe. Il constate que des recherches supplémentaires sont nécessaires et les Etats sont encouragés à entreprendre des programmes d'action positive en faveur des descendants d'esclaves. L'étude de VAN BOVEN identifie les mécanismes dirigés contre l'élimination de la violence envers femmes, vers les réclamations apportées et l'acceptation du gouvernement fédéral d'Allemagne pour dédommager les victimes du gouvernement Nazi, conformément au but de réparer les violations massives des droits de l'homme. Voir les paragraphes 19 et 22. Les réclamations pour la compensation résultant des situations de conflit armé, par exemple, l'installation de mines terrestres, ont également suscité l'attention de l'Assemblée générale. VAN BOVEN au paragraphe 40.

<sup>407</sup> Document de l'ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

<sup>408</sup> Projet d'Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*.

restitution en cas de violation du droit international. Comme exprimé par l'Article 3, « La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne ». La Commission prévoit qu'un Etat ayant commis un fait internationalement illicite ne peut pas s'appuyer sur son droit interne pour justifier son échec à honorer ses obligations internationales. L'Article 35 va jusqu'à indiquer que la responsabilité de l'Etat est en relation avec un fait internationalement illicite. Il déclare :

« L'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) N'est pas matériellement impossible;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ».

L'Article 34 indique les formes de réparations possibles :

« La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre ».

L'Article 36 prévoit le paiement d'une compensation financière dans le cas où la restitution n'est pas possible :

- « 1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
  - 2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi ».
-

L'Article 37 requiert que la satisfaction soit prévue au cas où ni la restitution ni la compensation ne sont possibles :

- « 1. L'Etat responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'Etat responsable ».

Les Articles 19 et 20 du code de la Commission internationale du droit international sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité incluent le génocide et l'*apartheid* comme exemples de violation massive des droits de l'homme. L'Article 3 de la Convention de Genève du 12 août 1949 stipule que des normes humanitaires minimales doivent être respectées « à tout temps et en tout lieu ». Cet Article interdit catégoriquement les actes suivants : « (a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ; (b) les prises d'otages ; (c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; (d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constituée, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ».

***PARAGRAPHE II - Les instruments juridiques internationaux interdisent l'exil forcé***

La DUDH de 1948, le PIDCP de 1966, ainsi que le PIDESC de 1996, constituent ce qui est appelé la Déclaration internationale des droits (Bill). Ces instruments contiennent des dispositions qui protègent les droits de toute personne contre toute discrimination. En l'occurrence, l'Article 2 de la DUDH<sup>409</sup> ; l'Article 2 alinéa (2) du PIDESC<sup>410</sup> ; ainsi que les Articles 2 alinéa (1) et 26 du PIDCP<sup>411</sup> au niveau international ; puis parmi les instruments régionaux des droits de l'homme, l'Article 2 de la Charte africaine<sup>412</sup>, l'Article 1 alinéa (1) de la Convention américaine<sup>413</sup>, et l'Article 14 de la Convention européenne<sup>414</sup> contiennent tous des clauses non discriminatoires.

---

<sup>409</sup> L'Article 2 de la DUDH déclare :

Chacun a droit à tous les droits et libertés déterminés dans cette déclaration, sans distinction d'aucune sorte, telle que la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, la propriété, la naissance ou tout autre statut

En outre, aucune distinction ne sera faite d'après le statut politique, juridictionnel ou international du pays ou du territoire auquel une personne appartient, qu'il soit indépendant, associé, non autonome ou sous quelque autre limitation de souveraineté.

<sup>410</sup> L'Article 2 alinéa (2) du PIDESC déclare :

Les Etats signataires feront en sorte que les droits énoncés dans cette convention soient exercés sans discrimination de quelque sorte quant à la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, la propriété, la naissance ou tout autre statut.

<sup>411</sup> L'Article 2 alinéa (1) du PIDCP demande aux Etats signataire de :

Respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

L'Article 26 du PIDCP, sur le droit à l'égalité devant la loi et à la protection des lois antidiscriminatoires, déclare :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

<sup>412</sup> L'Article 2 de la Charte africaine s'oppose également à toute forme de discrimination. Il stipule :

Tout individu a le droit de bénéficier des droits et des libertés identifiés et garantis dans la présente charte sans distinction d'aucune sorte, telle que la race, l'origine ethnique, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, la richesse, la naissance ou tout autre statut.

<sup>413</sup> L'Article 1 alinéa (1) de la Convention américaine, qui est une clause antidiscriminatoire, engage les Etats signataires de la convention à respecter les droits contenus dans la convention pour toutes les personnes

Le préambule de la Charte africaine engage les pays africains nouvellement indépendants à respecter les droits de l'homme<sup>415</sup>. L'Article 1 déclare :

---

sans discrimination aucune. L'Article 2 de cette Convention demande aux Etats signataires d'adopter des législations et des mesures visant à donner effet aux droits et libertés cités dans la convention. Il déclare :

Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits et libertés.

<sup>414</sup> L'Article 14 de la Convention européenne déclare que :

La jouissance des droits et les libertés tels que déterminées dans cette convention sera assurée sans discrimination d'aucune sorte, telle que le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, l'association avec une minorité nationale, la propriété, la naissance ou tout autre statut.

<sup>415</sup> La Charte africaine a été adoptée par la 18ème Assemblée des Chefs d'Etats et de Gouvernements de l'OUA, à Nairobi, au Kenya, en date du 26 juin 1981 et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Le préambule déclare :

*Les Etats africains* membres de L'OUA, parties à la présente charte qui porte le titre de "charte africaine des droits de l'homme et des peuples".

*Rappelant* la décision 115 (XVI) de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, en sa Seizième Session Ordinaire tenue à MONROVIA (Liberia) du 17 au 20 Juillet 1979, relative à l'élaboration d'un avant-projet de charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, prévoyant notamment l'institution d'organes de promotion et de protection des droits de l'homme et des Peuples;

*Considérant* la charte de l'OUA, aux termes de laquelle, "la liberté, l'égalité, la justice et la dignité sont des objectifs essentiels à la réalisation des aspirations légitimes des peuples africains";

*Réaffirmant* l'engagement qu'ils ont solennellement pris à l'Article 2 de ladite charte, d'éliminer sous toutes ses formes le colonialisme de l'Afrique, de coordonner et d'intensifier leur coopération et leurs efforts pour offrir de meilleures conditions d'existence aux peuples d'Afrique, de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la charte des NU et de la DUDH;

*Tenant compte* des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples;

*Reconnaissant* que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme;

*Considérant* que la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun;

*Convaincus* qu'il est essentiel d'accorder désormais une attention particulière au droit au développement; que les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité, et que la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques;

*Conscients* de leur devoir de libérer totalement l'Afrique dont les peuples continuent à lutter pour leur indépendance véritable et leur dignité et s'engageant à éliminer le colonialisme, le néocolonialisme, l'*apartheid*,

« Les Etats membres de l'OUA signataires de la présente Charte reconnaissent les droits, les devoirs et les libertés garanties par cette Charte et s'engagent à adopter les mesures législatives et autres afin de leur donner effet ».

Le préambule de la Convention européenne engage également les « Etats signataires » au respect des droits de l'homme<sup>416</sup>. L'Article 1 déclare que :

« Les Etats signataires établiront pour tous dans leur juridiction respective, des mesures visant à protéger les droits et les libertés définis dans la section 1 de cette Convention ».

L'Article 1 de la Convention américaine oblige les Etats signataires à respecter les droits qu'elle contient et à assurer que toutes les personnes dépendant de leur juridiction aient le libre et total exercice de ces droits sans aucune discrimination. Il déclare :

---

le sionisme, les bases militaires étrangères d'agression et toutes formes de discrimination, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'opinion politique;

*Réaffirmant* leur attachement aux libertés et aux droits de l'homme et des peuples contenus dans les déclarations, conventions et autres instruments adoptés dans le cadre de l'OUA, du Mouvement des Pays Non-alignés et de l'ONU;

*Fermement convaincus* de leur devoir d'assurer la promotion et la protection des droits et libertés de l'homme et des peuples, compte dûment tenu de l'importance primordiale traditionnellement attachée en Afrique à ces droits et libertés

<sup>416</sup> « Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,

*Considérant* la Déclaration Universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en date du 10 décembre 1948 ;

*Considérant* que cette déclaration vise à obtenir la reconnaissance et l'observation universelle des droits qui y sont déclarés ;

*Considérant* que le but du Conseil de l'Europe est d'atteindre l'unité entre ses membres et que l'une des méthodes par lesquelles l'objectif doit être poursuivi est le maintien et le renforcement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

*Réaffirmant* leur croyance profonde dans ces libertés fondamentales, lesquelles sont la fondation de la justice et de la paix dans le monde et sont mieux maintenus, d'une part par une démocratie politique réelle, et d'autre part par une compréhension et un respect communs des droits de l'homme desquels ils dépendent ;

*Etant résolu*, en tant que gouvernements des pays de l'Europe qui ont la même philosophie et un héritage de traditions politiques, des idéaux, la liberté et le règne de l'ordre en commun, à prendre les premières mesures pour la mise en application collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme.

« Les Etats signataires à cette convention s'engagent à respecter les droits et les libertés identifiés ci-dessus et à assurer à toutes les personnes sujettes à leur juridiction l'exercice libre et entier de ces droits et libertés, sans aucune discrimination pour des raisons de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de statut économique, de naissance, ou de tout autre état social ».

### ***A - Protections contre les violations des droits de l'homme***

Plusieurs instruments des droits de l'homme protègent le droit de toute personne à quitter son pays et à y retourner, le droit à la protection de la vie privée et le droit à une vie de famille. Plus important encore, ils interdisent le transfert forcé des populations, quelle que soit leur densité.

#### *1<sup>o</sup> Le droit d'entrer, de quitter ou de retourner dans son propre pays ou territoire*

Le droit d'entrer, de quitter ou de retourner dans son propre pays ou territoire est protégé. Par exemple, l'Article 13 alinéa (2) de la Déclaration Universelle des droits de l'homme déclare :

« Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

L'Article 12 du PIDPC garantit à chacun le droit d' « entrer dans son propre pays ». Il déclare :

« 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays».

L'Article 12 alinéa (1) et alinéa (2) de la Charte africaine déclare :

« 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi.

2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ».

## *2<sup>o</sup> Interdiction du déplacement forcé et du transfert de populations*

La DUDH, le PIDPC ainsi que le PIDESC offrent une protection contre le déplacement forcé et l'exil. Par exemple, l'Article 9 de la DUDH déclare que « Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires ».

L'Article 19 du Code de la Commission du droit international des Crimes contre la Paix et la Sécurité de l'humanité inclut la déportation ou le transfert forcé d'une population comme un exemple de violation systématique ou sur une grande échelle des droits de l'homme. Il déclare que les actes de violation à grande échelle et systématique des droits de l'homme comprennent :

« Le meurtre ; l'extermination ; la torture ; la réduction en esclavage ; la servitude ou le travail forcé ; la persécution ; la discrimination institutionnalisée pour des



motifs raciaux, ethniques ou religieux ; la déportation ou le transfert forcé de populations ».

L'Article 12 alinéa (5) de la Charte africaine déclare que :

« L'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux ».

La quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) interdit les activités aboutissant au déplacement arbitraire et à la destruction de la propriété, même en temps de guerre. L'Article 33 interdit le pillage<sup>417</sup>; l'Article 53 interdit la destruction des propriétés réelles et personnelles appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées ou à l'Etat, à moins qu'une telle destruction soit requise par des opérations militaires<sup>418</sup>; et l'Article 49 stipule que les personnes évacuées pendant la guerre doivent regagner leurs domiciles aussitôt que les hostilités cessent<sup>419</sup>. L'Article 177 du deuxième protocole de la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de conflits armés (1977) interdit le déplacement des populations civiles pour des raisons

---

<sup>417</sup> L'Article 33 de la quatrième Convention de Genève relativement à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) déclare que :

« Aucune personne protégée ne peut être punie pour une infraction qu'elle n'a pas commise personnellement. Les peines collectives, de même que toute mesure d'intimidation ou de terrorisme, sont interdites. Le pillage est interdit.

Les mesures de représailles à l'égard des personnes protégées et de leurs biens sont interdites ».

<sup>418</sup> L'Article 53 de la même Convention prévoit :

« Il est interdit à la Puissance occupante de détruire des biens mobiliers ou immobiliers, appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées, à l'Etat ou à des collectivités publiques, à des organisations sociales ou coopératives, sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires ».

<sup>419</sup> L'Article 49 de la même Convention prévoit :

« La population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin (...) La Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ».

relatives au conflit, à moins que la sécurité de ces populations et les impératifs militaires ne l'exigent<sup>420</sup>.

Les Articles 8 et 10 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones contre le déplacement forcé et le transfert forcé des populations. Article 8 déclare:

1. Les autochtones, peuples et individus, ont le droit de ne pas subir d'assimilation forcée ou de destruction de leur culture.

2. Les États mettent en place des mécanismes de prévention et de réparation efficaces visant :

a) Tout acte ayant pour but ou pour effet de priver les autochtones de leur intégrité en tant que peuples distincts, ou de leurs valeurs culturelles ou leur identité ethnique ;

b) Tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources ;

c) Toute forme de transfert forcé de population ayant pour but ou pour effet de violer ou d'éroder l'un quelconque de leurs droits ;

d) Toute forme d'assimilation ou d'intégration forcée ;

e) Toute forme de propagande dirigée contre eux dans le but d'encourager la discrimination raciale ou ethnique ou d'y inciter ».

---

<sup>420</sup> L'Article 17 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux prévoit (protocole II, 1977) : (1). Le déplacement de la population civile ne pourra pas être ordonné pour des raisons ayant trait au conflit sauf dans les cas où la sécurité des personnes civiles ou des raisons militaires impératives l'exigent. Si un tel déplacement doit être effectué, toutes les mesures possibles seront prises pour que la population civile soit accueillie dans des conditions satisfaisantes de logement, de salubrité, d'hygiène, de sécurité et d'alimentation. (2). Les personnes civiles ne pourront pas être forcées de quitter leur propre territoire pour des raisons ayant trait au conflit

L'Article 10 déclare :

« Les peuples autochtones ne peuvent être enlevés de force à leurs terres ou territoires. Aucune réinstallation ne peut avoir lieu sans le consentement préalable – donné librement et en connaissance de cause – des peuples autochtones concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour ».

Les principes directeurs sur les déplacements involontaires et la réinstallation ont été adoptés par la Banque Mondiale en 2000. Ses dispositions sont motivées par la protection de ceux qui doivent être déplacés ainsi que la minimisation de l'impact de leur déplacement<sup>421</sup>. L'Article 8 de ces principes prévoit :

« Il ne sera procédé à aucun déplacement de population en violation des droits à la vie, à la dignité, à la liberté et à la sécurité des personnes concernées ».

---

<sup>421</sup> L'Article 7 des principes directeurs prévoit:

1. Avant toute décision tendant à déplacer des personnes, les autorités concernées font en sorte que toutes les autres possibilités soient étudiées afin d'éviter le recours à une telle mesure. Lorsqu'il n'y a pas d'autre choix, tout doit être fait pour que le nombre des personnes déplacées soit aussi restreint que possible et que les effets néfastes de l'opération soient limités.
2. Les autorités qui procèdent à un tel déplacement de population veillent, dans toute la mesure possible, à ce que les personnes déplacées soient convenablement logées, que le processus de déplacement se fasse dans des conditions satisfaisantes sur le plan de la sécurité, de l'alimentation, de la santé et de l'hygiène et que les membres d'une même famille ne soient pas séparés.
3. Lorsque le déplacement a lieu dans d'autres circonstances que la phase d'urgence d'un conflit armé ou d'une catastrophe, les garanties suivantes doivent être observées :
  - a) toute décision sera prise par l'autorité étatique habilitée par la loi ;
  - b) les dispositions nécessaires seront prises pour que les personnes déplacées soient pleinement informées des raisons et des modalités de leur déplacement et, le cas échéant, des mesures d'indemnisation et de réinstallation ;
  - c) on s'efforcera d'obtenir le consentement libre et en connaissance de cause des personnes déplacées;
  - d) les autorités compétentes s'efforceront d'associer les personnes concernées, en particulier les femmes, à la planification et à la gestion de leur réinstallation ;
  - e) des mesures de maintien de l'ordre seront, au besoin, prises par les autorités judiciaires compétentes ; et
  - f) le droit à un recours utile, y compris à un réexamen des décisions prises par les autorités judiciaires compétentes, sera respecté.

L'Article 32 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones exige que le consentement libre et informé des peuples autochtones soit obtenu avant tout projet de développement devant avoir lieu sur leur terre. Le texte de cet Article déclare :

1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.

2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.

3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel ».

### *3<sup>o</sup> Droit contre l'interférence dans le domicile familial*

L'Article 12 de la DUDH déclare :

« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

L'Article 17 alinéa (1) du PIDCP ainsi que les commentaires généraux, paragraphe 16 déclarent :

« Personne ne sera soumise à l'interférence arbitraire ou illégale quant à son intimité, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni quant aux attaques illégales sur son honneur et sa réputation ».

#### *4<sup>o</sup> Le droit au logement*

Le droit au logement est de plus en plus souvent inclus dans les normes des droits de l'homme, l'élevant au statut de droit distinct et renforçant le droit de ne pas être déplacé par la force. Il était inclus dans l'Article 25 alinéa (1) de la DUDH que :

« Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ».

L'Article 11 alinéa (1) du PIDESC prévoit :

« Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les Etats parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie ».

L'Article 5 alinéa (e) (iii) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) déclare :

« Conformément aux engagements fondamentaux établis dans l'Article 2 de cette convention, les Etats signataires s'engagent à interdire et éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun, sans distinction quant à la race, la couleur, l'origine nationale ou ethnique, à l'égalité devant la loi, notamment dans la jouissance [...] du droit au logement ».

Le paragraphe 8 de l'Observation générale N° 4 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels relatif au droit à un logement suffisant (1991)<sup>422</sup> interprète le droit au logement en expliquant que pour que le logement soit considéré comme « logement suffisant », les sept critères élémentaires suivants doivent être présents : (1) la sécurité légale de l'occupation ; (2) l'existence de services, matériaux, équipements et infrastructures ; (3) la capacité de paiement ; (4) l'habitabilité ; (5) la facilité d'accès ; (6) l'emplacement et (7) le respect du milieu culturel.

#### *5<sup>o</sup> Protection contre les évictions illégales et les déplacements forcés*

La protection contre les évictions forcées, en expansion, a joué un grand rôle dans l'émergence de la restitution, spécialement de la terre, du logement et de la propriété en tant que droit distinct. La Commission des Nations Unies des droits de l'homme a soutenu que « les évictions forcées constituent une violation massive des droits de l'homme »<sup>423</sup>.

L'Observation générale N° 7 (1997) du Comité des Nations Unies des droits économiques, sociaux et culturels traitant des évictions forcées<sup>424</sup> a donné des détails quant à la protection légale contre les évictions forcées. Comme ce fut le cas des Chagossiens, l'Observation générale indique très justement que la pratique de l'éviction forcée peut mener à la violation d'autres droits de l'homme comme celle du droit à la

<sup>422</sup> Document de l'ONU, E/1992/23 (1992) adopté en date du 13 décembre 1991.

<sup>423</sup> Résolution 1993/77 (1993) de la Commission des Nations Unies des droits de l'homme.

<sup>424</sup> Document de l'ONU E/1998/22 annexe IV (1998) adopté le 20 mai 1997.

vie, à la non interférence dans le domicile familial ainsi qu'à la jouissance paisible des possessions. Il déclare, entre autres choses :

« 4. La pratique des expulsions forcées est très répandue aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement où nombre de personnes sont touchées. Etant donné la corrélation et l'interdépendance qui existent entre tous les droits de l'homme, les expulsions forcées portent bien souvent atteinte à d'autres droits que le droit au logement. Ainsi, outre qu'elle constitue une violation manifeste des droits consacrés dans le Pacte, la pratique des expulsions forcées peut aussi entraîner des atteintes aux droits civils et politiques, tels que le droit à la vie, le droit à la sécurité de sa personne, le droit de ne pas faire l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille ou son domicile et le droit au respect de ses biens.

5. Bien que la pratique des expulsions forcées pourrait sembler se produire principalement dans des zones urbaines fortement peuplées, elle a lieu également dans le cadre de transferts obligatoires de peuples, de déplacement interne, de déplacements forcés dans le cadre de conflit armé, d'exodes en masse et de mouvements de réfugiés

14. Dans les cas où l'expulsion est considérée comme justifiée, elle devrait être effectuée dans la conformité stricte aux dispositions appropriées du droit international des droits de l'homme et en accord avec les principes généraux de caractère raisonnable et de proportionnalité. A cet égard, il est particulièrement pertinent de rappeler le Commentaire No 16 du Comité [des Nations Unies] des droits de l'homme, lié à l'Article 17 du PIDCP, qui déclarent que l'interférence quant au domicile d'une personne peut uniquement avoir lieu « dans les cas prévus par loi ». Le Comité a remarqué que la loi « devrait être conforme aux dispositions, buts et objectifs de la convention et devrait être, quoi qu'il arrive, raisonnable selon les circonstances particulières ». Le Comité a également indiqué que la « législation appropriée doit spécifier en détails les circonstances précises dans lesquelles une telle interférence peut être autorisée ».

Ce comité a interprété l'Article 11 alinéa (1) du PIDESC sur le droit au logement comme incluant le droit d'être protégé contre l'éviction forcée. L'Observation générale N°4 du PIDESC traitant du droit au logement suffisant requiert l'établissement de procédures légales pour la provision des compensations liées aux évictions illégales<sup>425</sup>.

La Commission des Nations Unies des droits de l'homme encourage les Gouvernements contre lesquels une plainte d'éviction forcée est déposée à entamer des règlements mutuellement satisfaisants avec la population touchée. Les négociations devaient mener à la provision de restitutions immédiates, de compensations, et/ou une alternative de logement et de terre appropriée, en mesure de répondre aux souhaits et aux besoins des personnes et communautés qui ont été brutalement expulsés<sup>426</sup>.

### ***B - Le droit à la propriété dans les instruments juridiques internationaux et régionaux***

L'Article 17 de la DUDH prévoit pour tout un chacun le droit à la propriété, dont nul ne devrait le priver. Il déclare :

- « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.
- 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».

Au niveau régional, la Convention européenne, la Convention américaine, la Charte africaine protège également le droit de chaque individu à la propriété et lui accorde une protection contre la privation arbitraire de sa propriété.

---

<sup>425</sup> Sixième session du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1991 Document de l'ONU E/1992/23 (1992) adopté le 13 décembre 1991.

<sup>426</sup> Commission des droits de l'homme, Résolution 1993/77.



### 1<sup>o</sup> La Charte africaine

L'Article 14 de la Charte africaine déclare que :

« Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées ».

La Commission africaine a donné une large interprétation du droit au logement et à la propriété dans sa communication 155/96 concernant le Centre d'Action des Droits Economiques et Sociaux et le Centre pour les Droits Economiques et Sociaux / Nigeria<sup>427</sup>. Elle a déclaré que :

« Bien que le droit au logement ou à l'abri ne soit pas explicitement prévu dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le corollaire de la combinaison des dispositions protégeant le droit d'apprécier le meilleur état possible de santé mentale et physique, dans l'Article 16 de la charte africaine, le droit à la propriété, et la protection accordée à la famille interdit la destruction gratuite de l'abri car lorsque le logement est détruit, la propriété, la santé, et la vie de famille sont compromises »<sup>428</sup>.

### 2<sup>o</sup> La Convention américaine

L'Article 21 de la Convention américaine prévoit une disposition pour le droit à la propriété. Il déclare :

---

<sup>427</sup> La Commission africaine a cependant noté que l'effet combiné des Articles 14, 16 et 18(1) stipule dans la Charte africaine un droit au logement et à l'abri, lequel a apparemment été violé par le gouvernement nigérian. MURRAY, *'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems'*, *African Human Rights Law Journal*, p. 2.

<sup>428</sup> Ibid.

« 1. Chacun a le droit à la jouissance et à l'utilisation de sa propriété. La loi peut subordonner telle jouissance et utilisation à l'intérêt de la société.

2. Personne ne sera privé de sa propriété, excepté contre le paiement d'une compensation juste, pour des raisons de service collectif ou d'intérêt social, et selon les cas et les formes prévues par loi.

3. L'usure et toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme seront interdites par la loi ».

### *3<sup>o</sup> La Convention européenne*

L'Article 8 de la Convention européenne prévoit que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'Article 1 du premier protocole de la Convention européenne prévoit que :

« Chaque personne physique ou juridique a droit à la jouissance paisible de ses possessions. Personne ne sera privé de ses possessions, excepté dans l'intérêt public et selon les conditions prévues par la loi et par les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne devront pas, cependant, diminuer en quelque façon que ce soit le droit d'un Etat d'imposer des lois qu'il considère nécessaires, d'ordonner l'utilisation de la propriété selon le principe de l'intérêt général ou de fixer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou pénalités ».

*4<sup>o</sup> Le droit à un recours effectif en cas de violation des droits de l'homme*

L'Article 8 de la DUDH déclare :

« Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».

L'Article 2 du PIDCP stipule :

« 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié ».

L'Article 10 de la Convention américaine se réfère au droit au dédommagement lorsqu'une personne est condamnée en vertu d'un jugement définitif par suite d'une erreur judiciaire. L'Article 25 prévoit des garanties pour que chacun ait le droit à un recours. Il déclare :

« 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles.

2. Les Etats parties s'engagent:

a) à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'Etat statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours;

b) à accroître les possibilités de recours judiciaire;

c) à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours ».

La CIADH a établi que le droit de chaque personne à un recours simple et rapide pour se protéger contre la violation de ses droits humains est l'un des éléments les plus importants, non seulement de la Convention américaine, mais aussi en tant que fondement de toute démocratie<sup>429</sup>. Elle a aussi souligné que :

« L'inexistence d'un recours effectif contre la violation des droits reconnus par cette Convention constitue une transgression de la convention par l'Etat dans lequel une telle situation se produit. A cet égard, il faut souligner que, pour qu'un tel recours existe, il n'est pas suffisant qu'il soit prévu par la Constitution ou par la loi ou qu'il soit formellement recevable, mais il doit réellement être approprié pour établir s'il y a eu violation des droits de l'homme et pour fournir ce qui est nécessaire pour y remédier »<sup>430</sup>.

L'Article 40 de la Déclaration des droits des peuples autochtones déclare :

« Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et

---

<sup>429</sup> Cité dans Communauté *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. l'Etat du Nicaragua* au paragraphe 113.

<sup>430</sup> La décision de *Ivcher Bronstein* de 6 février 2001 [2001] CIADH 1, C Séries No 74 paragraphe 135 cité dans *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* au paragraphe 113. La CIADH décide dans *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* que l'existence d'un recours formel n'était pas suffisant. Dans le cas où il y avait une loi permettant de cadastrer une terre des autochtones, non accompagnée par des procédures claires sur la façon dont le cadastre des terres des autochtones allait se faire et qu'aucune institution de l'Etat n'avait reçu l'instruction de s'acquitter de cette tâche, le droit de la communauté à un recours simple et effectif avait été violé. Si le Nicaragua reconnaît le droit à propriété commune des populations autochtones, il n'a pas régulé de procédures spécifiques pour donner effet à cette reconnaissance et par conséquent, ne pouvait revendiquer que ces recours existent localement pour que la terre des autochtones soit cadastrée.

systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme ».

***PARAGRAPHE III - Normes des droits de l'homme en matière de droit à restitution***

Un certain nombre de normes internationales des droits de l'homme, en commençant par la Convention de Genève de 1949 jusqu'au plus récent Statut de Rome sur la CPI de 2002, interdisent le déplacement de populations civiles et la destruction de leur propriété, à moins que cela ne soit nécessaire en cas de guerre ou d'opérations militaires. Même en temps de guerre, les populations civiles ne peuvent pas être forcées à quitter leur domicile de façon brutale. En cas de nécessité de déplacement de ces populations ou de destruction de leur domicile, à cause de l'état de guerre ou des opérations militaires, ceci doit se faire de la manière la moins déchirante possible et en respectant la dignité humaine. Une fois les hostilités terminées, la population doit retourner à ses domiciles et ses propriétés doivent lui être rendues aussitôt que possible. Le droit à restitution émerge également dans le cadre du retour des réfugiés et des personnes déplacées à l'intérieur ou à l'extérieur de leur pays après une période de conflit armé.

Des principes de base et des lignes directrices du droit à réparation pour les victimes des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme<sup>431</sup> requièrent des Etats qu'ils fournissent des réparations aux victimes de violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme<sup>432</sup>. L'Article 16 déclare :

---

<sup>431</sup> Document de l'ONU, E/CN.4/2000/62 (2000). Les principes directeurs sur le droit à réparation pour les victimes des violations des droits de l'homme et des droits humanitaires internationaux furent adoptés suite à la Résolution 1997/29 de la Commission des droits de l'homme. La résolution était intitulée « droit à la restitution, à la compensation et à la réhabilitation pour les victimes de violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

<sup>432</sup> L'Article 18 des principes de base et des directives du droit aux réparations des victimes des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international prévoit :

« Selon ses lois nationales et ses obligations légales internationales, un Etat fournira la réparation aux victimes de ses actes ou omissions constituant des violations des droits de l'homme internationaux et des normes humanitaires légales ».

L'Article 22 établit ce que la restitution devrait faire en sorte d'atteindre. Il déclare :

« La restitution devrait, autant que possible, rétablir la situation originale de la victime avant que les violations des droits de l'homme internationaux de la loi humanitaire ne se soient produites. La restitution inclut : la restauration de la liberté, des droits légaux, du statut social, de la vie de famille et de la citoyenneté ; le retour à son domicile; et la restauration de l'emploi et le retour de la propriété ».

L'Article 29 des principes de base sur le déplacement interne impose aux autorités le devoir d'aider les rapatriés et les personnes intérieurement déplacées à recouvrir leur propriété et possessions. Il déclare<sup>433</sup> :

« (1) Les personnes déplacées internes qui sont revenues à leur domicile ou à leur lieu de résidence habituelle ou qui se sont réinstallées dans une autre partie du pays ne seront pas discriminées pour avoir été déplacées. Elles auront le droit de participer entièrement et également aux affaires publiques à tous les niveaux et d'avoir l'égalité d'accès aux services publics.

(2) Les autorités compétentes ont le devoir et la responsabilité d'aider les personnes déplacées à l'intérieur du pays, qui sont retournées et/ou se sont réinstallées à récupérer, dans la mesure du possible, leur propriété et possessions, qu'elles ont

---

« Dans le cas où la partie responsable de la violation serait incapable ou peu disposée à remplir ces engagements, l'Etat devrait essayer de fournir réparation aux victimes qui ont subi des dommages ou l'affaiblissement de la santé physique ou mentale en raison de ces violations, ainsi qu'aux familles, en particulier les personnes à charge des personnes décédées ou frappées d'incapacité physique ou mentale en raison de la violation. À cet effet, les états devraient essayer d'établir des fonds nationaux pour la réparation aux victimes et chercher d'autres ressources partout où il est nécessaire de compléter ces derniers ».

<sup>433</sup> Document de l'ONU E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998). (2) les principes de base sur le déplacement interne ont été développés par M. F. DENG, représentant spécial du Secrétaire Général de l'ONU, conformément à la commission sur la résolution 1997/39 des droits de l'homme.

laissées ou dont elles ont été dépossédées au moment de leur déplacement. Quand le rétablissement de telles propriétés et possessions n'est pas possible, les autorités compétentes fourniront ou aideront ces personnes à obtenir une compensation appropriée ou une forme différente de réparation équitable »<sup>434</sup>.

L'Article 28 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones déclare :

« 1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée ».

Comme mentionné à l'introduction, le recours en restitution a été inclus dans plusieurs instruments établissant les tribunaux internationaux, par exemple : le Statut de la CPI tient compte des réparations en ce qui concerne ses décisions, le TPIY prévoit la restitution de la propriété comme recours possible et le Tribunal Pénal International pour Rwanda, le TPIR considère la destruction de la propriété comme l'un des éléments conduisant à la poursuite du crime de génocide.

---

<sup>434</sup> L'Article 15 déclare :

« La réparation adéquate, effective et prompt sera orientée à promouvoir la justice par le redressement des violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire. La réparation devra être proportionnelle à la gravité des violations et du dommage causé ».



Le recours à restitution a également été inclus dans plusieurs accords concernant le rapatriement volontaire des réfugiés et le retour des personnes déplacées à l'intérieur de leur territoire à la fin des conflits internes et des crises. Un certain nombre d'agences des Nations Unies, notamment le Haut Commissariat pour les Réfugiés, encourage leurs employés à inclure des mesures de restitution comme d'importante partie intégrante de leurs mandats lorsqu'ils essaient de résoudre des problèmes de rapatriements volontaires et de retour des réfugiés, des personnes déplacées au-delà des frontières de leurs pays ainsi que des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays.

La recommandation générale XXIII du Comité des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) sur les peuples autochtones<sup>435</sup> a réaffirmé que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale s'applique au peuple autochtone. Le CERD a invité les Etats signataires de la Convention :

« A identifier et protéger les droits des peuples autochtones à avoir, développer, contrôler et utiliser leurs terres, territoires et ressources communs et, là quand ils ont été privés de leurs terres et territoires traditionnels ou habités ou utilisés sans leur consentement libre et informé, à prendre des mesures pour leur rendre ces terres et territoires. Si cela est impossible pour des raisons factuelles, le droit à la restitution sera remplacé par le droit à une compensation juste, rapide et équitable. Une telle compensation devrait, dans la mesure du possible, prendre la forme de terres ou de territoires ».

La Sous-commission des Nations Unies pour la protection et la promotion des droits de l'homme a récemment adopté, sans vote, la résolution 1998/26 qui affirme le droit de tous les réfugiés et personnes déplacées à l'intérieur de leur pays à retourner à leurs

---

<sup>435</sup> CERD recommandation générale XXIII: Populations autochtones, adoptée en 1997.

maisons et lieux de résidence habituels dans leur pays et/ou point d'origine, si elles le souhaitent, comme défini dans les instruments juridiques internationaux appropriés »<sup>436</sup>.

La Sous-commission de l'ONU pour la protection et la promotion des droits de l'homme, dans sa résolution concernant le logement et la restitution de propriété dans le cas des réfugiés et d'autres personnes déplacées « invite tous les Etats à assurer l'exercice libre et équitable du droit de retour au domicile et à l'endroit de résidence habituelle par tous les réfugiés et personnes intérieurement déplacées et à élaborer des procédures légales, administratives et autres, efficaces et expéditives, pour assurer l'exercice libre et équitable de ce droit, notamment des mécanismes justes et efficaces conçus pour résoudre des problèmes de logement et de propriété non résolus »<sup>437</sup>.

L'Article 5 traitant des réfugiés et des personnes déplacées contenu dans la recommandation générale numéro 22 (1997) du CERD souligne que tous les réfugiés et toutes les personnes déplacées ont le droit de retourner librement à leur domicile d'origine dans des conditions de sécurité. Il stipule également que les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays ont le droit de récupérer leur domicile d'origine, ou des compensations s'il n'est pas possible de reconstituer les propriétés<sup>438</sup>.

A sa quinzième session, le CERD a décidé de proposer à la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme la préparation d'une étude sur le retour de la propriété des réfugiés ou des personnes déplacées<sup>439</sup>. La Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme a produit un rapport sur le droit à restitution des logements et des droits de propriété des réfugiés rapatriés et des

---

<sup>436</sup> Document de l'ONU E/CN.4/Sub.2 Res/1998/26.

<sup>437</sup> Document de l'ONU E/CN.4/Sub.2/2002/I.16.

<sup>438</sup> Document de l'ONU A/51/18 (1997) adopté le 23 août 1996.

<sup>439</sup> Ibid.

personnes déplacées à l'intérieur de leur pays<sup>440</sup>. Elle « affirme que le recours à la compensation devrait seulement avoir lieu quand le recours en restitution n'est pas possible ou quand la partie victime accepte sciemment et volontairement la compensation au lieu de la restitution »<sup>441</sup>. Tant que cela est possible, la terre devrait être rendue, par conséquent il incombe à l'Etat de fournir des preuves établissant qu'il est réellement impossible de rendre la terre.

Le HCR a joué un rôle central dans le développement du recours en restitution, qui est maintenant un droit distinct, dans le cadre des droits des réfugiés rapatriés et des personnes déplacées. C'est particulièrement le cas dans les exemples de programmes volontaires de rapatriement qui ont vu plus de 10 millions de réfugiés et personnes déplacées retourner chez eux dans les années 1990<sup>442</sup>. Le mandat du HCR, et en particulier l'aspect du rapatriement volontaire comme solution aux situations de réfugié, a ses racines dans la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies 428 (V) du 14 décembre 1950 adoptant le Statut du HCR. Le guide du HCR sur le rapatriement volontaire<sup>443</sup> indique que son mandat est principalement de favoriser « la création des conditions qui favorisent le retour volontaire dans la sûreté et la dignité et qui favorisent le rapatriement volontaire des réfugiés une fois que les conditions favorables sont créées ».

Le HCR a fourni un mémorandum à tous ses bureaux en 2001 décrivant sa politique sur le recouvrement du domicile et des propriétés des réfugiés<sup>444</sup>. Les aspects les plus importants du mémorandum disent :

---

<sup>440</sup> Rapport de Paolo Pinheiro Rapporteur Spécial de L'ONU. Document de l'ONU E/CN.Sub.2/2002/16.

<sup>441</sup> Résolution de la Sous-commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Document de l'ONU E/CN.4/Sub.2/2002/L.16.

<sup>442</sup> S. LECKIE, *Returning Home*, p. 27.

<sup>443</sup> HCR Guide pour le Rapatriement Volontaire : Protection Internationale (1996).

<sup>444</sup> *UNHCR Inter-Office Memorandum No 104/2001 and 101/2001, 28 November 2001.*

« 1. Le recouvrement du domicile et de la propriété des réfugiés dans leurs pays d'origine doit être réglé uniformément pour s'assurer que des solutions effectives au déplacement des réfugiés soient trouvées. L'expérience a prouvé que les opérations volontaires de rapatriement sont peu susceptibles d'être entièrement réussies ou soutenables à long terme si des problèmes de logement et de propriété - comme partie intégrale du retour dans la sûreté et la dignité - ne sont pas résolus ».

Le paragraphe 2 du mémorandum est particulièrement instructif, établissant un rapport entre le développement du droit au logement convenable dans le cadre des réfugiés qui rentrent. Il prouve que ceci a mené au développement du droit des réfugiés rapatriés à ne pas être arbitrairement privés de leur logement et propriété en premier lieu. Le paragraphe dit :

« 2. Les droits de l'homme sur la question du droit au logement convenable ont évolué sensiblement pendant la dernière décennie. Le droit d'un réfugié de retourner à son pays est maintenant de plus en plus souvent lié à son droit au logement convenable. Dans ce contexte, le droit au logement convenable s'est développé pour prolonger le droit de ne pas être arbitrairement privé du logement et de la propriété en premier lieu. Comme corollaire à ceci, les réfugiés ont le droit de retourner non seulement dans leurs pays d'origine mais aussi de récupérer le domicile dont ils ont été précédemment expulsés (restitution). Si ce n'est pas possible, alors le droit à la compensation adaptée pour toute perte enregistrée prévaut.

i. Dans la plupart des circonstances, les conditions d'un retour sécurisé et digne ne peuvent pas être réunies sans des garanties adéquates conçues pour protéger les droits des réfugiés au logement et à la restitution de la propriété.

ii. Si le logement doit être traité comme un sujet des droits de l'homme à part entière, alors toutes les politiques et pratiques du HCR liées au logement doivent être traitées en soi comme sujets de la protection de réfugié.

iii. Le problème du logement des réfugiés devrait être abordé à une période avancée dans le cycle du déplacement de réfugiés et pas seulement une fois que les réfugiés sont rentrés dans leur pays d'origine ».

Le mémorandum du HCR encourage également les fonctionnaires du HCR sur le terrain du HCR à jouer un rôle actif dans les négociations menant aux accords de paix pour s'assurer que les aspects de logement et de propriété du rapatriement volontaire sont entièrement pris en considération en vue de renforcer les perspectives pour la restitution réussie du logement, de la terre et de la propriété pour les réfugiés rapatriés. Ils devraient également favoriser les droits de propriété et de logement dans les plans de rapatriement volontaire, aussi bien que développer des plans d'action sur la restitution de propriété et de logement<sup>445</sup>. Le mémorandum exige également des fonctionnaires sur le terrain qu'ils identifient et d'analysent tous les droits nationaux sur le logement et les droits de propriété des réfugiés et qu'ils recommandent des abrogations et des réformes législatives pour s'assurer que ceux qui rentrent puissent exercer leur droit à la terre, au logement et à la restitution de leur propriété de façon effective. Le mémorandum va jusqu'à suggérer que dans le cas d'un cadre juridique national de restitution de propriété défectueux, les fonctionnaires du HCR devraient favoriser, si possible, des démarches pour invoquer le droit à la propriété devant des institutions comme la CEDH ou la CIADH.

---

<sup>445</sup> S. LECKIE, *Returning Home*, p. 30.

## **CHAPITRE II - LA JURISPRUDENCE SUR LE DROIT A REPARATION ET/OU A RESTITUTION EN DROIT INTERNATIONAL**

La signification ordinaire du mot « restitution » est de rétablir sa propriété à une personne et de la mettre dans la situation où elle était avant qu'on ne la lui retire. Même si le droit à restitution et à réparation apparaît également en droit privé lorsqu'une personne peut engager des poursuites pour obtenir la restitution de sa propriété privée, la restitution apparaît le plus souvent en droit public dans le cadre des réclamations de terre par des autochtones ou réfugiés rapatriés et personnes déplacées, aussi bien que dans le cadre d'un recours pour des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Comme indiqué dans le chapitre I, les Articles 19 et 22 Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire recommandent « que la restitution devrait dans la mesure du possible, rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire ne se soient produites ».

La Commission du droit international a conclu en 2001 que la restitution inclut le retour sur le territoire des personnes ou sur la propriété, ou l'inversion d'un acte juridique, ou une combinaison de ces éléments. En effet, « la restitution doit se conformer le plus fidèlement possible au principe général selon lequel l'Etat responsable doit réparer les conséquences légales et matérielles de son acte injustifié, en rétablissant

la situation qui existerait si cet acte n'avait pas été commis, cela se fait d'abord sous des formes de réparations »<sup>446</sup>.

La règle du *restitutio in integrum* est une règle du droit coutumier qui stipule que la partie qui a injustement pris quelque chose d'une autre partie, doit la lui restituer ou la lui retourner dans la condition et dans l'état dans lequel elle était avant qu'il ne la prenne. Le concept de restitution a été longtemps accepté comme recours juridique approprié dans un certain nombre de codes juridiques nationaux et des instruments juridiques internationaux des droits de l'homme. Il est considéré comme le premier recours pour les violations du droit international.

### ***PARAGRAPHE I - La jurisprudence en matière de droit à restitution***

L'ancienne Cour permanente de justice internationale, désormais remplacée par la CIJ, a déclaré en 1928 dans l'affaire relative à *l'Usine de Chorzów* (demande en indemnité)<sup>447</sup> que la restitution est le recours privilégié pour corriger les acquisitions Gouvernementales illégales (expropriation) de propriété.

Bien que préoccupé par la violation spécifique d'un traité, l'affaire relative à *l'Usine de Chorzów* (demande en indemnité) a érigé des normes de réparation largement admises pour les violations du droit international. Il était décidé que :

« Le principe contenu dans la notion réelle d'un acte illégal - un principe qui semble être établi par la pratique internationale, et en particulier les décisions des tribunaux d'arbitrage - est que les réparations doivent, dans la mesure du possible, éliminer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait probablement existé si cet acte n'avait pas été commis. La restitution se fait en

---

<sup>446</sup> Rapport de la commission du droit international, 53<sup>ème</sup> session du 23 avril au 1er juin et du 2 juillet au 10 août 2001.

<sup>447</sup> Mentionné comme *Allemagne c. Pologne* 1928 PCIJ (Séries A) N° 17, décidé en date du 13 septembre 1928, p. 47.

nature, ou si ce n'est pas possible, par le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'une restitution en nature apporterait ; par l'octroi de dédommagements pour la perte occasionnée, au besoin, en cas d'impossibilité de restitution en nature ou de paiement à sa place - tels sont des principes qui devraient servir à déterminer le montant de la compensation due pour un acte contraire au droit international »<sup>448</sup>.

#### **A- La Cour Interaméricaine des droits de l'homme (CIADH)**

L'Article 63 alinéa (1) de la Convention américaine est la disposition principale traitant des réparations dans le système interaméricain des droits de l'homme. Il déclare que :

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

La CIADH a soutenu que les dispositions de l'Article 63 alinea (1) de la Convention contient un des principes fondamentaux du droit international tel qu'il a été reconnu dans des affaires devant l'ancienne Cour permanente de justice internationale et appliqué par la CIADH dans l'affaire *Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras*<sup>449</sup>, suivi des affaires *Aloeboetoe*<sup>450</sup> et *El Amparo*<sup>451</sup>.

---

<sup>448</sup> Ibid. Puisque l'affaire n'a pas fait de distinction entre les normes de réparation des violations de traités et celles du droit coutumier, S. LECKIE conclut que cela s'applique également aux normes de réparation pour le droit coutumier.

<sup>449</sup> *Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras* Séries C N° 4 [1988] CIADH 1 ; décidé le 29 juillet 1988; et *Interprétation de Jugement Compensation* Séries C No 9 CIADH [1990] 9, décidé le 17 août 1998.

<sup>450</sup> Séries C N° 11 [1990] CIADH 1, décidé le 4 décembre 1990 et *Jugement Réparations* Séries C N° 15 [1993] CIADH 2, le 10 septembre 1993.

<sup>451</sup> Séries C N° 19 [1995] CIADH 5, décidé en date du 8 janvier 1995 *Jugement Réparations* Séries C N° 28 [1996] CIADH 6, décidé le 14 septembre 1996



La CIADH a déclaré que « l'obligation de proposer des réparations est régie par le droit international en tous ses aspects tels que la portée, les caractéristiques, les bénéficiaires, etc. et ne peut pas être sujette à modification par l'Etat défendeur par l'invocation des dispositions de sa propre loi nationale »<sup>452</sup>.

Dans l'affaire *Velasquez Rodriguez*, la CIADH a clarifié que le rôle de l'Etat est dans le fait d'empêcher les violations des droits de l'homme. Par exemple, si l'Etat est responsable des actions de ses fonctionnaires et agents, il peut aussi être jugé responsable des violations de droits de l'homme par ceux qui ne sont pas ses agents, s'il n'a pas fait le nécessaire pour empêcher que les violations n'aient lieu quand il en a été informé. Elle a soutenu que « l'état a un devoir légal de prendre des mesures raisonnables pour empêcher les violations de droits de l'homme et d'employer les moyens à sa disposition pour effectuer une recherche sérieuse sur les violations commises dans sa juridiction, d'identifier les responsables, pour imposer une punition appropriée et pour garantir la compensation des victimes »<sup>453</sup>.

La Cour a développé un nombre assez important de jurisprudence dans des affaires de réparations introduites par la Commission interaméricaine au nom des individus contre des Etats signataires de la Convention américaine. La Convention américaine ne définit pas les réparations mais la jurisprudence de la Cour interaméricaine a pu trancher dans ces cas.

---

<sup>452</sup> *Neira Algeria et al* Séries C N° 29 [1996] CIADH, décidé le 19 septembre 1996 au paragraphe 37 citant *Aloeboetoe* Note 430 ci-dessus au paragraphe 44 et *El Amparo* note 431 ci-dessus au paragraphe 15.

<sup>453</sup> *Jugement Réparations* en 1988 note 429 ci-dessus cité dans le Rapport Final du Rapporteur Spécial des Nations Unies sur le droit à restitution, compensation et réhabilitation pour les victimes de violations massives des droits de l'homme et des libertés fondamentales, T. VAN BOVEN, Sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, Document de l'ONU E/CN.4/Sub.2/1993/8 au paragraphe 49.

La plupart de ces affaires impliquait la violation des droits civils et politiques, par exemple pour la mort ou les disparitions des civils entre les mains des militaires ou des forces de sûreté. Le refus du droit aux garanties juridiques<sup>454</sup> ou la violation du droit à la liberté religieuse sont d'autres exemples. Quand où il y a une violation du droit à la vie, les parents de la personne qui a perdu la vie peuvent réclamer des dommages en raison de la mort. Ceux-ci pourraient être les enfants de la victime, son conjoint, et si elle n'était pas mariée et n'avait aucun enfant, ses parents ou les enfants des mêmes parents. C'est à la lumière de la « norme commune dans la plupart des systèmes légaux que les successeurs d'une personne sont ses enfants. Il est également courant que le conjoint ait une part des capitaux acquis pendant un mariage ; certains systèmes juridiques accordent également des droits de transmission des conjoints aux enfants »<sup>455</sup>.

---

<sup>454</sup> Article 8 alinéas (1) et (2) de la Convention américaine garantit à tout un chacun les garanties juridiques. Le texte déclare :

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine.
2. Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Pendant l'instance, elle a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes:
  - a) droit de l'accusé d'être assisté gratuitement d'un traducteur ou d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ou au tribunal;
  - b) notification préalable et détaillée à l'accusé des charges portées contre lui;
  - c) octroi à l'accusé du temps et des moyens nécessaires pour préparer sa défense;
  - d) droit pour l'accusé de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur de son choix et de communiquer avec celui-ci librement et sans témoin;
  - e) droit d'être assisté d'un défenseur procuré par l'Etat, rémunéré ou non selon la législation interne, si l'accusé ne se défend pas lui-même ou ne nomme pas un défenseur dans le délai prévu par la loi; ce droit ne peut faire l'objet d'aucune renonciation;
  - f) droit pour la défense d'interroger les témoins comparissant à l'audience et d'obtenir la comparution, comme témoins ou experts, d'autres personnes qui peuvent faire la lumière sur les faits de la cause;
  - g) droit pour l'accusé de n'être pas obligé à témoigner contre lui-même ou à se déclarer coupable;
  - h) droit d'interjeter appel du jugement devant un tribunal supérieur.

<sup>455</sup> VAN BOVEN, op. cit., au paragraphe 60.

La CIADH a conclu à une violation du droit à la vie dans les affaires *El Amparo*<sup>456</sup>, *Aloeboetoe*<sup>457</sup>, *Neira Alegria*<sup>458</sup>, *Caballero Delgado et Santana*<sup>459</sup> et ordonné que des réparations soient payées aux parents des victimes. Dans l'affaire *Neira Alegria et al*, des dédommagements furent attribués aux parents de la victime, Edgar Zenteno-Escobar, qui n'était pas marié et n'avait aucun enfant à l'heure de sa mort.

La CIADH a défini les types de dédommagements pouvant être réclamés comme forme de réparation pour la violation des droits protégés par la Convention américaine. La Cour a également défini comment la compensation financière doit être déterminée une fois qu'il a été décidé que l'Etat est responsable des réparations à cause de la violation des Articles de la Convention américaine. La Cour interaméricaine a retenu dans l'arrêt de *Neira Alegria et al*, que puisque la règle du *restitutio in integrum* ne peut pas être appliquée dans un cas comportant la violation du droit à la vie - parce qu'une personne morte ne peut être ressuscitée - d'autres formes de réparations comme la compensation financière, sont des formes appropriées de réparations à attribuer aux parents et enfants des victimes.

La CIADH a continué en élaborant la méthodologie de calcul des dommages pécuniaires. Elle a soutenu que la compensation tiendrait compte des dommages réels dont la victime a souffert, du point de vue moral aussi bien que matériel. Les dommages sont calculés d'après la perte de revenus que les parents des victimes ont endurée en raison de la mort de la victime, aussi bien que les revenus potentiels que la victime aurait gagné si elle n'était pas morte. Le calcul inclut également la perte financière réelle que les parents ont encouru en raison de la procédure judiciaire contre les autorités, à savoir l'Etat responsable de la violation des droits contenus dans la Convention

---

<sup>456</sup> Note 431 ci-dessus.

<sup>457</sup> Note 430 ci-dessus.

<sup>458</sup> Note 432 ci-dessus.

<sup>459</sup> *Objections Préliminaire* Série C N° 17 [1994] CIADH 1, décidé en date du 21 janvier 1994 et *Jugement Réparations* Série C N° 3 [1997] CIADH 1, décidé en date du 29 janvier 1997.

américaine, auprès des cours nationales aussi bien que de la Commission interaméricaine et de la CIADH. Lors de l'établissement du montant à payer en ce qui concerne les pertes humaines la CIADH prend en considération l'âge de la victime à l'heure de la mort, les années restantes jusqu'à ce que la victime ait atteint l'âge de l'espérance de vie normale dans son pays et son revenu réel calculé sur la base des salaires réels<sup>460</sup>.

La CIADH n'exige pas de preuves tangibles quant à l'évidence des dommages moraux puisqu'elle considère que :

« [I]l est clair que les victimes ont subi des dommages moraux, parce qu'il en va de la nature humaine que quiconque soumis à l'agression et à la violation décrites plus haut éprouvera une douleur morale. La Cour considère qu'aucune preuve n'est exigée pour arriver à cette conclusion »<sup>461</sup>.

<sup>10</sup> *Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras*

*Velasquez Rodriguez c. Honduras*<sup>462</sup> est l'arrêt de référence principale au sujet des réparations et de la responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme par des agents de l'Etat. La CIADH a soutenu qu'en droit international, un Etat est responsable des actes commis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles et a cause de leurs omissions, même lorsque l'acte de ces agents sont commis en dehors de leur domaine d'autorité ou viole la loi interne »<sup>463</sup>. En principe donc, n'importe quelle violation des droits de l'homme identifiée dans la Convention américaine est imputable à l'Etat si elle est effectuée par un acte dans le cadre du service public ou par les personnes qui utilisent leur position d'autorité à mauvais escient. Même au cas où l'acte initial ne pourrait pas être imputé à l'Etat, ceci pourrait mener à la responsabilité

<sup>460</sup> Affaire *Neira Algeria et al* au paragraphe 49.

<sup>461</sup> Supra paragraphe 57 citant l'*Aloeboetoe* paragraphe 52 et *El Amparo*, paragraphe 36.

<sup>462</sup> Affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras* Série C N° 4 [1988] CIADH 1, décidé le 29 juillet 1988.

<sup>463</sup> Ibid., paragraphe 170.

internationale de l'Etat s'il n'instituait pas la vigilance pour empêcher la violation ou ne répondait pas une fois qu'il s'est rendu compte des violations des droits de l'homme contenus dans la Convention américaine.

Le devoir légal de l'Etat est de prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher les violations des droits de l'homme et d'employer tous les moyens à sa disposition pour effectuer des recherches sérieuses sur les violations des droits de l'homme vraisemblablement commises dans sa juridiction. L'Etat doit également « identifier ses responsables, imposer une punition appropriée et assurer à la victime une compensation juste »<sup>464</sup>. Le devoir d'empêcher les violations des droits de l'homme inclut toutes les mesures d'ordre juridique, politique, administratif et de nature culturelle qui assureraient la protection des droits de l'homme aussi bien que le traitement des violations en tant qu'actes illégaux qui doivent être punis.

Dans ce cas précis, bien que la loi du Honduras n'ait pas fermé les yeux sur les disparitions et que la loi interne les ait identifiées comme illégales, que tous les composants du Gouvernement n'aient pas été au courant de ces disparitions et qu'il n'y ait eu aucune preuve que ces actes avaient pour origine des ordres officiels, en droit international, le Honduras en restait responsable<sup>465</sup>.

L'affaire traitait de la disparition d'un étudiant, Manfredo Velasquez Rodriguez, entre les mains d'un groupe paramilitaire appelé les forces armées, qui étaient responsables de la pratique largement répandue des disparitions au Honduras à cette époque, avec peu voire pas d'action Gouvernementale pour arrêter cette pratique. La CIADH a conclu que le Gouvernement du Honduras s'était rendu compte des activités des forces armées, qui avaient été largement signalées dans les journaux locaux, mais n'avait rien fait pour

---

<sup>464</sup> Affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, op. cit., Paragraphe 174.

<sup>465</sup> Ibid, Paragraphe 183.

sanctionner les activités de ses membres ou les poursuivre en justice, et ce pendant plusieurs années après que la pratique ait été exposée par la presse écrite.

La question fut de déterminer s'il y avait eu violation du droit à la vie selon l'Article 4<sup>466</sup>, violation du droit au traitement humanitaire d'après l'Article 6<sup>467</sup> ainsi que de la liberté personnelle selon l'Article 7 de la Convention américaine. La CIADH a décidé que : « toute atteinte à l'un de ces droits qui peut être attribuée selon les règles du droit international à l'action ou à l'omission de tout service public constitue un acte imputable à l'Etat, qui en assume la responsabilité dans les limites fournies par la Convention »<sup>468</sup>.

La CIADH a soutenu que l'Article 1 alinéa (1) de la Convention américaine était essentiel afin de déterminer si tout acte de violation des droits de l'homme dans la Convention américaine susmentionnée pourrait être imputé à l'Etat du Honduras. L'Article 1 alinéa (1), qui place des engagements sur l'Etat beaucoup plus directs que ceux contenus dans l'Article 2, exige des Etats signataires, premièrement de respecter,

---

<sup>466</sup> Article 4 alinéa (1) de la Convention américaine déclare :

Droit à la vie :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi et, en général, à partir du moment de la conception. Personne ne peut être arbitrairement privé de son droit à la vie.

<sup>467</sup> Article 5 de la même convention dit :

1. Chacun a droit au respect de son intégrité physique, mentale et morale.

2. Personne ne doit être soumis à la torture ou au traitement ou punition cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec respect pour la dignité inhérente à la personne humaine.

3. La punition ne peut être étendue à une personne autre que le criminel.

4. Les accusés doivent, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être séparés des personnes condamnées, et seront soumis à un traitement distinct approprié à leur statut de personnes non condamnées.

5. Les mineurs qui sont soumis à des procédures criminelles doivent être séparés des adultes et leurs affaires doivent être traités par des tribunaux spécialisés, de la façon la plus rapide possible, afin qu'ils reçoivent un traitement approprié à leur statut de mineurs.

6. Les punitions consistant en une privation de la liberté devraient être orientées vers la réadaptation sociale des prisonniers.

<sup>468</sup> Affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, op. cit., paragraphe 164.

et deuxièmement de garantir « le libre et plein exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention »<sup>469</sup>. Afin de donner effet aux fonctions de l'Etat indiqué ci-dessus, il est nécessaire qu'il organise son appareil et ses structures de façon à ce qu'il soit possible pour l'Etat d'assurer la jouissance libre et pleine des droits de l'homme contenus dans la Convention américaine.

L'Etat doit donc « empêcher, étudier et punir toute violation des droits identifiés par la convention et, en outre, si possible essayer de reconstituer le droit violé et de fournir la compensation légitime pour les dommages résultant de la violation »<sup>470</sup>. L'existence d'un système juridique conçu pour se conformer à l'engagement de l'Etat résultant de l'Article 1 alinéa (1) n'est donc pas suffisante si le Gouvernement ne se conduit pas de façon à « assurer effectivement le plein et libre exercice des droits de l'homme »<sup>471</sup>.

La CIADH a encore constaté que bien que le système légal au Honduras ait tenu compte du recours à l'acte judiciaire de l'*Habeas Corpus* (qui exige la remise du corps d'une personne supposée détenue par l'Etat et souvent présumée morte), le recours avait été totalement inefficace et n'avait pas produit de résultats pour la famille de Velasquez Rodriguez en particulier, et d'autres personnes disparues en général en dépit de l'invocation dans plusieurs procès. La CIADH a constaté qu'aucun acte judiciaire n'avait suivi le principe d'*Habeas Corpus* depuis plusieurs années. Le Honduras ne s'était donc pas acquitté de son obligation d'assurer l'exercice libre et plein des droits contenues dans la convention américaine, parce que son appareil d'Etat a agi de sorte que les violations des droits de l'homme sont restées impunies et la pleine jouissance des droits par la victime des violations n'a pas été rétablie aussitôt que possible. La branche exécutive de l'Etat n'a rien fait pour enquêter sur la disparition de Manfredo

---

<sup>469</sup> Affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, op. cit., paragraphe 166.

<sup>470</sup> Ibid.

<sup>471</sup> Ibid., paragraphe 167.

Velasquez Rodriguez, comme plusieurs autres personnes signalées et présumées disparues. Des avocats et les membres de l'ordre judiciaire qui s'étaient saisis des affaires de disparitions avaient reçu des menaces de mort, certains furent même tués, probablement des mains des forces armées.

La CIADH a donc établi que le Honduras avait violé le droit de Manfredo Velasquez Rodriguez à la vie, relativement à l'Article 4 de la convention américaine, à cause de sa disparition. Son absence pendant sept ans a créé un soupçon sensé selon lequel il avait été tué<sup>472</sup>. Le Honduras était responsable de la disparition de Manfredo Velasquez Rodriguez, car il a violé l'Article 5 de la Convention américaine portant sur l'intégrité personnelle. Sa soumission à l'isolement et à la privation prolongée de communication avec sa famille et ses proches s'est élevée au traitement cruel et inhumain qui nuit à l'intégrité psychologique et morale d'une personne. Bien qu'il n'y ait eu aucune preuve qu'il a été physiquement torturé, son enlèvement et son emprisonnement par des autorités Gouvernementales ont constitué un manquement du Gouvernement du Honduras à protéger ses droits en vertu de l'Article 5 alinéas (1) et (2)<sup>473</sup>.

Ayant conclu aux violations des droits contenus dans la Convention américaine, la CIADH a appliqué l'Article 63 alinéa (1) en ordonnant que la compensation soit versée à la famille de Manfredo Velasquez Rodriguez, la somme devant être négociée entre l'Etat du Honduras et la Commission Interaméricaine.

## 2<sup>o</sup> L'affaire Blake

---

<sup>472</sup> Affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, op. cit., paragraphe 188.

<sup>473</sup> Ibid., paragraphe 187.



L'affaire Blake<sup>474</sup> a impliqué une allégation de la violation de l'Article 4 de la Convention américaine traitant du droit à la vie et de l'Article 5 traitant du droit à ne pas être soumis au traitement inhumain et dégradant. M. Nicholas Blake, un journaliste américain, ainsi qu'une autre personne, avaient disparu alors qu'ils faisaient le compte-rendu de l'histoire de la crise au Guatemala. Leurs dépouilles ont été trouvées quelques années après. Il y a eu des preuves qu'ils avaient été tués par des membres de la Guérilla des Pauvres, un groupe paramilitaire. Sa famille avait entrepris une investigation pendant une période de sept ans sans aucune aide officielle du Gouvernement du Guatemala. La Commission avait essayé de régler le problème à l'amiable entre les parties mais le Gouvernement du Guatemala avait fait valoir qu'il n'y avait pas eu épuisement des recours nationaux avant que la question soit abordée par la Commission Interaméricaine.

En dépit de l'argument du non-épuisement des recours nationaux, la CIADH a reçu la plainte, étant donné que l'Etat n'avait entrepris aucune recherche sur l'affaire depuis l'époque de la disparition jusqu'à ce que l'affaire soit devant la CIADH. C'était en dépit des efforts fournis par la famille des victimes dans le but d'obtenir une réaction de l'Etat sans résultat pendant une période de sept ans. Pendant ce temps, les familles ont eu à conduire des investigations à leurs propres frais. L'Etat du Guatemala s'était également prononcé dans cette affaire sur le fait que le groupe paramilitaire qui avait vraisemblablement tué les deux Américains n'avait pas agi comme étant ses agents. La CIADH a constaté qu'ils n'avaient pas agi à l'insu du Gouvernement du Guatemala et que certains de ceux qui étaient impliqués avaient été des fonctionnaires militaires.

La Commission Interaméricaine a jugé que la disparition involontaire ou forcée est l'une des violations les plus sérieuses et les plus cruelles des droits de l'homme, et qu'il

---

<sup>474</sup> *Objections Préliminaire* Séries C N° 27 [1996] CIADH 5 décidé le 2 juillet 1996 ; et *Jugement Réparations* Séries C N° 36 [1998] CIADH décidé le 24 janvier 1998 ; et *Interprétation de Jugement Réparations* Séries C N° 57 [1999] CIADH 11 décidé le 1er octobre 1999.

revient aux Etats de prendre des mesures nécessaires afin de les éviter, les étudier et sanctionner ceux qui en sont responsables aussi bien qu'informer les parents du disparu au sujet des événements. La CIADH a conclu à une violation du droit à la vie aussi bien qu'une violation du droit au traitement humanitaire. Elle a également conclu à une violation du droit aux garanties juridiques au titre de l'Article 8 de la convention interaméricaine. Après avoir conclu à une violation de ces droits, elle a ordonné que la phase des réparations soit ouverte pour déterminer quelles formes de réparations seraient versées aux familles des victimes.

*3<sup>o</sup> Communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*

L'affaire *Communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*<sup>475</sup> est unique en ce sens qu'il fut le premier cas décidé par une Cour régionale de droits de l'homme, à savoir la CIADH, abordant des problèmes relatifs aux droits fonciers des autochtones. Elle a impliqué les droits des autochtones face à la puissance de l'Etat, dans son pouvoir d'accorder des droits aux sociétés commerciales pour exploiter la terre sous sa juridiction.

Cette décision a comporté l'octroi d'un permis d'exploitation du bois à une société par le Gouvernement du Nicaragua sur la terre ancestrale d'une communauté autochtone sans la consulter et sans son consentement. La constitution du Nicaragua identifie l'existence des autochtones dans son territoire. Elle identifie également expressément leur droit à la terre, en conformité avec leur propre loi autochtone. Il y a également un texte de loi permettant à la communauté d'obtenir le titre foncier sur leurs terres ancestrales. Il n'y avait cependant aucun procédé clair en place sur la façon dont la terre pourrait être cadastrée. Dès que le Gouvernement du Nicaragua a accordé un permis d'exploitation du bois à une société pour exploiter la forêt dans leur terre ancestrale, la

---

<sup>475</sup> *Objections Préliminaire* Séries C N° 66 [2000] CIADH 3 décidé le 1er février 2000 et *Réparations Jugement* Séries C No 79 [2001] CIADH 9 décidé le 31 août 2001.

communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni lança des procédures légales devant sa Cour nationale pour arrêter l'exploitation de sa terre héréditaire, à cause du manque de consultation et de consentement de sa part. Ils ont perdu certains de ces décisions et plus tard ont porté l'affaire devant la Commission Interaméricaine, qui à son tour a soumis l'affaire à la CIADH.

La constitution de 1986 du Nicaragua identifie l'existence des autochtones au Nicaragua, particulièrement dans la région côtière de l'Atlantique, et contient plusieurs clauses qui visent à protéger leur culture, leur langue et surtout leur droit à leurs territoires ancestraux et la protection de leurs droits à la terre et aux ressources naturelles de ces territoires. L'Article 5 inclut parmi les principes qui sont à la base de la constitution, « la liberté, la justice, le respect pour la dignité de la personne humaine, politique, sociale et le pluralisme ethnique, l'identification de différentes formes de propriété... et le respect pour l'auto-détermination libre... » La constitution du Nicaragua met donc l'identification de différentes formes de propriété, spécifiquement comme pratiquées par les autochtones, en exergue, mentionnant ceux de la côte atlantique, dont la communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni fait partie. La constitution identifie également l'existence d'un peuple autochtone au Nicaragua et établit un régime différent en faveur des communautés de la côte Atlantique leur permettant d'avoir leurs propres institutions sociales, de s'occuper de leurs affaires locales et de maintenir les formes communales de propriété de leurs terres. L'Article 5 prévoit :

« L'état reconnaît l'existence des peuples autochtones, qui ont des droits, des devoirs et des garanties dans la constitution, et notamment ceux de maintenir et de développer leur identité et culture, d'avoir leurs propres formes d'organisations sociales et de contrôler leurs affaires locales, aussi bien que de maintenir les formes communales de propriété de leurs terres, ainsi celui de la jouissance et de l'utilisation de ces terres, selon la loi. Un régime autonome est établi dans... la constitution pour les communautés de la côte Atlantique. Les diverses formes de propriété : public,

privé, associative, coopérative et communautaire, doivent être garanties et favorisées sans aucune discrimination, pour générer des richesses, et tout en fonctionnant librement, elles doivent mener à une fonction sociale ».

Les principes indiqués dans l'Article 5 sont renforcés par l'Article 89 qui déclare :

« Les Communautés de la côte Atlantique sont une partie inséparable des personnes du Nicaragua, et comme telles, ont les mêmes droits et les mêmes devoirs.

Les Communautés de la côte Atlantique ont le droit de maintenir et développer leur identité culturelle dans l'unité nationale ; pour avoir leurs propres formes d'organisation sociale et contrôler leurs affaires locales selon leurs traditions.

L'Etat identifie les formes communales de propriété terrienne de la Communauté de la côte atlantique. Il identifie également l'utilisation et la jouissance des eaux et des forêts sur leurs terres communales<sup>476</sup> ».

Dans la promotion des dispositions constitutionnelles identifiant le droit des communautés autochtones à leurs terres ancestrales et la fonction sociale de la propriété, le Nicaragua a adopté le décret N° 16-96 du 23 août 1996 créant une Commission nationale pour la délimitation des terres des Communautés autochtones de la côte Atlantique comme corps administratif chargé de délimiter les terres des Communautés autochtones. La constitution du Nicaragua a également fourni dans ses Articles 45 et 188 les dispositions nécessaires pour l'établissement de l'institution de l'*amparo* qui assure la protection juridique en temps raisonnable.

Le 5 janvier 1995, le service national de sylviculture (MARENA) a approuvé un plan de gestion des forêts soumis par une entreprise privée, SOLCARSA, pour l'exploitation du bois au sein de la terre ancestrale de la communauté d'Awatitzi, et un coordonnateur régional de la RAAN, une structure Gouvernementale, a signé un accord avec SOLCARSA

---

<sup>476</sup> Ces dispositions sont davantage élaborées dans l'Article 180 de la Constitution du Nicaragua.

le 28 avril 1995. Le 13 mars 1996, l'Etat a accordé une concession de 30 ans à SOLCARSA pour contrôler et utiliser la forêt de la terre ancestrale de la communauté d'Awasi Tingni.

La communauté d'Awasi Tingni a commencé à protester contre l'octroi de la concession à la SOLCARSA dès le début de juillet 1995, tout en enregistrant un recours de l'*amparo* dès septembre 1995. Alors que la Commission constitutionnelle de la Cour de Justice Suprême au Nicaragua avait refusé la proposition de recours à l'*amparo*, elle a reçu la seconde requête déposée par des membres du Conseil régional du RAAN le 9 avril 1996 et jugé le 27 février 1997 que l'octroi de la concession à la SOLCARSA était inconstitutionnel, le qualifiant de violation à l'Article 181 de la constitution du Nicaragua<sup>477</sup>.

Au moment de l'utilisation du recours à l'*amparo* pour arrêter la concession, la communauté d'Awasi Tingni n'avait pas soumis de requête pour la délimitation et l'impression du titre de leurs terres ancestrales étant donné qu'on ne savait pas avec certitude quelle était l'institution du Gouvernement au Nicaragua responsable de cette fonction.

Tout en constatant que l'existence de recours à l'*amparo* au Nicaragua était censée aider les communautés comme la communauté de Mayagna (sumo) Awasi Tingni à avoir accès aux Tribunaux dans un temps raisonnable afin de pouvoir plaider sur les violations de leurs droits humains, la CIADH a soutenu que dans ce cas, l'octroi d'une concession d'exploitation à une entreprise privée sans le consentement de la communauté, les recours à l'*amparo* soumis par la communauté d'Awasi Tingni n'ont pas été décidés selon les dispositions de l'Article 25 de la Convention américaine, qui garantit le droit à la protection juridique.

---

<sup>477</sup> Voir Paragraphe 103 du verdict.

L'Article 2 exigeait qu'il y ait un recours simple et efficace. L'existence du recours n'est pas suffisante. Il doit également être efficace parce qu'il doit permettre à la communauté d'exercer son droit à faire délimiter sa terre ancestrale et lui attribuer un titre. La CIADH a attribué des dédommagements négligeables sous forme de compensation financière à cause du manque continu de délimitation et d'impression du titre de leur terre communale. Le Gouvernement du Nicaragua a été obligé d'investir une somme de 50.000 Dollars américains comme dédommagements dans les travaux ou les services d'intérêt collectif au profit de la communauté. L'Etat a été également contraint à adopter dans sa loi nationale des mesures « législatives, administratives et toutes autres mesures nécessaires pour créer des mécanismes efficaces pour la délimitation et l'impression du titre de la propriété des communautés autochtones selon leur loi usuelle, valeurs, coutumes et mœurs »<sup>478</sup>. La CIADH a conclu que le jugement lui-même était une forme de réparation pour les membres de la communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni<sup>479</sup>.

### ***B- Jurisprudence de la CEDH***

La CEDH, en appliquant l'Article 50 alinéa (41) de la Convention européenne sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>480</sup> peut attribuer une « juste réparation » à une victime d'une violation des droits de l'homme lorsque les conséquences de la violation ne peuvent pas être entièrement réparées selon la loi domestique de l'Etat concerné. Cet Article énonce :

Réparation équitable :

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de l'Etat signataire ne permet d'effacer qu'imparfaitement les

---

<sup>478</sup> Verdict Paragraphe 173, Ordre de la CIADH paragraphe 3.

<sup>479</sup> Ibid., paragraphe 173, Ordre de la CIADH paragraphe 5.

<sup>480</sup> L'Article 41 a remplacé l'Article 50 de la Convention européenne.

conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une réparation équitable »<sup>481</sup>.

L'Article 1 du protocole 1 à la Convention européenne stipule

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Le protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme traite du droit à la jouissance paisible des possessions et fait une distinction entre (i) l'expropriation, et (ii) la commande. L'expropriation de la propriété est permise si elle est entreprise : (1) dans l'intérêt public ; et (2) si elle est conforme au droit domestique et international.

### *1<sup>o</sup> Le droit à la jouissance paisible des possessions*

La CEDH a interprété "les possessions" pour le protocole 1 pour inclure un éventail d'intérêts économiques tels que : mobiliers ou immobiliers, réels et intangibles, tels que des parts, des brevets, la récompense arbitraire, le droit à une pension, le droit du propriétaire à louer, les intérêts économiques relatifs au fonctionnement des affaires et du droit à exercer une profession. Le droit à la propriété s'applique également à « l'attente légitime qu'une certaine situation s'applique » ; bien que ceci ne s'étende pas aux droits sur les propriétés futures. La caractéristique essentielle est « la valeur

---

<sup>481</sup> Etude de VAN BOVEN, paragraphe 80.

économique acquise de l'intérêt individuel ». Une personne peut donc plaider sur l'expropriation de sa propriété intangible<sup>482</sup>.

### *2<sup>o</sup> Expropriation directe et indirecte selon la Convention européenne*

L'expropriation peut être directe et indirecte. L'expropriation directe (*de jure*) se rapporte au transfert réel des droits de propriété du propriétaire à l'Etat ou à tout autre tiers. L'expropriation indirecte (*de facto*) se rapporte à des situations où, bien que les droits de propriété ne soient pas totalement transférés, les restrictions pour l'utilisation de la propriété rendent presque impossible le fait que le propriétaire puisse l'utiliser. L'effet de la restriction de l'utilisation ou du contrôle de la propriété est semblable à une expropriation pure. Une fois que la restriction de contrôle et d'utilisation sur la propriété s'élève à l'expropriation *de facto*, l'Etat doit répondre aux mêmes exigences que lorsqu'il y a expropriation<sup>483</sup>. Les faits dans *Sporrong c. Suède* étaient que la terre de Sporrong avait été mise sous notification d'expropriation pendant une période totale de 23 ans, la rendant difficile à vendre ou à être occupée de quelque façon sans l'approbation du conseil municipal. Ceci était considéré comme une expropriation pour laquelle le propriétaire avait droit à une compensation.

### *3<sup>o</sup> Privation de propriété selon la Convention européenne*

La privation du contrôle ou de l'utilisation de la propriété se rapporte généralement à une situation où la propriété n'est pas expropriée mais où l'Etat interfère au droit du

---

<sup>482</sup> Ceci est également le cas des Etats-Unis d'Amérique, où un plaideur peut revendiquer que la 'prise' de sa propriété tangible n'a pas été convenablement compensée. L'exemple est la revendication de la population des Iles Marshall : l'adhésion de leur revendication par le Congrès Américain s'élevait à 'prise' car les mesures mises en place pour traiter leurs revendications découlant des essais nucléaires n'étaient pas adéquates. Surtout qu'à cause du manque de ressources financières disponibles pour tribunal des revendications nucléaires, ceci avait résulté en une prise non compensée d'une propriété intangible, en l'occurrence les revendications elles-mêmes.

<sup>483</sup> *Sporrong c. Suède* Série A N° 52 décidé le 23 septembre 1982 et *Papamichalopoulos c. Grèce* Série A No 21 G No 31423/93 ACEDH/ECHR 1999-II décidé le 24 mai 1993 par la CEDH.



propriétaire de l'employer ou de contrôler comme il le souhaite. La CEDH a soutenu que la privation de l'utilisation ou du contrôle sur la propriété doit être : (1) dans le but de l'intérêt général ; et (2) doit satisfaire au test dit « *fair balance* » (*équilibre juste*). Elle a jugé dans l'affaire *Zubani c. Italie*<sup>484</sup> qu'il s'agissait d'une violation du protocole 1 de l'Article 1, vu qu'aucun équilibre juste n'avait été établi entre l'intérêt de protéger le droit à la propriété d'une part et les demandes d'intérêt général d'autre part à cause de la durée des démarches d'expropriation, de la difficulté rencontrée par les demandeurs pour obtenir le paiement intégral de la compensation attribuée et de la détérioration des parcelles de terre finalement rendues au propriétaire<sup>485</sup>.

La compensation n'est généralement pas exigée pour la privation de propriété mais seulement pour l'expropriation. La CEDH a soutenu que la compensation n'est pas payable par l'Etat pour la privation de propriété tant que la charge qui porte sur le propriétaire n'est pas irraisonnable. L'une des décisions pertinentes à cet égard est celle de *Chassagnou et autres c. France*<sup>486</sup> par laquelle la CEDH a ordonné que l'inclusion forcée des terres des plaignants dans les terrains de chasse de l'organisation de l'Association Communale de Chasse Agréée (ACCA) et que l'engagement contenu dans un texte de loi a appelé la « Loi Verdeille » du 10 juillet 1964 pour former une association dont ils condamnent les objectifs, avaient violé leur droit à la propriété déterminé par l'Article 1 du protocole numéro 1 à la Convention européenne. La CEDH était de l'avis que les diverses formes de considérations statutaires mentionnées dans l'acte 1964 ne pourraient pas être considérées pour déterminer la compensation juste pour la perte du droit à l'utilisation de la terre. Il était prévu dans la Loi Verdeille de 1964 que chaque propriétaire foncier qui était sujet au transfert forcé devrait être dédommagé pour la privation du droit exclusif de chasser sur sa terre par le droit de

---

<sup>484</sup> *Zubani c. Italie* Séries A No 652 le 7 août 1996 et *Just Satisfaction Jugement GC No 14025/88*. Voir aussi *Chapman c. Royaume-Uni* décidé le 18 janvier 2001 au sujet de l'établissement d'un équilibre juste.

<sup>485</sup> Paragraphe 120 du verdict.

<sup>486</sup> *Chassagnou et Autres c. France* GC No 25088/94, 28331/95 et 28443/95 CEDH 1999 III le 29 avril 1999.

chasser dans toutes les parties du territoire de la municipalité sous le contrôle d'ACCA. Le problème, cependant, était que cette loi de 1964 n'avait envisagé aucune mesure de compensation pour des propriétaires fonciers opposés à la chasse.

Dans l'arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*<sup>487</sup>, on a constaté que les conditions de la compensation sont utiles à l'évaluation du fait qu'un équilibre juste ait été établi entre les divers intérêts en jeu et, notamment, si une charge disproportionnée a été imposé à la personne qui a été privée de ses possessions<sup>488</sup>.

La CEDH a ajouté que le droit de l'Etat à exproprier la propriété privée est sujet à l'obligation de payer une compensation financière. La CEDH a aussi établi un test de proportionnalité en exigeant qu'en expropriant la propriété privée, il y ait obligation d'un juste d'équilibre entre les demandes d'intérêt général de la communauté et les conditions de la protection de différents droits fondamentaux. Dans la décision de savoir si un équilibre juste a été établi, la CEDH tient compte du niveau, de la nature et du délai de paiement de la compensation.

La jurisprudence de la CEDH sur cette question est que la compensation doit être une compensation juste « et doit être appliquée avec souplesse afin de répondre aux normes de l'équité »<sup>489</sup>. La compensation juste ne signifie pas nécessairement la pleine valeur marchande de la propriété expropriée<sup>490</sup>. Un aspect additionnel de compensation dans le système européen des droits de l'homme se trouve dans l'arrêt *Donnelly c. Royaume-Uni*<sup>491</sup>, où une distinction a été faite entre la compensation pour l'infraction d'un droit de la Convention et un recours national pour l'infraction elle-même. En outre, il faut noter la

---

<sup>487</sup> *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* Série A No 112 le 8 juillet 1986.

<sup>488</sup> Paragraphe 120 du verdict.

<sup>489</sup> Voir par exemple *Katikaridis c. Grèce* Série A N° 690, décidé le 15 novembre 1996.

<sup>490</sup> Par exemple *Papachelas c. Grèce* GC N° 31423/96 CEDH/ECHR 1999-II, décidé le 25 mars 1999.

<sup>491</sup> *Donnelly c. Royaume-Uni* N° 34222/96, décidé le 7 septembre 1999.

conclusion de la CEDH dans l'affaire *Egue c. France*<sup>492</sup>, selon laquelle lorsqu'une violation continuait à être perpétrée, la compensation seule ne pourrait pas représenter un recours efficace ou proportionné.

La CEDH a défini de façon large « l'intérêt public », notamment en relation avec l'exercice du pouvoir d'expropriation. Dans la décision de savoir si l'expropriation est dans l'intérêt public, « la CEDH tiendra compte des facteurs suivants : (1) la « hiérarchie des droits » (la protection de la propriété est traditionnellement considérée comme moins importante que le droit à la liberté d'expression, par exemple) ; (2) la présence, l'absence ou l'apparition d'une norme commune parmi les Etats signataires; et (3) la « hiérarchie d'intérêts » (protection et sécurité publique étant souvent jugées supérieures que la morale publique, par exemple). En conséquence, on accorde aux Etats une marge relativement importante d'appréciation en ce qui concerne les droits de la propriété, dans la mesure où la CEDH « respectera le jugement de la législature quant à ce qui est « de l'intérêt public », à moins que cette décision soit manifestement dénuée de fondement raisonnable ».

***PARAGRAPHE II - Les états peuvent exproprier à des fins publiques contre le paiement d'une compensation***

Bien que le droit à la propriété soit protégé dans la déclaration internationale des droits de l'homme, le droit international reconnaît le pouvoir des Gouvernements d'exproprier la propriété privée. Ce pouvoir ne peut pas être exercé arbitrairement ; par conséquent une « loi d'application générale » doit être mise en place pour réguler son exercice. Dans le contexte sud-africain, ceci est prévu dans la constitution pour obvier à l'attaque de la constitution, tout en protégeant le droit à la propriété dans la constitution. Cette décision a été prise afin d'éviter ce qui s'est produit aux Etats-Unis et en Inde quand la Cour Suprême a eu une bataille prolongée avec la législature au sujet

---

<sup>492</sup> *Egue c. France* Series A N° 11256/84.

de la constitutionnalité de la législation sociale de réforme et de la législation de réforme de la terre<sup>493</sup>.

L'expropriation, l'acquisition forcée ou l'expropriation pour cause d'utilité publique se rapporte généralement à l'action d'Etat de priver le propriétaire de sa propriété au profit de la communauté entière. Appelé « *eminent domain* » (expropriation pour cause d'utilité publique) dans la jurisprudence des Etats-Unis, le droit d'exproprier la terre dérive de la cinquième modification de la constitution des Etats-Unis. La « clause de recette » contenue dans la « cinquième modification de la constitution des Etats Unis d'Amérique » permet au Gouvernement des Etats-Unis de prendre une propriété privée (exproprier) « pour des buts publics et à condition que la compensation juste soit payée à la personne dont la propriété est prise ». Les Cours des Etats-Unis ont interprété le cinquième amendement pour inclure ce qu'ils appellent « condamnation inverse ».

L'expropriation peut généralement être mise en application à des « fins publiques » ou « dans l'intérêt public », à condition du paiement d'une compensation. Les termes « fins publiques » ou « intérêt public » ont été définis et interprétés différemment par différentes juridictions, notamment le Royaume-Uni, les Etats-Unis, l'Australie et l'Afrique du Sud. Les Cours anglaises ont adopté une interprétation étroite aux « fins publiques » qui signifient des buts Gouvernementaux, afin de fournir des services et des infrastructures, aussi bien que l'administration du Gouvernement du pays<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> M. CHASKALSON, *The Problem with Property: Thoughts on the Constitutional Protection of Property in the US and the Commonwealth*, 1993 South African Journal on Human Rights (SAJHR) 1993 388; J. MURPHY, *Insulating Land Reform from Constitutional Impugnment: An Indian Case Study*, 1992 SAJHR 362. M. CHASKALSON, *Stumbling towards Section 28: Negotiations over the Property Rights in the Interim Constitution*, 1995 SAJHR 229; *The Property Rights Clause: Section 28 of the Constitution* 1994 SAJHR 131.

<sup>494</sup> *Mersey Docks et Harbour Board c. Cameron et Jones c. Mersey Docks et Harbour Board* 11 HL 443 p. 481-2, 11 ER 1405 p. 1413 et *Greig c. University of Edinburgh* LR 1 SC & D 348.

**PARAGRAPHE III - Exemples de restitution dans les anciennes colonies britanniques et aux Etats-Unis**

Nous examinerons à présent quelques cas de restitution des droits fonciers et des titres autochtones dans les anciennes colonies britanniques dans le but de défendre la restitution dans l'affaire des Chagos étant donné que ce territoire est encore une colonie britannique.

**A- En Australie**

La CIJ a éliminé la doctrine du *terra nullius* dans l'avis consultatif sur le Sahara Occidental. En Australie, la doctrine du *terra nullius* a été finalement rejetée lors du verdict dans l'affaire *Mabo c. Queensland (N° 2)*<sup>495</sup> en 1992, qui a soutenu que la doctrine du *terra nullius* est « en fait un mythe juridique manifestement absurde »<sup>496</sup>. La première affaire de *Mabo c. Queensland*<sup>497</sup> avait soutenu que le traitement des droits autochtones comme subordonnés était une discrimination raciale, étant donné qu'il négligeait les droits fonciers des autochtones selon le prétexte que leur terre n'appartenait à personne et que leur système de tenure était « non civilisé ». Il a été retenu dans l'affaire *Australie occidentale c. Commonwealth*<sup>498</sup> que même si un territoire avait été considéré *terra nullius* à l'heure de colonisation selon les principes légaux applicables à ce moment, le titre autochtone est aujourd'hui exécutoire, signifiant que les communautés autochtones pourraient faire des réclamations de terre sur la base du titre autochtone.

---

<sup>495</sup> [1992] 175 CLR 1 [Australie].

<sup>496</sup> Ibid.

<sup>497</sup> [1988] 166 CLR [Australie].

<sup>498</sup> [1995] 128 ALR 12 [Australie].

Le deuxième arrêt de *Mabo c. Queensland* a conduit au vote de la loi sur le titre autochtone de 1993<sup>499</sup>, ce qui à son tour a mené à l'établissement du Tribunal National du Titre Autochtone (NNTT), dont la responsabilité est d'aider les demandeurs à préparer leurs réclamations avant qu'elle soit soumise à la Cour fédérale. Le NNTT facilite également la médiation, l'arbitrage et les négociations avant la conclusion d'un accord. Il maintient également un registre des demandes, des résolutions et des accords sur le titre autochtone. Une fois que l'accord a été « ratifié » par la Cour fédérale, une loi est adoptée afin de donner suite à l'accord. Un exemple serait celui du *Droit Foncier Autochtone* (territoire du Nord) de 1976 ; cela a donné aux groupes autochtones l'occasion de revendiquer leur terre traditionnelle ainsi que d'établir des conseils chargés d'administrer la terre et certaines affaires autochtones. Ces accords sont considérés comme des traités entre les peuples autochtones et le Gouvernement. En raison de la condition selon laquelle toutes les réclamations de terre doivent être soumises à la Cour fédérale, le processus de règlement des réclamations est très lent en Australie. Le titre autochtone dans le contexte australien est perçu comme inférieur aux autres droits de propriété dont bénéficient les non-natifs<sup>500</sup>.

### **B- Au Canada**

Les droits autochtones dans le contexte canadien se rapportent aux droits de propriété autochtones, à savoir le titre autochtone à la terre et aux ressources aussi bien que les droits politiques autochtones, qui se rapportent à l'autonomie autochtone ainsi qu'une série de libertés. Les droits autochtones sont les droits des premières nations ou des peuples autochtones du Canada, basés sur leur occupation antérieure du territoire. Le titre autochtone se rapporte à des droits autochtones à la terre et à aux ressources

---

<sup>499</sup> TRIGGS, "Australia's Indigenous Peoples and International Law: Validity of Native Title Amendment Act 1998" *Melbourne University Law Review* 1999 [volume 23] 372 et J. SACKWELL "The Emerging Australian Law of Native Title: Some North American Comparisons" *Australian Law Journal* 2000, p. 820

<sup>500</sup> Voir le rapport de la tournée d'étude des commissaires de la Restitution de la Terre Sud-africains datant du 7 juin 2004. Les commissaires ont visité l'Australie et la Nouvelle-Zélande, respectivement du 23 au 29 mai 2004 et du 29 mai au 5 juin 2004.

naturelles. La jurisprudence des Cours canadiennes l'a défini comme une moindre forme de propriété qui constitue une charge légale sur le titre de la Couronne, puisque les peuples autochtones ont des droits relatifs à la terre basés sur leur occupation antérieure.

La proclamation royale de 1763, signée par le monarque britannique à la fin de la guerre entre l'Angleterre et la France, enregistrait quels étaient les droits que les peuples autochtones du Canada avaient et avait pour but de protéger leurs droits contre la dépossession de terre. Elle n'a jamais été révoquée et a été caractérisée comme ayant la force juridique d'un statut ou d'une loi.<sup>501</sup> Une grande partie de la jurisprudence des années 1800, la première affaire étant *St Catherine's Milling & Lumber Company c. La Reine* jugée en 1888, a violé les principes contenus dans la proclamation royale de 1763. La loi britannique de l'Amérique du Nord (constitution) de 1867 pour le Canada a identifié les droits des peuples autochtones à leur terre tout en accordant la juridiction du Gouvernement fédéral sur les affaires autochtones.

La loi de la constitution des Etats du Canada de 1982 dans la section 35 de la charte des droits et des libertés stipule que les droits d'égalité contenus dans la charte ne peuvent pas être interprétés en quelque sorte qui diminue les droits autochtones<sup>502</sup>. La

---

<sup>501</sup> P. KULCHYSKI, *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*

<sup>502</sup> La section 35 de la Constitution canadienne déclare : Droits des Populations Aborigènes du Canada :

- (1) Les droits et les traités des populations aborigènes existants sont par la présente reconnus et affirmés.
- (2) Dans cette loi, 'les populations aborigènes du Canada' incluent les Indiens, les Inuits et les peuples métis du Canada.
- (3) Pour une plus grande certitude, en sous-section (1) 'les droits de traités' incluent les droits qui existent maintenant par voie d'accords des revendications des terres ou pourraient ainsi être acquis.
- (4) Nonobstant toute autre provisions de cette loi, les droits et les traités aborigènes mentionnés en sous-section (1) sont garantis de façon équitables aux femmes et aux hommes.

35.1. Le gouvernement canadien et les gouvernements provinciaux adhèrent au principe selon lequel, avant que tout amendement ne soit apporté à la classe 24 de la section 91 de la loi de la Constitution de 1867, à la section 25 de cette loi ou à cette partie :

section 35 va plus loin en affirmant l'existence de droits autochtones et de droits des traités des peuples autochtones du Canada. Les traités modernes dans le contexte canadien sont ceux signés par le Gouvernement fédéral, les Gouvernements provinciaux et les peuples autochtones suite aux réclamations de terre basées sur le titre autochtone.

Les trois décisions les plus importantes de la Cour Suprême du Canada sur la question des droits autochtones sont *Calder c. La Reine*<sup>503</sup> ; *Sparrow c. La Reine*<sup>504</sup> ; et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>505</sup>. L'affaire *Calder c. La Reine*, en 1973, représente la première identification moderne du titre autochtone dans le droit coutumier canadien. Elle a soutenu que le titre autochtone découle de l'occupation antérieure de la terre par les peuples autochtones et de leur système préexistant de loi autochtone. L'affaire *Sparrow* en 1990 a interprété la section 35 de l'Acte de la Constitution Canadienne de 1982 et a établi le cadre permettant de résoudre l'infraction justifiable par le Gouvernement des droits autochtones tandis que l'affaire de *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* a reconnu le titre autochtone, a développé le test pour le prouver, et a établi le cadre de l'infraction justifiable par Gouvernement des droits autochtones<sup>506</sup>.

Dans l'arrêt *Calder c. La Reine*, la Cour suprême canadienne a soutenu que le titre autochtone s'écoule depuis l'occupation de terre par les peuples autochtones depuis des temps immémoriaux, tout comme leur droit préexistant de possession qu'ils avaient

---

(a) Une conférence constitutionnelle ayant dans son ordre du jour un objet relatif à cet amendement proposé, composé du Premier Ministre canadien et des Premiers Ministres des provinces sera convoquée par le Premier Ministre du Canada; et

(b) Le Premier Ministre du Canada invitera les représentants des populations aborigènes du Canada à participer aux discussions sur cet objet.

<sup>503</sup> [1973] 8 DLR [3rd] 59 [Canada].

<sup>504</sup> *R V Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075.

<sup>505</sup> [1997] 153 DLR [4th] 193 [Canada]; and *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 S.C.R 1010

<sup>506</sup> Voir un mémorandum par C. MORREL du *Minority Rights International* aux solliciteurs des Sheridan qui ont été les représentant légaux des Chagossiens au cours des procédures judiciaires au sein des Cours mauriciennes et britanniques depuis les années 1980. Le mémorandum a été classé par l'auteur.



établi avant le règlement colonial. L'affaire a impliqué la revendication du clan Nisg'aa au titre autochtone. Comme indiqué ci-dessus lors de sa décision, la Cour suprême canadienne dans *Calder* a établi sa première identification moderne de l'idée du titre autochtone dans le droit coutumier canadien. Dans cette décision, la Cour Suprême du Canada a soutenu que s'il y a présence autochtone historique sur la terre, alors ces droits devraient être identifiés comme partie prenante du droit foncier autochtone coutumier, cette propriété découlant du titre autochtone. L'affaire *Calder* est devenue la norme à partir de laquelle le Gouvernement du Canada a développé une politique de réclamations autochtones complète qui a commencé au début des années 1970. La province de la Colombie-Britannique, avant cela, ne souscrivait pas à cette politique puisqu'elle la considérait comme une affaire relevant du ressort du Gouvernement fédéral du Canada.

Dans l'affaire *Sparrow c. La Reine* de 1990, la Cour Suprême du Canada a pour la première fois, en 1990, considéré la section 35 de l'Acte de la constitution du Canada de 1982, selon qu'il où il stipule que là où il y a un droit autochtone existant, la capacité du Gouvernement d'interférer à ce droit unilatéralement est limitée. Le cas de *Sparrow* a placé une limitation sérieuse sur le pouvoir du Gouvernement à violer les droits autochtones. Alors qu'avant 1982, le Gouvernement pouvait interférer sur la question des droits autochtones tant qu'il y voyait l'utilité, après l'adoption de la loi de la constitution du Canada de 1982, le titre autochtone a acquis la protection constitutionnelle, ayant pour conséquence d'impliquer la responsabilité du Gouvernement pour réglementer ou entreprendre les activités qui affectent ces droits. L'affaire a établi un cadre de référence pour ce qui peut être une infraction aux droits autochtones justifiable de la part du Gouvernement. Par conséquent, le Gouvernement doit entreprendre certains processus pour s'assurer qu'il n'y a pas d'interférence dans les droits autochtones. L'échec compromettrait la capacité du Gouvernement à légiférer et à poser les règles des droits autochtones.

Dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* de 1997, la Cour Suprême du Canada a repris certains des principes des affaires *Calder* et *Sparrow* et les a élargis à ce cas précis. Considérant que *Sparrow* a défini les droits autochtones comme des activités telles que la collecte des ressources de la forêt, la pêche, la chasse ; *Delgamuukw* a défini le titre autochtone comme droit de propriété sur la terre et a soutenu qu'un droit à la propriété autochtone existe dans la province de la Colombie-Britannique. Il a également élaboré les critères à employer en montrant que le droit à la propriété autochtone existe. La Cour Suprême du Canada a soutenu que là où ce droit existe, les mêmes principes développés dans l'affaire *Sparrow* s'appliquent pour déterminer comment le Gouvernement peut modifier ces droits.

En conséquence, il y a maintenant une plus large conception selon laquelle les droits autochtones incluent le titre autochtone sur la terre, en plus d'une déclaration ferme de la Cour Suprême du Canada limitant la capacité du Gouvernement à enfreindre ces droits. En même temps, le Gouvernement du Canada partage l'opinion ferme que la Couronne demeure le propriétaire foncier, le propriétaire des ressources, et le décideur ultime. En conséquence, il faut une certaine forme de réconciliation entre la souveraineté de la Couronne et les droits autochtones ainsi que le titre autochtone.

### ***C- En Nouvelle-Zélande***

La Nouvelle-Zélande reconnaît les revendications sur la terre par les autochtones de ce pays, les Maori, remontant jusqu'à 1840, l'année où le Traité de Waitangi a été signé. Ce ne fut pas toujours le cas puisque la loi du Traité de Waitangi de 1975 ne reconnaissait que les réclamations datant d'après 1975, année où la loi a été adoptée. La modification de 1985 de la loi du Traité de Waitangi a révisé la date à 1840 où le Traité de Waitangi a été signé. La loi du Traité de Waitangi a également établi le tribunal de Waitangi, dont la responsabilité est d'aider les plaignants à enregistrer des réclamations, de conduire l'évaluation du mérite de la réclamation, ainsi que les auditions, etc. Le

tribunal de Waitangi n'a cependant pas le pouvoir de résoudre des réclamations, mais peut seulement émettre une recommandation au bureau des règlements des Traités (OTS), qui a la détermination finale sur l'offre de la compensation financière, la méthode par laquelle la plupart des réclamations sont réglées en Nouvelle-Zélande. Les exceptions sont des réclamations apportées sur la « *forestland* » terre de la Couronne qui est habilitée en termes du « *Crown Forestry Assets Act* » de 1989 (concession forestière de la Couronne) et traité par le *Crown Forest Rental Trust* à agir en tant que corps statutaire.

Il s'avérerait que le tribunal de Waitangi est cependant peu disposé à mener des réclamations à bonne fin sur le « *forestland* » en dépit de sa capacité à le faire : il soumet plutôt ses recommandations à l'OTS pour la détermination finale. Le tribunal joue cependant un rôle important en documentant l'histoire et la culture des Maories lors d'études visant à soutenir le processus de réclamations de leur terre. À la différence de l'Afrique du Sud où la Cour de réclamations de terre traite des réclamations de terre, la Cour maorie de terre ne juge pas les réclamations de terre par des autochtones à cause du manque de jurisprudence de la cour en la matière.

Une fois que l'OTS a pris une décision pour accorder la restitution aux plaignants, il adopte la législation adéquate pour donner suite à l'accord. Deux traités récents sont le *Council of Yukon Indians Umbrella Final Agreement* de 1993 et le *Waikato-Tainui Deed of Settlement* de 1995. L'accord de Waikato-Tainui inclut l'attribution de terre et assure la participation au développement des ressources ainsi que la participation à la distribution de prestation par les services sociaux. Avant tout, il contient également des excuses formelles par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande pour la dépossession de la terre des personnes de Tainui, qui font partie du peuple maori. Ces excuses de la part du Gouvernement pour la dépossession des peuples autochtones de leur terre et la destruction conséquente de leur mode de vie sont restées jusqu'à une récente date,

uniques à la Nouvelle-Zélande<sup>507</sup>. L'accord de Waikato-Tainui contient également une reconnaissance explicite du rôle important que les personnes maories aient joué dans le développement de la Nouvelle-Zélande.

Le fait que la Cour maorie de la terre ne juge pas les cas de terre réclamée par les personnes maories signifie que la législation a établi que le règlement des réclamations est la seule source d'information fondée sur la façon dont les réclamations sont résolues. Les conditions exigées des plaignants pour prouver le fondement de leurs réclamations, bien qu'aidé par le tribunal de Waitangi, sont contraignantes et aboutissent à un rythme lent de traitement des déclarations. L'OTS a également une fonction de recherches, qu'il peut employer pour s'opposer à des réclamations.

#### ***D- Aux Etats-Unis d'Amérique***

L'affaire *United States v. Sioux Nation of Indians*<sup>508</sup> fournit un exemple dans lequel des autochtones avaient reçu une compensation financière de la part des Cours de justice, mais continuent à exiger la restitution de la terre à la place. Le Traité du Fort Laramie signé en 1868 par lequel les Etats Unis « conviennent solennellement qu'aucune personne non autorisée n'aura le droit de transiter par, de s'installer, ou de résider dans [ce] territoire ». En échange, la nation des Sioux a abandonné son droit de vivre en dehors de la réserve, bien qu'elle ait gardé les droits de chasser au delà de ces frontières. Après la découverte de l'or dans la région, les Etats-Unis ont décidé d'abroger ses engagements au sein du traité. Des colons Blancs ont été encouragés, aidés et incités par le Gouvernement à prendre le contrôle de la terre des Sioux. La nation des Sioux a été abandonnée à la pauvreté et à la famine suite à ces actions.

---

<sup>507</sup> L'Australie a récemment présenté ses excuses formelles pour la destruction de l'identité et de la culture aborigène à travers, parmi d'autres méthodes, l'assimilation forcée des enfants aborigènes de teint clair dans la société australienne par des adoptions forcées et l'écartèlement de leurs familles.

<sup>508</sup> 448 US 371, 100 S. Ct. 2716, 65 L. Ed. 2d 844 (1980).

Comme conséquence de la pauvreté à laquelle ils ont été soumis pour avoir refusé d'abandonner leur terre, une minorité de Sioux a conclu un accord avec le Gouvernement des Etats-Unis, cédant leurs droits de chasser dans les terres minées en échange d'indemnité de rationnement de la part du Gouvernement. Quand bien même d'autres membres de la nation des Sioux ont contesté cet accord selon l'argument que le Traité du Fort Laramie exigeait le consentement de trois tiers de la population masculine adulte, au lieu des 10% avec qui les Etats Unis avaient signé l'accord, le Gouvernement des Etats-Unis décréta l'accord intitulé Loi 1877. Cette nouvelle loi a abrogé le Traité du Fort Laramie de façon effective. Les Sioux considèrent depuis la Loi 1877 comme une abrogation illégale du Traité du Fort Laramie.

Le test employé par la Cour Suprême des Etats Unis pour trancher ce cas était le suivant : la Cour déterminerait d'abord si le congrès, quand il a décrété la Loi 1877, agissait dans son rôle d'administrateur de la nation des Sioux ou dans son rôle de corps législatif d'un Etat souverain exerçant son pouvoir de « *eminent domain* » (expropriation). Ce test a été développé par la Cour Suprême des Etats Unis lors de l'affaire *Three Tribes of Fort Berthold Reservation v. United States*<sup>509</sup>.

La Cour suprême des Etats Unis a retenu dans le cas de la Nation des Sioux que le Congrès ne peut pas simultanément (1) agir en tant qu'administrateur au profit des Indiens, exerçant ses pleins pouvoirs sur les Indiens et leur propriété, de la façon qu'il juge être dans leur meilleur intérêt, et (2) exercer son pouvoir souverain de « *eminent domain* » (expropriation), prenant la propriété des Indiens d'après le cinquième amendement à la constitution américaine<sup>510</sup>. Dans toute situation donnée dans laquelle le Congrès a agi en ce qui concerne les personnes indiennes, il doit avoir agi dans une capacité ou l'autre. Si le congrès peut posséder deux chapeaux, il ne peut pas les porter

---

<sup>509</sup> 390 U.S. 686 (1968).

<sup>510</sup> Le Cinquième Amendement se réfère à la prise d'une propriété pour des intérêts publics.

tous les deux en même temps<sup>511</sup>. Brett Thiel déclare que le test de savoir si le congrès a agi en tant qu'administrateur au profit de la nation de Sioux ou en tant que souverain exerçant son pouvoir de « *eminent domain* » (expropriation), est ainsi une détermination par les faits.

### ***E- En Afrique du Sud***

L'expansion coloniale en Afrique du Sud a commencé lorsque la *Dutch East India Company*, (DEIC) ou *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* (COV), décida de s'approprier de façon fictive le titre juridique sur la station de remplissage du Cap<sup>512</sup>. Ce fut le début d'un long processus souvent brutal de dépossession de la terre des autochtones de l'Afrique du Sud qui a conduit jusqu'à 1994, à la situation où la minorité blanche avait le contrôle de 87 % des terres, alors que la majorité noire n'avait que 13 %<sup>513</sup>. La

---

<sup>511</sup> Note 508, p. 691.

<sup>512</sup> La *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* (VOC) est la version originale en Hollandais de la *Dutch East Indian Company* (DEIC) qui en est la traduction anglaise. La société a posé le pied pour la première fois à Cape Town en 1652, sur son chemin vers les Indes à la recherche d'épices. La terminologie VOC fait référence aux différentes localités où ils avaient des intérêts commerciaux en tant que '*Indian*', ce qui inclut non seulement le pays connu aujourd'hui comme l'Inde, mais plusieurs autres localités alentour, comme l'Indonésie par exemple. La VOC utilisait principalement Cape Town comme station de remplissage, d'approvisionnement en eau fraîche et en fruits et légumes, et bureau postal. C'est seulement en 1655 que l'idée de transformer cette station en colonie au vrai sens du terme naquit. Cette idée atteint sa plus grande ampleur après l'éclatement des guerres anglo-néerlandaises dues aux intérêts commerciaux de ces deux royaumes. L'acquisition néerlandaise du Cap était considérée comme vitale. En avril 1672, la VOC tenta d'obtenir le titre légal foncier sur le Cap. Pour y parvenir, le titre foncier du territoire fut fictivement investi en un certain Monsieur *Khoekhoe* qui n'avait certainement pas la moindre connaissance de cette transaction et qui, ensuite, céda son titre à la VOC. Voir M. TONG, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*, p. 8.

<sup>513</sup> Sol T. Plaatje, *Native Life in South Africa* Ravan Press 1982, Thomas Tlou and Alec Campbell, *History of Botswana* Macmillan Botswana 1986, Frank Welsh, *A History of South Africa*, Harper Collins, 2001, Edward Roux, *Time Longer Than Rope*, University of Wisconsin Press 1964, A. J. Van der Walt, & G. J. Pienaar, *Introduction to the Law of Property* Juta, 1996, *Association for Rural Advancement 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999* AFRA 1999, Geoff Budlender, Johan Latsky and Theunis Roux, *The New Land Law* 1998 Juta, Collin Bundy, *The Rise and Fall of the South African Peasantry* 1988 David Philip, Jabavu, D. D. T., *The Black Problem* The Book Department, Lovedale C. P., 1920, Tessa Marcus, Kathy Eales, Adele Wildschut, *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa* Land and Policy Centre (LAPC) Indicator Press University of Natal, 1996, S. E. M Pheko, *South Africa: A Betrayal of a Colonised People* ISAL Publications 1989, Maureen Tong, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*, 2002 Commission on Restitution of Land Rights, 1.

dépossession des terres était une des « pierres angulaires » du système d'*apartheid* et certainement l'un des problèmes législatifs de cette époque<sup>514</sup>. En conséquence, l'abolition du *Racially Based Land Measures Act de 1991* a rejeté plus de 100 éléments de la loi de propriété terrienne, d'accès et d'utilisation à la terre.

En dépit de cette histoire, l'Afrique du Sud a choisi de ne pas accepter les réclamations de terre datant de la période de l'installation coloniale vers la fin des années 1600, car ceci aurait causé une rupture sociale majeure, qui serait allé à l'encontre des idéaux de l'Acte de la constitution de la République Sud-africaine de 1996 (acte 108 de 1996). À la différence de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande, la population africaine autochtone constitue la population majoritaire en Afrique du Sud. Il y a également une histoire de différents groupes africains nomades, commençant par les peuples Khoekhoe et San déplacées par d'autres Africains de langues Bantou<sup>515</sup> ainsi que beaucoup de groupes africains de langues Bantou se déplaçant lors des guerres de *Mfecane* ou de *Difeqane*. L'ouverture du procédé de restitution de la première installation européenne en Afrique du Sud dans les années 1600 mènerait aux réclamations multiples par différents groupes sur les mêmes parcelles.

La Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud établit un équilibre entre la protection des droits de propriété d'une part et la réforme des terres de l'autre. La section 25 de cette constitution assure la protection contre la privation arbitraire de la propriété, permet à l'Etat d'exproprier la propriété privée pour la réforme des terres, à condition qu'une juste compensation soit payée, le délai et la modalité du paiement étant convenues entre l'Etat et la personne expropriée, ou décidées par un Tribunal. La section

---

<sup>514</sup> Z. SKWEYIYA, 'Towards a Solution to the Land Question in Post-Apartheid South Africa: Problems and Models' 1990 SAJHR 197.

<sup>515</sup> Le terme 'Bantu' (ou bantou), pluriel de 'muntu' (ou muntoe) est utilisé ici sans la connotation raciste du régime de l'*apartheid* en Afrique du Sud. Il dénote la structure linguistique de la plupart des communautés africaines actuellement présentes en Afrique Australe, Centrale, Occidentale et Orientale.

25 alinéa (3) énonce aussi une liste de facteurs qui doivent être pris en considération pour décider du montant de la compensation payable. Ceux-ci incluent l'utilisation courante de la propriété ; l'histoire de son acquisition ; la valeur marchande de la propriété ; l'ampleur de l'investissement et de la subvention directe de l'Etat lors de l'acquisition et le progrès de l'usufruit de la propriété ; et le but de l'expropriation. Ainsi, la propriété peut être expropriée pour une somme inférieure à la valeur marchande.

La section 25 alinéa (2) de la Constitution sud-africaine exige que, bien que l'Etat ait le pouvoir d'exproprier la terre, l'expropriation soit effectuée à des fins publiques ou dans l'intérêt public. La réforme des terres a été expressément présentée comme étant dans un but public ou pour l'intérêt public. La compensation doit être payée pour l'expropriation ; la modalité et le délai des paiements doivent être convenus par les parties ou être décidés par un tribunal. Une personne qui remplit les conditions pour la restitution du « droit à la terre »<sup>516</sup> en Afrique du Sud pourrait poser sa réclamation à la Cour de réclamations foncières ou à la Commission sur la restitution des droits fonciers. Les deux institutions sont des créations statutaires, en l'occurrence du *Restitution of Land Rights Act, 1994* (Loi 22 de 1994) conformément à l'amendement.

L'affaire *Communauté Richtersveld c. Alexkor* a examiné la question de savoir si le concept du titre autochtone comme développé dans les pays de l'Australie, du Canada et de la Nouvelle-Zélande s'applique dans le contexte de l'Afrique du Sud. La réclamation dans l'affaire *Communauté Richtersveld c. Alexkor*<sup>517</sup> était basée sur le titre autochtone, et dans l'alternative, la propriété ou l'occupation bénéfique pendant une période

---

<sup>516</sup> La loi *Restitution of Land Rights Act, 1994 (Act 22 of 1994)* définit le droit à la terre comme : « Droit à la terre » signifie tout droit à la terre, enregistré ou pas, et pourrait inclure les intérêts de travail d'un occupant ou cultivateur, un intérêt du droit coutumier, les intérêts d'un bénéficiaire selon des arrangements de gestion et l'occupation bénéfique pour une occupation continue pendant une période de 10 ans ou plus avant la dépossession en question »

<sup>517</sup> [2001] 3 SA 1293 (LCC). Ceci est la décision de revendication de terres qui considéra les mérites de la Revendication par opposition aux problèmes techniques examinés en 2000 (1) SA 337; [1999] JOL 5364 (LCC).



dépassant 10 ans avant la dépossession. La région de Richtersveld a été annexée pour faire partie de la propriété de la Couronne britannique en 1847, faisant abstraction des droits fonciers de la communauté de Richtersveld, parce que leur système autochtone de tenure de terre était considéré comme « non civilisé. » La communauté a continué à occuper la région de Richtersveld jusqu'à ce que des diamants y soient découverts dans les années 1920, menant à la création d'Alexkor, une compagnie d'Etat à 100 %, et à l'adoption de lois visant à expulser la communauté des gisements de diamant ainsi découverts<sup>518</sup>.

Acceptant que le titre autochtone ne fasse pas encore partie du droit coutumier sud-africain, les plaignants ont demandé à la Cour des réclamations foncières de développer le droit coutumier afin de tenir compte des réclamations foncières basées sur ce concept. La Cour a soutenu que, en tant que création statutaire, elle ne pourrait pas dépasser la juridiction non accordée sur cette question par l'acte de restitution, la constitution ou aucune autre législation. On a retenu plus loin que la constitution ne confère pas la juridiction sur la Cour des réclamations foncières pour le développement du droit coutumier. Une telle juridiction serait seulement accessible à la Cour suprême, à la Cour suprême d'appel et à la Cour constitutionnelle.

La Cour a énoncé en outre que le concept du titre autochtone n'avait jamais été reconnu dans aucune décision d'un tribunal sud-africain ou aucun pays africain subsaharien. En termes de concept, bien qu'une puissance coloniale ait automatiquement acquis la propriété sur toute la terre dans de nouvelles colonies, les droits fonciers prévalant dans une communauté à l'heure de la colonisation persistent comme charges sur le titre tenu par l'Etat. Par conséquent, la colonisation n'a pas détruit les droits autochtones à la terre tenue par les communautés. De plus, le titre autochtone ou les

---

<sup>518</sup> Pour un débat sur ces affaires, voir généralement les contributions de M. TONG au Séminaire des Experts des Nations Unies sur les Populations Autochtones et l'Administration de la Justice à Madrid en Espagne, du 12 au 14 novembre 2003, contenues dans Document de l'ONU E/CN.2/Sub2/AC.4/2004/6 datant du 10 juin 2004.

droits autochtones se sont révélés d'un intérêt de loi usuelle comme envisagé dans la section de définition de l'acte de restitution. Malgré le fait que la communauté ait un caractère pastoral et soit semi-nomade, l'occupation bénéfique avait été prouvée dans le sens qu'il y avait une occupation, avec l'intention et la capacité de garder le contrôle de la terre. Bien que la dépossession puisse être prouvée, l'acte de restitution exclut des réclamations de titres autochtones surgissant des dépossessions par des colons. La Cour des réclamations foncières a soutenu que le manquement du Gouvernement à identifier et à protéger les droits de la Communauté de Richtersveld a eu lieu avant 1913. Les réclamations étaient donc inadmissibles. La Cour Suprême d'Appel a conclu<sup>519</sup> que la Communauté de Richtersveld avait été en possession exclusive de la terre avant son annexion par la Couronne britannique en 1847, que la nature des droits exercés, y compris des droits miniers, était semblable à la propriété de droit coutumier et que de telles droits ont constitué un intérêt de loi usuelle identifié par la Loi de restitution.

Elle a retenu que la Cour de réclamations foncières s'était trompée en établissant que la communauté avait perdu ses droits parce qu'elle était insuffisamment civilisée pour avoir les droits identifiés selon le concept de *terra nullius*. L'Etat avait ignoré les droits de la Communauté de Richtersveld lorsque des gisements de diamants ont été découverts sur leur terre pendant les années 1920. Il a considéré la terre comme une terre de la Couronne (c'est-à-dire, terre d'Etat) et a dépossédé la communauté de Richtersveld de ses droits à la terre à travers une série d'actions ; comme envisagé dans la Loi de restitution. Ceci a abouti à la concession du titre de propriété de la terre à *Alexkor Ltd*, une société diamantaire à 100 % étatique. Ces pratiques relevaient de la discrimination raciale parce que la Couronne britannique les a fondées sur l'idée tacite que la communauté avait perdu tous les droits à la terre suite à l'annexion de la région de Richtersveld en 1847 à cause de leur race (elles étaient d'origine Khoi-Nama) et de leur manque de civilisation.

---

<sup>519</sup> Affaire *Richtersveld Community and Others c. Alexkor Ltd and Another* 2003 (6) BCLR 583 (SCA).

Le 14 octobre 2003, la Cour constitutionnelle<sup>520</sup> confirma l'arrêt de la Cour Suprême d'Appel que la communauté de Richtersveld avait pratiqué un système autochtone de tenure de terre par lequel ils avaient occupé la terre du Richtersveld avant l'annexion par la Couronne britannique en 1847 et leur déplacement forcé suite à la découverte des diamants. La Cour constitutionnelle a soutenu que la loi autochtone fait désormais partie intégrale de la loi sud-africaine. La Cour constitutionnelle a soutenu également que la loi autochtone est une source indépendante de la loi sud-africaine et doit être interprétée à la lumière de la loi nationale suprême, de la constitution, et pas du droit coutumier.

La Cour suprême d'appel et la Cour constitutionnelle ont retenu dans l'affaire *Richtersveld* que les réclamations basées sur les dépossessions qui ont eu lieu avant le 19 juin 1913 sont valides si les personnes ont continué à vivre sur la terre et leur déplacement physique s'est produit après le 19 juin 1913. Ceci signifie que si l'administration coloniale britannique n'avait pas réussi à identifier des droits usuels de tenure de terre des plaignants et avait enregistré la terre au nom de l'Etat ou des particuliers à cause de la doctrine raciste de *terra nullius* mais n'avait pas physiquement déplacé les personnes de la terre et le déplacement physique n'a seulement eu lieu qu'après le 19 juin 1913.

---

<sup>520</sup> Affaire *Alexkor Ltd and Another c. Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC).

### **CHAPITRE III - APPLICATION DU DROIT A REPARATION ET A RESTITUTION DANS LE CAS DU PEUPLE DE CHAGOS**

#### **SECTION I - LE DEPLACEMENT DES POPULATIONS DES TERRITOIRES NON AUTONOMES POUR LES INTERETS MILITAIRES DES ETATS-UNIS**

Il y a plusieurs cas de déplacement de populations qui habitent en territoires non autonomes effectués dans le but de satisfaire des besoins militaires ou politiques américains. Il s'agit des cas du Groenland, d'Okinawa au Japon, de Vieques et Culebra au Porto Rico, d'Hawaï, des Philippines, de Panama, de Guam et de différents atolls des Iles Marshall. Il ne s'agit pas de citoyens américains dans tous les cas. Il y a des cas où ni les Etats-Unis, ni le Royaume-Uni, n'avaient de contrôle politique sur les îles, mais ont dû compter sur l'assistance d'un Etat ayant une relation néocoloniale avec ces territoires pour signer des arrangements avec les Etats-Unis d'Amérique afin d'établir une base militaire américaine sur ces territoires. Juste avant d'accorder au Groenland un Gouvernement du genre « *Home-Rule* » (autonomie), le Danemark a d'abord signé un accord avec les Etats-Unis d'Amérique pour construire une base militaire sur Thulé.

L'affaire du Groenland est similaire à celui de l'archipel des Chagos, dans le sens où une population autochtone, les Inuit, ont été déplacés suite à un accord signé entre les Etats-Unis et un Gouvernement qui exerce encore sur eux un pouvoir politique qui n'est pas très différent du colonialisme. Les Chagossiens sont toujours des sujets britanniques dans le sens où ce sont des citoyens du territoire britannique d'outre-mer et non autonome. Les Inuit sont toujours assujettis à l'administration politique danoise selon un arrangement dit « *Home-Rule* » (autonomie).

Deux affaires impliquant des ressortissants américains sont plutôt frappantes. Il s'agit des cas de Vieques au Porto Rico et celui de la République des Iles Marshall, faisant partie de la Micronésie dans l'Océan Pacifique. Le cas des Iles Marshall sera étudié plus attentivement afin de démontrer les similarités et les différences avec le cas de l'archipel des Chagos, sur le plan du déplacement de populations autochtones pour satisfaire les besoins militaires américains. Bien que la portée et l'intérêt de cette étude soit d'étudier la responsabilité du Royaume-Uni pour apporter aux Chagossiens des compensations pour les dommages subis, l'étude du cas de la République des Iles Marshall sera utilisée comme précédent dans le sens où les Etats-Unis ont versé des compensations aux habitants des Iles Marshall qui ont été soit déplacés, soit victimes des sérieux dommages environnementaux résultant des opérations et exercices militaires américains.

La principale différence entre les populations des Iles Marshall et celles de l'archipel des Chagos est que les Etats-Unis n'ont jamais eu l'intention d'expulser les populations de ces atolls de façon permanente, et qu'ils s'étaient engagés à rendre les atolls habitable, afin de permettre à ces populations d'y rentrer. Dans le cas du *BIOT*, ni la marine américaine ni le Pentagone n'ont l'intention de laisser les Chagossiens s'installer sur les îles périphériques de l'archipel, puisqu'ils veulent garder la totalité de l'archipel des Chagos exempte de toute population civile, et ce malgré le fait que la base militaire américaine n'occupe que le tiers de Diego Garcia, île principale de l'archipel des Chagos. Les Chagossiens vivent toujours en exil à l'île Maurice et dans les Seychelles depuis trente ans maintenant, sans le moindre engagement de la part des Etats-Unis, ni du Royaume-Uni de leur permettre un jour de rentrer chez eux, et ce malgré trois arrêts de la Cour d'Appel de Londres, la plus récente étant celui du 23 juillet 2007, confirmant le droit des Chagossiens à rentrer chez eux.

**PARAGRAPHE I - L'expulsion des peuples autochtones de la République des Iles Marshall**

**A- Perspective Historique**

L'histoire de l'expulsion forcée de la population de la République des Iles Marshall, notamment des atolls de Bikini et d'Enewetak, est similaire à plusieurs points de vue à celle de l'archipel des Chagos. Comme les Chagossiens, les populations des atolls des Bikini, Enewetak, Rongelap et Utrik des Iles Marshall ont été expulsées de leur terre natale à cause des intérêts militaires américains. Ceux de l'atoll de Bikini en particulier ont été déplacés d'un atoll à l'autre au sein des Iles Marshall à maintes reprises, faisant face à la famine sur de longues périodes. Cela fait maintenant soixante ans qu'ils ont été expulsés de Bikini et vivent toujours sur l'atoll de Kili dans l'espoir de retourner un jour à Bikini.

Les Etats-Unis ont acquis des îles dans l'Océan Pacifique, particulièrement en Micronésie, après la Seconde Guerre mondiale.<sup>521</sup> Les Iles Marshall avaient auparavant été sous domination japonaise et, comme l'archipel des Chagos, avaient servi de plantations de cocotier. Les îles commencèrent à devenir stratégiques au début des années 1940 lorsque le Japon, en anticipation à la Seconde Guerre mondiale, a commencé à y augmenter sa présence militaire. Vers la fin de la Seconde Guerre mondiale, les forces américaines prirent le contrôle du quartier général japonais de l'atoll de Kwajalein, prenant par la même occasion le contrôle des Iles Marshall avant de les céder aux Nations Unies en 1944.

En 1946, les Etats-Unis commencèrent à mener des essais nucléaires sur l'atoll de Bikini, avec le nom de code: « Opération Chemins Croisés » pendant une année avant d'entrer dans un accord de tutelle avec les Nations Unies comme autorité administrative

---

<sup>521</sup> E. ROMAN, *Membership Denied*, p. 484.

de la Micronésie, qui incluait les Iles Marshall. En tant qu'autorité administrative de la Micronésie, les Etats-Unis avaient la responsabilité d'aider les peuples micronésiens à atteindre le point où ils pourraient exercer leur droit à l'autodétermination<sup>522</sup>.

La Micronésie est restée sous le contrôle américain pendant plusieurs décennies avant de devenir quatre Etats distinct à savoir : la République des Iles Marshall, la *Commonwealth* des Iles Mariannes du Nord, les Etats Fédérés de la Micronésie ainsi que la République de Palau<sup>523</sup>. Le *Compact of Free Association* fut signé entre les Etats-Unis et la République des Iles Marshall en 1986, 40 ans après les premiers essais nucléaires qui ont dévasté l'environnement, et la santé des habitants des Iles Marshall, envoyant certains, comme ceux de l'atoll de Bikini, en exil pour plus de soixante ans.

Il est à noter que pendant les douze ans qu'ont duré les essais nucléaires américains, entre 1946 et 1958, le territoire était sous le régime de l'accord de tutelle entre les Etats-Unis et les Nations Unies, alors que pas moins de 67 bombes atomiques, ainsi que des bombes à hydrogène atmosphérique, furent expérimentés par les Etats-Unis. Les essais nucléaires avaient une charge totale de 108 mégatonnes, équivalent à 7200 bombes d'Hiroshima<sup>524</sup>. L'état d'infestation radioactive résultant de ces essais était tellement grave que les Etats-Unis se sont eux-mêmes donné au moins 30 ans pour nettoyer l'atoll de Bikini<sup>525</sup>.

Dans les années 1980, plusieurs procès furent engagés par les habitants des Iles Marshall contre les Etats-Unis d'Amérique, pour leur expulsion manu militari et leur exil forcé, ainsi que pour les dommages à leur santé et à leur environnement, résultant du programme d'essais nucléaires sur leur terre. En 1986, alors que ces dossiers étaient

---

<sup>522</sup> E. ROMAN, op. cit.

<sup>523</sup> Ibid.

<sup>524</sup> J. M. WEISGALL, *Operation Crossroads: The Atomic Tests at Bikini Atoll*, p. 20.

<sup>525</sup> Dans l'affaire dite *People of Bikini and al, Claimants for Compensation*, tribunal des revendications Nucléaires, République des Iles Marshall, NCT No. 23-04134, Mémoire de Décision et Ordre, 5 mars 2001, Majuro, Iles Marshall, p. 11.

encore devant les Cours américaines, les Etats-Unis entrèrent dans un accord de *Compact of Free Association*<sup>526</sup> avec la République émergente des Iles Marshall. Un autre accord, dit *Section 177 Agreement* fut signé selon les termes de la section 177 du *Compact of Free Association*, pour jeter les bases du tribunal des revendications nucléaires, en charge des revendications des peuples des Iles Marshall victimes des effets négatifs des essais nucléaires dans ces îles. Le Gouvernement américain mit la somme totale de 150 millions de Dollars américains à la disposition de ce tribunal pour la compensation des revendications relatives aux essais nucléaires des atolls de Bikini, Enewetak, Rongelap et Utrik<sup>527</sup>.

Le tribunal des revendications nucléaires, dont la juridiction dérive de la section 105(a) du *Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal Act* de 1987<sup>528</sup>, a accordé la somme de 563.315.500 dollars américains aux habitants de l'atoll de Bikini. Comme le tribunal des revendications nucléaires n'avait pas les fonds nécessaires pour dédommager les habitants de l'atoll de Bikini, d'autres plaintes ont été introduites auprès des Cours américaines pour plus de dédommagement. Le parlement de la République des Iles Marshall, le *Nitijela*, a déjà présenté au Congrès Américain deux pétitions relativement à l'accord de la section 177 qui lui permet de le faire en cas de changement de circonstances qui justifient une allocation supplémentaire de fonds<sup>529</sup>. Ils se sont appuyés sur les conclusions du tribunal des revendications nucléaires basées sur des

---

<sup>526</sup> Le peuple des Iles Marshall a approuvé le *Compact* par la voie d'un plébiscite tandis que le Congrès Américain l'a adopté sous la mention *Compact of Association Act of 1985, Public Law no. 99 – 238 (1986)*.

<sup>527</sup> T. LUM, K. THOMAS, S. REDHEAD, D. BEARDEN, M. HOLT et S. LAZZARI *Congressional Research Services, CRS Report for Congress, Republic of the Marshall Islands Changed Circumstances Petition to Congress*, La bibliothèque du Congrès, Code RL 32811, p. 37; dans l'affaire *Matter of the People of Bikini et al, Claimants for Compensation*, Tribunal des Revendications Nucléaires, République des Iles Marshall, NCT No. 23-04134, Mémoire des Décisions et Ordres, 5 mars 2001, Majuro, Iles Marshall, et le *Thornburgh Report*, le Tribunal des Revendications Nucléaires de la République des Iles Marshall : *An Independent Examination and Assessment of its Decision-Making Processes*, D. THORNBURGH, G. REICHARDT, J. STANLEY, Kirkpatrick & Lockhart LLP, Washington DC, janvier 2003. Voir aussi *Committee on Radiological Safety in the Marshall Islands, Radiological Assessments for Resettlement of Rongelap in the Republic of the Marshall Islands, National Academic Press, 1994*.

<sup>528</sup> 54 MIRC section 105 (a).

<sup>529</sup> T. LUM et al, p. 10.



preuves d'experts quant à la gravité des conséquences sur la santé et l'environnement, ainsi que sur les sommes d'argent accordées par le Tribunal, lesquelles ne peuvent pas être versées à cause du manque de fonds, montrant que la somme de 150 millions allouées par les Etats-Unis est insuffisante et justifiant l'allocation de plus de fonds.

***B- Les essais nucléaires sur l'atoll de Bikini « pour le bien-être de l'humanité »***

Comme cité plus haut, les activités militaires américaines dans les Iles Marshall ont commencé avant même que l'accord de tutelle avec les Nations Unies soit effectif en 1974. Le programme d'essais nucléaires a commencé en 1946 avec l'opération *Cross Roads* sur l'atoll de Bikini, avec les quatrième et cinquième bombes atomiques ayant explosé sur terre. Ceci fut le début de la guerre froide, avec les Etats-Unis d'Amérique qui craignaient que l'Union Soviétique soit en possession d'une puissance nucléaire supérieure à la leur. L'ancien Président américain Harry Truman donna la directive à la marine et l'armée américaine d'effectuer des essais d'armes nucléaires pour « déterminer l'effet de bombes atomiques sur les navires de guerre américains »<sup>530</sup>.

Les conséquences du programme d'essais nucléaires dans les Iles Marshall qui ont commencé en 1946 et se sont terminés en 1958, restent à être pris en charge, alors que les populations touchées doivent être adéquatement compensées, leur terre ayant aussi à être rétablie dans des conditions satisfaisantes. Les habitants de l'atoll de Bikini doivent encore rentrer chez eux après 60 ans d'exil. Au moment de leur expulsion forcée de l'atoll, il leur avait été dit qu'ils devaient déménager temporairement afin que les essais nucléaires puissent être réalisés « pour le bien de la race humaine et dans le but de mettre fin à toutes les guerres »<sup>531</sup>. Au mois de mars 1946, 167 personnes au total ont été déplacées vers l'atoll inhabité de Rongerik à l'Est de l'atoll de Bikini, dans les Iles Marshall. Ils furent rapidement confrontés à une pénurie alimentaire grave.

---

<sup>530</sup> Ibid.

<sup>531</sup> J. NIEDENTHAL, *For the Good of Mankind: A History of the People of Bikini and Other Islands*.

De tous les essais qui ont eu lieu dans les Iles Marshall, l'explosion d'une bombe la plus grande et la plus dévastatrice fut de loin celle de la bombe à hydrogène portant le nom de code *Bravo* qui détona le 1er mars 1954, et qui était de la même taille que celle lancée sur Nagasaki par l'armée américaine au mois d'août 1945<sup>532</sup>. L'explosion *Bravo* causa des radiations majeures sur l'atoll de Bikini, lesquelles selon le tribunal des revendications nucléaires estime qu'elles coûteront deux cents cinquante et un millions cinq cent mille dollars américains (251.500.000\$) pour les nettoyer<sup>533</sup>. *Bravo* a également irradié 236 personnes des atolls de Rongelap et Utrik, ainsi que les membres de l'équipage d'un bateau de pêche japonais nommé le *Lucky Dragon*<sup>534</sup>. L'explosion était tellement puissante qu'elle a exposé les habitants de l'atoll de Rongelap, se trouvant à plus de 100 miles de l'atoll de Bikini, à des radiations nucléaires égales à celles reçues par les Japonais qui étaient à moins de deux miles au moment des explosions de Nagasaki et d'Hiroshima<sup>535</sup>.

L'expérimentation de la bombe à hydrogène *Bravo*, était la plus large expérience nucléaire jamais conduite sur le sol américain. Elle a déclenché une controverse internationale qui a conduit les Etats-Unis à effectuer un moratoire sur les essais nucléaires atmosphériques ainsi qu'à adopter le « *United States-United Soviet Socialist Republic (US-USSR) Limited Test Ban Treaty* »<sup>536</sup>. L'ancien Président américain Eisenhower informait le publique au cours de la même année que l'essai de la bombe à hydrogène *Bravo* avait atteint des résultats non anticipés. L'Agence de l'Energie Atomique rapporta que le tir à contrevent d'environ 7000 « miles carrés » « avait tellement contaminé que la survie dépendra de l'évacuation prompte de la zone (...) »<sup>537</sup>.

---

<sup>532</sup> J. WEISGALL, p.25.

<sup>533</sup> T. LUM et al, p.2.

<sup>534</sup> J. WEISGALL, p.25.

<sup>535</sup> Déclaration des habitants de Bikini, Enewetak, Rongelap et Utrik devant le *[United States] House Resources Committee*, 10 juillet 2003, p. 3. La copie est classée par l'auteur.

<sup>536</sup> P. PRINGLE et J. SPIGELMAN, *The Nuclear Barons* pp. 243 – 259.

<sup>537</sup> *New York Times*, 25 mars 1954.

Les retombées de l'explosion de la bombe *Bravo* exposèrent aussi les habitants des atolls d'Utrik et de Rongelap à des cendres radioactives pendant deux à trois jours. Comme résultat, ils furent également déplacés de leur terre. Les habitants d'Utrik retournèrent à leur atoll en 1955, tandis que ceux de Rongelap n'y retourneront qu'en 1957<sup>538</sup>. Les habitants de Rongelap seront ré-évacués en 1985 après que des études aient révélé que le niveau de radioactivité dans leur atoll était dangereux<sup>539</sup>. Ils recommencèrent à s'installer sur leur terre en 2004.

Comme cité plus haut, les habitants de l'atoll de Bikini ont été déplacés à plusieurs reprises. En 1968, leur atoll était déclaré sain pour habitation et 137 habitants de Bikini y retournèrent. En 1978, ils furent ré-évacués après que les niveaux de radioactivité dans leur atoll soient trouvés dangereux pour les populations. Leur destination cette fois-ci fut l'île de Kili. Ils y sont restés jusqu'à ce jour. Le Gouvernement des Etats-Unis leur a accordé 25.000 \$ en espèce ainsi que 300.000 \$ comme fond de garantie<sup>540</sup>.

Cependant, le tribunal des revendications nucléaires accorda une compensation totale de cinq cent soixante-trois millions trois cents quinze mille cinq cent dollars américains (563.315.500\$) aux habitants de l'atoll de Bikini pour les 23 bombes atomiques et à hydrogène testées sur leur territoire durant une période de 12 années<sup>541</sup>. Ils attendent toujours de recevoir cette somme<sup>542</sup>.

Les essais nucléaires réalisés dans l'atoll d'Enewetak ont commencé avec *l'opération Greenhouse* en 1951 qui a abouti à l'expulsion de 145 personnes de l'atoll d'Enewetak pour l'atoll d'Ujelang dans les îles Marshall avant le début des essais. La première

---

<sup>538</sup> Thomas LUM et al, p.42.

<sup>539</sup> Ibid.

<sup>540</sup> Ibid.

<sup>541</sup> T. LUM et al, op.cit.

<sup>542</sup> Thomas Lum, et al p. 3.

détonation d'une bombe à hydrogène a eu lieu pendant *l'opération Ivy* dans l'atoll d'Enewetak en 1952. En 1956, les populations de l'atoll d'Enewetak ont reçu une somme de 25 00 dollars américains en espèces et 150 000 sous forme de fonds en fidéicommis de la part des Etats-Unis. Elles sont retournées sur leur terre en 1980 après que les Etats-Unis ont dépensé 218 millions de dollars pour assainir l'atoll. Les populations d'Enewetak se sont retrouvées en exil pendant 33 ans et la moitié d'entre elles ne peut toujours pas retourner dans leurs îles natales situées dans la partie septentrionale d'Enewetak parce que leur terre est encore irradiée<sup>543</sup>.

### ***C- Le procès initié par les habitants de la République des Îles Marshall***

L'histoire du déplacement forcé des habitants des Îles Marshall ainsi que les plaintes qu'ils ont présentées devant les tribunaux américains pour la restitution de leur terre ainsi qu'une compensation financière comportent plusieurs ressemblances avec ceux des Chagossiens. La plus grande différence, néanmoins, est que dans le cas des habitants des Îles Marshall, les habitants concernés étaient des citoyens américains avant l'autodétermination accordée à la Micronésie en 1986. Les Îles Marshall étaient en fait partie intégrante du territoire des Etats-Unis. L'autre différence est qu'il n'y avait pas d'autre Gouvernement concerné dans l'histoire du déplacement des habitants des Îles Marshall.

Les habitants de l'atoll de Bikini étaient les plus ardents dans leur bataille juridique contre le Gouvernement américain comparés à ceux des atolls de Rongelap, Enewetak et Utrik. A l'image des Chagossiens de l'archipel des Chagos, les habitants de l'atoll de Bikini sont une petite population d'environ 3500 personnes, qui malgré leur petit nombre se battent pour retourner chez eux et pour une compensation financière adéquate pour les trente ans qu'ils ont passé en exil. A l'opposé des Chagossiens toutefois, leurs

---

<sup>543</sup> Déposition des populations de Bikini, Enewetak, Rongelap et Utrik devant le comité américain pour le logement « House Resources Committee », 10 juillet 2003, p. 3. L'auteur a une copie du dossier.

victoires en tribunal ont mené à un redressement de la situation, à l'exemple de la signature du *Compact of Free Association* en 1986 entre les Etats-Unis et la République des Iles Marshall<sup>544</sup> accompagné de l'accord de la section 177 jetant les bases pour le tribunal des revendications nucléaires chargé de prendre en charge les revendications de cette nature. Les plaintes au sein de la *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats Unis) furent alors suspendues pour éviter l'interférence avec les négociations en cours<sup>545</sup>. Ils ont aussi été capables de poursuivre leurs plaidoiries après avoir reçu des sommes substantielles de la part du tribunal des revendications nucléaires, lequel n'a malheureusement pas les moyens suffisants pour payer ces compensations.

Contrairement à l'archipel des Chagos, la marine américaine a elle-même procédé à l'évacuation forcée des Iles Marshall et a filmé la plupart des activités dans le cadre des expérimentations scientifiques. Ce film se révélera d'une grande importance au cours des actions en justice. L'autre distinction importante est que les Etats-Unis ont placé la Micronésie, dont les Iles Marshall, sur la liste des Nations Unies des Territoires sous tutelle dans le cadre de leur assistance aux territoires à atteindre un régime d'auto gouvernement comme partie de l'exercice de leur droit d'autodétermination.

Les peuples autochtones des Iles Marshall n'ont pas introduit de plainte sur base du droit de délits. Ils ont pourtant introduit des plaintes en justice basées sur le droit foncier et contractuel, entre autres. Cependant cela ne se fit pas sans difficultés. L'une des difficultés auxquelles ils ont fait face fut celle relative au délai de prescription, vu que les déplacements forcés avaient eu lieu entre 1946 et 1989. L'autre obstacle fut celui relatif au fait qu'une fois que les Iles Marshall étaient devenues auto gouvernées, les habitants de l'atoll de Bikini n'étaient plus des citoyens américains. Le problème fut de savoir s'ils pouvaient porter plainte contre le Gouvernement américain pour une propriété située en

---

<sup>544</sup> Compact of Association Act de 1985, No. 99- 239 (1986) Droit public.

<sup>545</sup> Service de recherche du Congrès, Rapport du Congrès, République des Iles Marshall a changé la Pétition de circonstance adressée au Congrès, 14 mars 2002, p.31.

dehors du territoire américain, dans quel cas la défense de l'immunité souveraine peut être appliquée en défaveur des habitants des Iles Marshall. Plus loin, le Gouvernement américain apportera la défense au nom du principe d'*adhésion*, selon lequel l'Amérique avait déjà répondu à ces problèmes en établissant le tribunal des revendications nucléaires et en lui accordant 150 millions de dollars américains pour le règlement de ces affaires, ce qui rendait les plaintes non valides.

Le Gouvernement américain se défendit également en utilisant la « doctrine de l'Affaire politique » qui prévoit que les Cours juridiques américaines n'ont pas la compétence de délibérer sur des questions d'ordre politique, et par conséquent, que ce genre de question était du ressort du Congrès américain uniquement. Au sujet de la défense utilisant le délai de prescription, les habitants de l'atoll de Bikini parvinrent avec succès à prouver que le fait qu'ils aient été évacués à plusieurs reprises équivalait à une série d'expropriations de leur bien sans compensation adéquate selon le cinquième amendement de la Constitution américaine. En 1984, le juge donna sa décision en faveur des habitants de Bikini, jugeant que le « *Bill of Rights* » (la Déclaration des droits) contenu dans la Constitution des Etats-Unis était applicable.

Le peuple de Iles Marshall gagnèrent des affaires comme *Juda v. United States*<sup>546</sup>, *Peter v. United States*<sup>547</sup> mais perdirent devant la *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats-Unis) lors des affaires *Nitol v. United States*<sup>548</sup> et *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v. United States*<sup>549</sup>. La cour d'appel de la cour fédéral de grande instance des Etats Unis rejeta les plaintes des habitants des Iles Marshall sur la base du principe d'*adhésion*. Cette cour maintint

---

<sup>546</sup> *Juda v. United States* 6 Cl. Ct. 441 (1984).

<sup>547</sup> *Peter v. United States* 6 Cl. Ct. 785 (1984).

<sup>548</sup> *Nitol v. United States* 7 Cl Ct. 405 (1985)

<sup>549</sup> *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v. United States* 859 F. 2d 1482 (Fed. Cir. 1988).

également que l'affaire était désormais d'une nature politique, pour laquelle elle n'avait plus de juridiction.

Le Gouvernement américain a présenté une défense d'adhésion et a demandé un jugement sommaire c'est-à-dire qu'il a demandé à la cour de rejeter la plainte. La *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats-Unis) a décidé d'après la loi Tucker, qu'il relevait de sa juridiction d'examiner l'affaire et a statué que l'immunité souveraine des Etats-Unis en ce qui concerne les réclamations des populations de l'atoll de Bikini a été levée. La cour a par la suite soutenu que certaines des réclamations ont traversé l'obstacle du délai de prescription. La cour n'a rien découvert pour ce qui est de la validité des réclamations mais a permis que celles-ci soient maintenues en tant qu'« expropriation » en violation du cinquième Amendement.

Dans l'affaire des populations de l'atoll d'Enewetak, *Peter v US*, la *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats-Unis) a soutenu que les réclamations concernant l'« expropriation » ne sont pas interdites par le délai de prescription. Comme les populations de Bikini, celles d'Enewetak ont plaidé que le Gouvernement américain leur avait promis qu'il pourrait retourner sans danger dans leur territoire à la fin du programme d'essais nucléaires créant ainsi une sorte de contrat « implicite » avec le Gouvernement américain et leur conférant la responsabilité fiduciaire d'assurer à ces populations la santé et de bonnes conditions économiques. Enfin, l'immunité souveraine utilisée comme défense n'a pas pu faire obstacle à la plainte de rupture de contrat « implicite » entre les requérants et les Etats-Unis et par conséquent, la demande du Gouvernement américain a été rejetée.

Il y a également eu des affaires portées par les habitants des atolls de Rongelap et d'Utrik qui ont été exposés aux cendres radioactives déversées lorsque la bombe à hydrogène *Bravo* a explosé dans l'atoll de Bikini. Ils ont par la suite été déplacés de leurs

îles par précaution pendant le programme d'essais nucléaires. Les populations de l'atoll de Rongelap sont retournées dans leurs îles en 1957 mais elles ont dû être évacuées en 1985 lorsque les niveaux de radiation ont été jugés dangereux. La *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats-Unis) a statué dans l'affaire *Nitoll v US* que les réclamations portant sur l'expropriation illégale de la terre, relevaient de sa juridiction et que celles-ci n'étaient pas interdites par le délai de prescription. La cour a également rejeté la motion soumise par le Gouvernement américain demandant de rejeter les réclamations d'« expropriation » soumises par les populations des atolls de Rongelap et d'Enewetak mais d'accepter toutes les autres réclamations.

Dans l'affaire *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v US* la Cour d'appel de la cour fédérale de grande instance a également statué que l'affaire est devenue une affaire politique et qu'elle ne relève pas de sa juridiction.

#### ***D- La doctrine de « l'affaire politique »***

Les Etats-Unis d'Amérique sont responsables des relations internationales et étrangères au nom de la République des Iles Marshall car ces dernières ont un statut quasi-indépendant, dans une relation de « freely associated state » (Etat librement associé) avec les Etats-Unis d'Amérique. Le Gouvernement américain avança l'argument de la doctrine de « l'affaire politique » lorsqu'il fut confronté aux revendications des habitants de la République des Iles Marshall. La doctrine qui fut développée lors de l'affaire *Baker c. Carr*<sup>550</sup> soutient que le Congrès américain a la responsabilité de prendre des décisions politiques, en particulier en matière de politique étrangère et militaire, et devrait être habilité à en faire autant sans l'interférence des cours de justice. Ceci entraine dans le cadre de la séparation des pouvoirs entre les trois branches du Gouvernement, à savoir le Législatif (Congrès), l'Exécutif et le Judiciaire qui est appliqué dans le *Commonwealth* et dans la plupart des pays du monde. Le même problème fut également

---

<sup>550</sup> 369 U.S. 186 217 (1962).



soulevé à plusieurs reprises dans les affaires *Bancoult (1)*, *Bancoult (2)* et *Bancoult (3)* au sein de la haute Cour britannique. La Cour maintint l'opinion qu'elle n'était pas habilitée à délibérer sur la nature appropriée ou non de la décision du Gouvernement d'établir la base militaire de Diego Garcia dans l'archipel des Chagos.

#### ***E- La doctrine d'adhésion***

La doctrine d'adhésion est une doctrine qui permet au Gouvernement d'un pays d'instaurer une action judiciaire au nom de ses citoyens contre un Gouvernement d'un autre pays. Le Gouvernement américain avait par conséquent la responsabilité de répondre aux plaintes des habitants de la République des Iles Marshall à travers l'Accord de la Section 177 qui avait été signé relativement au *Compact of Free Association* entre les Etats-Unis d'Amérique et la République des Iles Marshall. Conformément à l'Accord de la Section 177, la République des Iles Marshall peut dire avoir admis les plaintes de ses citoyens pour les dommages causés par les Etats-Unis d'Amérique, lors du programme des essais nucléaires dans les Iles Marshall. Le Gouvernement américain a fait preuve de bonne foi par rapport à ces plaintes en mettant à la disposition du tribunal des revendications nucléaires une somme de 150 millions de Dollars américains pour leur règlement.

Cette doctrine est utilisée par les Etats-Unis d'Amérique où le Congrès peut retirer la juridiction des cours de justice sur des dossiers qui sont déjà devant celles-ci. L'Article X et XII de l'Accord de la Section 177 déclarent que l'accord constitue le règlement total et final de toutes les revendications « passées, présentes et futures » des habitants de la République des Iles Marshall et de leur Gouvernement résultant du programme d'essais nucléaires sur leur terre. Le même accord prévoit également que toutes les autres revendications de cette nature, en cours au sein des Cours américaines de justice allaient être annulées.

La Cour Suprême américaine maintint cependant dans l'affaire *Blanchette v. Connecticut General Insurance Corporation*<sup>551</sup> que le droit du Congrès à admettre les revendications d'expropriation introduites en termes du cinquième amendement était sujet à la condition que lorsque l'expropriation est faite pour l'usage public, il existe des « dispositions raisonnables, certaines et adéquates pour l'obtention de compensations »<sup>552</sup>. Dans l'affaire *Juda v. United States*, la *US Court of Claims* (la Cour des créances) maintint que puisque le tribunal des revendications nucléaires, établi pour répondre aux revendications des habitants de la République des Iles Marshall, ne les avait pas empêché de plaider devant les Cours américaines, le sujet étant en relation avec des expropriations qui doivent être prises en considération par rapport au cinquième amendement de la constitution américaine, la doctrine d'*adhésion* ne pouvait pas empêcher les plaignants d'imposer les droits constitutionnels fédéraux.

La *US Court of Claims* (Cour des créances des Etats-Unis) trouva cependant que l'Accord de la Section 177 prévoit des moyens « raisonnables et certains » pour l'obtention de compensations pour les expropriations. Ceci était en conformité avec l'arrêt de la Cour Suprême Américaine dans l'affaire *Dames & Moore c. Reagan*<sup>553</sup> selon laquelle le tribunal des revendications Américano-iraniennes était un forum d'alternative adéquate pour répondre aux revendications « d'expropriations non compensées » résultant de la suspension des revendications contre l'Iran d'après l'accord de libération des otages américains. La *US Court of Appeals for the Federal Circuit* a pris une décision similaire dans l'affaire *People of Enewetak, Rongelap and Others Marshall Islands Atolls v. United States*<sup>554</sup> selon laquelle le tribunal des Revendications Nucléaires constituait un forum d'alternative pour fournir les compensations aux expropriations et que « nous ne

---

<sup>551</sup> *Blanchette v. Connecticut General Insurance Corp* 419 U.S. 102, (1974), citant *Cherokee Nation v Southern Kansas Railroad Co.*, 135 U. S. 641 (1890) (WEISGALL: Déclaration des habitants de Bikini, Enewetak, Rongelap et Utrik devant le [United States] House Resources Committee, 10 juillet 2003, p. 3.

<sup>552</sup> Ibid. p. 124- 125.

<sup>553</sup> *Dames & Moore c. Reagan* 453 US 654 (1981), 689

<sup>554</sup> *People of Enewetak, Rongelap and other Marshall Islands Atolls v United States* 864 F. 2d 134, (1988)

somme pas persuadés que l'intervention judiciaire soit appropriée en ce moment sur une vague spéculation que le remède alternatif puisse s'avérer inadéquat »<sup>555</sup>.

***PARAGRAPHES II - L'expulsion forcée des Inuit du Groenland pour établir une base militaire américaine***

Les Inuit du Groenland furent déplacés de force en 1953 avant que le Groenland n'obtienne son autonomie sous la forme de « *Home-Rule* » en 1979. Les Inuit du Groenland ont entrepris des actions judiciaires au Danemark et auprès de la CEDH, discutant leur déplacement forcé de Thulé ainsi que le montant qu'ils avaient reçu en compensation de leur expulsion forcée<sup>556</sup>.

***A- Perspective historique***

Thulé fait partie du Groenland, un territoire considéré comme faisant partie du monde occidental. Le Groenland, qui est probablement l'île la plus large du monde, est séparé du Canada de seulement 30 km à un certain point<sup>557</sup>.

Les Inuit sont considérés comme ayant été les premiers à découvrir le territoire, il y a 4000 ans. Il semble que l'île fut le foyer des Normes, dont les agglomérations disparurent il y a environ 1000 ans<sup>558</sup>. Comme dans le cas des Chagossiens, les Inuit seraient considérés comme originaires. Les Inuit<sup>559</sup> du Groenland sont liés aux Inuit du

---

<sup>555</sup> Ibid, p. 136.

<sup>556</sup> Voir Aqqaluk LYNGE, *The Right to Return: Fifty Years of Struggle by Relocated Inughuit in Greenland*.

<sup>557</sup> G. ALFREDSSON, *Greenland and the Right to Self-Determination*, mémoire non publié, 1982 Université Harvard, Cambridge, Massachusetts, p.290.

<sup>558</sup> G. ALFREDSSON, op. cit., p. 291

<sup>559</sup> G. ALFREDSSON, *Greenland and the Law of Political Decolonisation* dans le *Bulletin Annuel Allemand de Droit International*, écrit le nom selon l'orthographe 'Inuit', qu'il explique comme étant la terminologie d'origine des populations qui sont par ailleurs connues sous le nom "Eskimo", signifiant "ceux qui mangent la viande". Le terme "Inuit" signifie en fait "Etre Humain". Ibid. par contre utilise l'orthographe "Inughuit".

Canada, d'Alaska, et de Sibérie, tant sur le plan linguistique, que sur le plan ethnique<sup>560</sup>. Le territoire en soi, tout comme l'archipel des Chagos, a déjà été sous plusieurs dominations coloniales. Le Roi de Norvège a régné sur l'île en 1261, faisant du Groenland un territoire norvégien jusqu'en 1814, lorsque le territoire fut cédé au Danemark relativement au Traité de Kiel<sup>561</sup>. Des missionnaires et marchands venus de la Norvège et du Danemark ont recolonisé l'île à partir de la première moitié du 18<sup>ème</sup> siècle<sup>562</sup>.

Le Groenland est depuis resté sous domination danoise, jusqu'en 1979, lorsque lui fut accordé un régime de *Home Rule*. L'île a son propre parlement ainsi que son propre Gouvernement mais n'a pas encore atteint l'indépendance totale. Une commission bipartite dite « *Self-Government Commission* » fut établie en 2004 pour chercher à obtenir plus de contrôle Groenlandais sur les affaires Groenlandaises, soutenue par la vaste majorité des Groenlandais, mais qui semble ne pas faire de progrès à cause des conflits incessants entre les parties politiques du Groenland<sup>563</sup>.

Les Inuit ont pendant longtemps vécu une vie très simple, ne se souciant pas de ce qui se passait dans le reste du monde. Comme ce fut le cas des Chagossiens, ceci changea dès que les Etats-Unis exprimèrent leur intérêt dans ces îles pour des fins militaires. Thulé héberge aujourd'hui une base militaire américaine établie selon l'accord entre les Etats-Unis et le Danemark relativement à l'Article X de l'Accord des Forces Spéciales de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) de 1951 et de l'Article VII de l'accord entre les Etats-Unis et le Danemark de 1951.

---

<sup>560</sup> Ibid.

<sup>561</sup> G. ALFREDSSON, op. cit., p.299.

<sup>562</sup> Ibid.

<sup>563</sup> La commission des territoires non-autonomes, créée en 1999 pour enquêter sur la possibilité de prendre plus de responsabilité du Gouvernement Danois, a précédé la *Danish-Greenlandic Self-Government Commission* créée en 1994. Voir *IWGIA The Indigenous World 2005* p. 31 et *IWGIA The Indigenous World 2006* p. 34.

Le Groenland était autrefois une partie intégrée au Danemark selon des conditions semblables au colonialisme, une affirmation que le plus part des Danois trouveraient choquante<sup>564</sup>. Les Groenlandais ont expressément exercé leur droit à l'autodétermination dans les années 1950 lorsque le Groenland a été intégré au sein du Danemark<sup>565</sup>. Le Danemark a inclus le Groenland sur la liste des Nations Unies des Territoires non autonomes et fournissait des rapports au Comité Spécial des Nations Unies sur la Situation Relative à l'Exécution de la Déclaration d'Indépendance aux pays et peuples, communément connu sous le nom du Comité des Vingt-Quatre (sur la Décolonisation) relativement à l'Article 73 alinéa (e) de la Charte des Nations Unies jusqu'en 1954, date après laquelle le Danemark défendra que le territoire avait été intégré à la nation mère, en l'occurrence le Danemark, à travers un amendement de la constitution du Danemark<sup>566</sup>.

Lorsque le Danemark fut accepté comme membre de la Communauté Européenne en 1972, la soi-disant province du Groenland fut également entraînée dans le mouvement malgré les contestations de sa population. Les Groenlandais furent battus par le reste des Danois dans un référendum couvrant la totalité de l'Etat Danois<sup>567</sup>. En 1982, dans un autre référendum, les habitants du Groenland choisirent de se détacher de la Communauté Européenne.

---

<sup>564</sup> La plupart des Danois considèrent que les accords avec le Groenland sont à l'avantage de ce dernier. Par exemple, ils font allusion aux allocations annuelles que le Danemark attribue au Groenland. Voir le Groupe de travail international sur les affaires indigènes Affaires des Peuples Autochtones (IWGIA), *The Indigenous World, 1999- 2000* p. 28; *IWGIA The Indigenous World 2001- 2002* p. 24; *IWGIA The Indigenous World 2002 – 2003* p. 26; *IWGA The Indigenous World 2004* p. 27; *IWGIA The Indigenous World IWGIA The Indigenous World 2005* p. 31; et *IWGIA The Indigenous World 2006* p. 33.

<sup>565</sup> Certains doutes furent émis quant à l'intégrité des autorités danoises lors de la consultation des Groenlandais sur l'intégration de leur territoire au sein du territoire danois. Gudmundur ALFREDSSON, *Greenland and the Law of Political Decolonisation* p. 209.

<sup>566</sup> G. ALFREDSSON, Note 557 p. 292292.

<sup>567</sup> Ibid.

### ***B- Plaidoirie des Inuit de Thulé, Groenland***

La Haute Cour De l'Ouest du Danemark déclarait en date du 20 août 1999 que « la décision de déplacer les Inuit a été prise unilatéralement par les autorités Danoises » sans consultation adéquates ou notification aux Inuit, menant à une ingérence sérieuse sur la population, laquelle ingérence « doit être considérée comme une violation des habitants d'Uummannaq » selon la pratique du droit commun<sup>568</sup>. Les plaignants revendiquaient une somme de 235 millions de Couronnes Danoises (235.000.000 DDK) pour le dédommagement des pertes encourues et de la détérioration des terrains de chasse et de pêche suite à l'établissement de la base militaire américaine et au déménagement de population de la localité d'Uummannaq. La Haute Cour De l'Ouest du Danemark n'accorda que la somme de 500.000 DKK comme compensation collective et des sommes de 25.000 DKK et 15.000 DKK à seulement 63 plaignants, ce qui excluait les enfants âgés de moins de quatre ans au moment de l'expulsion<sup>569</sup>.

En date du 28 novembre 2003, les Inuit perdirent leur appel auprès de la Cour Suprême du Danemark. Cette dernière décida, comme la Haute Cour De l'Ouest du Danemark l'avait fait, que le déplacement des Inuit n'était ni consultatif ni juste, en raison du fait que ce déplacement avait été conduit d'une façon et selon des circonstances qui « constituaient une intervention sérieuse et une conduite illégale envers la population d'Uummannaq »<sup>570</sup>. La Cour Suprême du Danemark soutint, toutefois, que les actions du Gouvernement danois, en contrôlant leur accès aux terrains de chasse et de pêche en 1951 ainsi que le déplacement de 1953 étaient des agissements valides d'expropriation pour lesquels les Inuit avaient reçu les compensations dues sous forme de maisons de remplacement pour avoir détruit leurs

---

<sup>568</sup> Cité par Lynge aux points 32 et 34

<sup>569</sup> Résumé en anglais du jugement du procès effectué par Lynge. Copie classée par l'auteur.

<sup>570</sup> Voir la traduction anglaise du verdict du 28 novembre 2003 de la Cour Suprême Danoise, fourni par le Président de l'ICCC, M. Aqaluk LYNGE.

maisons d'Uummanaq<sup>571</sup>. La Cour Suprême décida de maintenir l'arrêt de la Haute Cour de leur accorder une compensation financière de la somme de cinq cent mille couronnes (500.000DKK) et de quinze mille couronnes (15.000DKK) par personne pour 63 plaignants.

Des décisions impliquant des citoyens danois vivant ou travaillant sur la base militaire américaine de Thulé, au Groenland, ont confirmé que les lois de circulation en vigueur dans la base militaire de Thulé sont de législation américaine. Des signalisations routières américaines sont utilisées à la place des signalisations danoises. Un Danois qui travaille dans la base de Thulé doit être en possession d'un permis de conduire américain. L'armée américaine gère les services des bus et des taxis, garde de façon stricte la base et y empêchent tout accès. L'arrêt dite *Thule Air Base Traffic Offence*<sup>572</sup> conclut que ni la législation routière du Groenland, ni la législation routière danoise ne s'appliquait à la base de Thulé. En revanche, la *Eastern Provincial Court* danoise a décidé dans l'arrêt dite *Faroe Islands Traffic Offences*<sup>573</sup> que la loi de circulation danoise est applicable dans les îles Faroe où il n'y a pas de base militaire américaine.

Les citoyens danois travaillant ou vivant sur la base militaire de Thulé sont cependant soumis à la loi et juridiction danoise. Le Ministère danois pour le Groenland a certifié dans le dossier « *Thule Air Base Traffic Offence* » que les citoyens danois vivant dans les zones militaires américano-danoises étaient soumis à la juridiction danoise. La *Groenland Provincial Court* l'a également confirmé lorsqu'elle a décidé en date du 28 janvier 1981, dans l'affaire *Larsen, Petersen, Lise et Andersen v. Self-Governing Province of*

---

<sup>571</sup> Ibid.

<sup>572</sup> Affaire N° 16-107/1981 rapporté dans *l'International Law Reports*, Lauterpacht et Greenwood, Cambridge, Grotius Publications Ltd 1993, 263.

<sup>573</sup> Décision N°17-463 1980 Ibid.

*Groenland*<sup>574</sup> que la loi de taxation danoise est applicable aux Danois vivant et travaillant sur la base de Thulé<sup>575</sup>.

## **SECTION II – PLAIDOIRIE DES CHAGOSSIENS DEVANT LES COURS BRITANNIQUES ET AMERICAINES**

Nous avons montré dans le chapitre 3 du Titre 1 que les Chagossiens ont été expulsés de leur terre natale depuis les années 1960 jusqu'au début des années 1970. Cette section s'attellera à présenter des procès qui ont eu lieu dans des cours locales anglaises de Londres, visant à réclamer le droit des Chagossiens à rentrer chez eux et à recevoir des réparations sous forme de compensations financières. Nous parlerons aussi brièvement de la décision qui a eu lieu en Amérique.

### ***PARAGRAPHE I - Plaidoirie des Chagossiens devant les Cours britanniques***

Les Chagossiens sont parvenus à plaider devant les cours britanniques car ils ont la double nationalité britannique et mauricienne. Même si le maintien de leur nationalité britannique était « secrètement » gardé par les fonctionnaires britanniques dans une apparente tentative de faire passer la responsabilité politique de leur bien-être au Gouvernement mauricien, ceci s'est révélé très utile aux Chagossiens. S'ils n'avaient pas eu cette double nationalité, ils auraient probablement eu très peu de chance d'amener leur plainte devant les Cours britanniques, et l'on sait que les décisions dans les Cours mauriciennes auraient eu très peu d'impact.

---

<sup>574</sup> Décision N°3-213/1981 Ibid.

<sup>575</sup> Ibid.



Traditionnellement, lorsque les pays accèdent à l'indépendance, les citoyens des anciennes colonies cessent d'être citoyens de l'ancienne métropole et les lois coloniales cessent d'être en vigueur. Dans le cas des Chagossiens vivant à l'Île Maurice, ils ont conservé la nationalité du Royaume-Uni et des colonies à travers l'insertion, à l'insu des politiciens mauriciens à l'époque, de la Section 3 du *Mauritius Independence Act* de 1968<sup>576</sup>. La Section 3 « *Maintien de la citoyenneté britannique et des colonies par certains citoyens mauriciens : ...une personne ne devrait pas cesser d'être citoyen du Royaume-Uni et des Colonies ... si elle, son père ou le père de son père –(...)* »<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Le *Mauritius Independence Act 1968* entra en vigueur le 20 février 1969

<sup>577</sup> Section 3 dit:

« *Maintien de la citoyenneté britannique et des colonies par certains citoyens mauriciens : ...une personne ne devrait pas cesser d'être citoyen du Royaume-Uni et des Colonies ... si elle, son père ou le père de son père -*

- (a) *Était né dans le Royaume-Uni ou une colonie ou un Etat Associé ; ou...*
- (b) *Est ou était une personne naturalisé dans le Royaume-Uni et ses colonies ; ou*
- (c) *Était enregistré comme citoyen du Royaume-Uni et ses colonies ; ou*
- (d) *Est devenu un sujet du Royaume-Uni suite à l'annexion d'un territoire inclus dans une colonie*
- (2) *Une personne ne devrait pas cesser d'être citoyen du Royaume-Uni sous ladite section (2) si :*
  - (a) *Elle était née dans un protectorat ou un Etat protégé, ou*
  - (b) *Son père ou le père de son père était n'était né et est ou était à un certain moment sujet britannique.*
- (3) *Une femme qui est l'épouse d'un citoyen du Royaume-Uni et des Colonies ne peut pas cesser d'être citoyenne britannique sous la section 2(2) à moins que son mari n'en fasse autant.*
- (4) *Sujet à la sous-section (5) de cette section, la référence dans la sous-section (1)(b) de cette section à une personne naturalisée dans le Royaume-Uni et ses colonies devrait inclure une personne qui, si vivant immédiatement avant le British Nationality Act 1948, serait devenue une personne naturalisée dans le Royaume-Uni et ses colonies en vertu de la section 32(6) de cette loi (personne ayant reçu la naturalisation dans les colonies avant cette loi)*
- (5) *Dans cette section -*
  - (a) *Les références à une colonie devraient être interprétées comme non inclusive de tout territoire qui, au jour désigné, n'est pas une colonie selon le British Nationality Act 1948 puisque la loi entre en vigueur ce jour, et conformément n'inclut l'Etat de l'Île Maurice, et*
  - (b) *Les références à un protectorat ou un Etat protégé devraient être interprétées comme non inclusive de tout territoire qui, au jour désigné, n'est pas un protectorat ou un Etat Protégé (selon le cas) dans le cadre de l'Acte puisque il entre en vigueur ce jour ;*

Et la sous-section (1) ne devrait pas s'appliquer à toute personne en vertu d'un certificat de naturalisation accordé ou enregistrement effectué par le gouverneur ou le gouvernement d'un territoire qui en vertu de cette sous-section exclut les références dans cette section à une colonie, protectorat ou Etat protégé.

Tous les Chagossiens vivant à la fois à Maurice et aux Seychelles ont une double nationalité. Ils sont citoyens britanniques selon le *British Overseas Territories Act* de 2002, qui fut émis le 21 mai 2002. Le document renomme les « Citoyens Britanniques des Territoires Dépendants » sous la nouvelle appellation « Citoyens Britanniques des Territoires Outre-mer ». Le document donne aux Chagossiens le droit de demeurer au Royaume-Uni. Un petit nombre d'entre eux vivent aujourd'hui au Royaume-Uni mais continuent à affirmer leur droit de rentrer à Chagos, soutenant totalement les décisions amenées devant les Cours britanniques, et contestant leur exil continu et forcé.

#### **A- Le procès de Vencatessen**

En février 1975, M. Vencatessen intenta un procès contre le Gouvernement britannique [(relativement au droit commercial et au droit des torts (délits)] pour les dommages dont il estime avoir souffert à cause de son expulsion de l'archipel des Chagos. Cette plainte fut déposée par accord en date du 8 octobre 1982, afin de régler le problème par voie de négociations en 1977 entre M. Vencatessen (représenté par son avocat, M. Bernard Sheridan), le Gouvernement britannique et le reste des Chagossiens vivant à l'Île Maurice, pour en finir avec le litige et aboutir à une résolution en dehors de la Cour, pour le bénéfice tout le peuple chagossien.

En date du 4 avril 1972, l'Île Maurice reconnut avoir reçu la somme de 650.000 Livres Sterling « pour le coût du programme de réinstallation des personnes *déplacées* de Chagos » de la part du Gouvernement britannique<sup>578</sup>. Le montant était dit être en décharge totale et définitive du Gouvernement britannique pour le déplacement des Chagossiens suivant l'accord entre les Gouvernements britannique et américain. Cette

---

(6) La partie III du British Nationality Act 1948 (disposition supplémentaire) en vigueur à l'adoption de cette loi prendra effet dans le cadre de cette section comme si cette section était incluse dans cet loi.

<sup>578</sup> Rapport sur le *Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago* Annexe P, p. 63.

somme de 650.000 Livres Sterling était en effet ce que le Gouvernement britannique avait prévu de rendre disponible depuis longtemps pour un programme de réinstallation par la création d'une porcherie, non pas pour prendre la responsabilité de la réinstallation des Chagossiens, mais seulement pour « assister » le Gouvernement mauricien à prendre cette responsabilité. Après quelques retards, la somme fut seulement redistribuée à partir de 1978, dix ans après que certaines des personnes qui avaient volontairement quitté l'archipel des Chagos au début des années soixante, furent empêchés d'y retourner.

En mai 1976, M. A.R.G. Prosser, Conseiller sur le développement social au ministère du développement d'outre-mer, élabora un rapport sur la réinstallation des Chagossiens à Maurice, suggérant qu'ils soient intégrés dans la société mauricienne<sup>579</sup>.

En janvier 1978, la somme de 650.000 Livres Sterling, plus les intérêts, comme convenu en 1972, fut versée à 595 familles. Des négociations sur des compensations supplémentaires commencèrent car la somme était jugée inadéquate, vu que cela faisait déjà 10 ans que le premier bateau rempli de Chagossiens avait débarqué à l'Île Maurice, sans aucune disposition relative à leur logement, ni à leur bien-être. Ils avaient tout laissé dans l'archipel des Chagos. Ces négociations eurent lieu entre les représentants de la communauté chagossienne, ceux du Gouvernement mauricien, ainsi que ceux du Gouvernement britannique, et durèrent de 1979 à 1981 sans grand succès.

Cependant, un accord fut atteint en mars 1982, pour une compensation supplémentaire de 4 millions de Livres Sterling ainsi qu'une terre ayant la valeur d'un million de Livres Sterling, en faveur de la communauté chagossienne. En juillet 1982, un accord fut signé sous la forme d'échange de notes entre les Gouvernements britannique et mauricien pour la provision des fonds. Le Conseil du Trust des Fonds Ilois (ITFB: *Ilois*

---

<sup>579</sup> Ibid., Annexe Z, p. 74.

*Trust Funds Board*) fut créé avec la responsabilité de distribuer les fonds. En octobre 1982, le peuple chagossien, plus spécifiquement M. Vencatessen, accepta de renoncer à l'action judiciaire en faveur du règlement négocié. L'ITFB distribua les fonds aux Chagossiens vivant à Maurice en 1983, ceux vivant aux Seychelles ne reçurent rien.

L'accord entre les Gouvernements mauricien et britannique, intitulé « Echanges de Notes », avait pour objectif de mettre les fonds à la disposition des Chagossiens. Il fut signé « sans préjudice » du droit du Gouvernement britannique à nier qu'il était responsable de l'expulsion forcée et de l'exil des Chagossiens, et visait à décharger le Gouvernement britannique de toute autre responsabilité envers leur bien-être une fois que les fonds convenus seraient reçus par les Chagossiens et que ces derniers auraient signé les formulaires d'annulation à cet effet.

Les premières parties de « l'accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de la Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord et le Gouvernement de Maurice concernant les Ilois »<sup>580</sup> fait référence au « départ ou expulsion » des Ilois de l'archipel des Chagos ainsi qu'à leur autorisation de rentrer à l'archipel des Chagos. Le texte déclare :

Le Gouvernement du Royaume-Uni de la Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord (ci-dessous nommé « Gouvernement britannique ») et le Gouvernement mauricien,

Dans le but de régler certains problèmes qui ont été soulevés en rapport avec les Ilois qui se sont rendus vers l'île Maurice à leur départ ou à leur expulsion de l'archipel des Chagos après novembre 1965 (ci-dessous nommés « les Ilois »)

Dans le but d'assister lors de la réinstallation des Ilois à l'île Maurice en tant que membres durables de la communauté,

---

<sup>580</sup> Daté du 7 juillet 1982, Cmnd 8785 Treaty Series (Mauritius) No 6 (1983), with Amending Exchange of Notes, le 26 octobre 1982, Port Louis

Prenant note que le Gouvernement mauricien s'est engagé auprès des Ilois à s'investir absolument dans le Conseil d'Administration établi sous l'Article 7 de cet accord, et dans un délai d'une année à partir de l'entrée en vigueur de cet accord, à accorder une terre d'une valeur d'un million de Livres Sterling (1.000.000£) à partir du 31 mars 1982 au bénéfice des Ilois et de la communauté iloise dans l'Île Maurice,

Se sont mis d'accord sur ce qui suit :

#### Article 1

Le Gouvernement britannique payera ex gratta, sans admission de responsabilité de la part du Gouvernement mauricien, au nom et pour les Ilois ainsi que la communauté iloise vivant à l'Île Maurice conformément à l'Article 7 de cet accord, la somme de quatre (4) millions de Livres Sterling qui, pris en considération avec la somme de 650.000 Livres Sterling déjà payée au Gouvernement mauricien, sera en règlement final et total de toutes les revendications quelles qu'elles soient de la nature à laquelle il est fait référence dans l'Article 2 de cet accord contre le Gouvernement britannique par et au nom des Ilois.

#### Article 2

Les revendications auxquelles il est fait référence dans l'Article 1 de cet accord sont uniquement des revendications par et au nom des Ilois résultant de :

- (a) Tous les actes, problèmes ou objets faits ou découlant de l'ordre du *BIOT* de 1965, incluant la fermeture des plantations dans l'archipel des Chagos, le départ et *l'expulsion de ceux qui vivaient et travaillaient dans les îles*, l'arrêt de leur contrats, leur transfert et réinstallation à l'Île Maurice et la prévention de leur retour à l'archipel des Chagos (ci-dessous désignés par « les événements »), et
- (b) Tous les incidents, faits ou situations, soit passés, présents ou futurs, intervenus au cours des événements résultant « des événements' ». (Emphase supplémentaire).

Le Gouvernement britannique a tenté d'empêcher les Chagossiens de faire toute revendication relative à leur expulsion. La responsabilité de ces actes fut rejetée sur le Gouvernement mauricien. L'Article 4 de l'accord de 1982 déclare :

#### Article 4

Le Gouvernement mauricien devra faire usage de ses meilleurs moyens pour obtenir de tous les membres de la communauté iloise vivant à l'Île Maurice une renonciation signée des revendications auxquelles il est fait référence dans l'Article 2 de cet accord, et devra tenir ces renonciations à la disponibilité du Gouvernement britannique.

Certains Chagossiens ont signé ces formulaires de renonciation au moment de la réception de la compensation financière dans les années 1980. La question de savoir s'ils savaient réellement ce à quoi ils s'engageaient en signant ces formulaires fit partie des sujets débattus lors de l'affaire *Chagos Islanders v. the Attorney General, Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commission*.

### **B- Les affaires Bancoult**

Les Chagossiens ont utilisé des stratégies légales diverses. L'arrêt par la Haute Cour de Londres en date du 3 novembre 2000 dans *Bancoult (1)* fut prise relativement à la loi administrative. La Cour déclara l'*ordonnance* sur l'Immigration du *BIOT* de 1971 qui fut utilisée pour exiler les Chagossiens comme *ultra vires*, outrepassait les pouvoirs du commissaire du *BIOT* qui sont de faire passer des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement ». Confiants après les résultats du 3 novembre 2000, les Chagossiens introduiront une autre affaire, *Chagos Islanders* en 2003, comme poursuite civile basée notamment sur les torts, les violations des droits de l'homme, et les méfaits du bureau public. Le procès se tenait pour obtenir des compensations financières supplémentaires

en raison de leur expulsion forcée et de leur exil vers la fin des années soixante et le début des années soixante-dix. Ils ont perdu le procès, le juge Ouseley ayant conclu que les Chagossiens ont reçu des compensations convenables et que lorsqu'ils ont signé les formulaires d'annulation au moment de recevoir la compensation, ils ont déchargé le Royaume-Uni de toute responsabilité supplémentaire pour leur condition économique provenant de leur déplacement forcé et de leur exil.

Après que la Reine fit passer les ordonnances prises en Conseil privé sur l'immigration et la constitution du *BIOT* de 2004, les Chagossiens ont effectué une demande, selon la loi administrative, pour obtenir une révision juridique de l'ordre du *BIOT* de 2004 sur l'Immigration et de l'ordre du *BIOT* de 2004 sur la constitution du *BIOT*. Le juge Hooper décida dans l'affaire *Bancoult (2)* que la prérogative royale est justiciable, signifiant qu'elle peut être soumise à une révision juridique. Il a par ailleurs soutenu que la prérogative royale n'est pas illimitée et qu'elle ne peut pas être utilisée pour exiler une population entière en dehors des territoires de la Couronne britannique.

Le Gouvernement britannique a fait appel auprès de la *Chambre des Lords* qui a rendu sa décision le 22 octobre 2008 dans l'arrêt de *Bancoult (4)*. Elle reconnut que le BIOT est un territoire non autonome et que sa population fut déplacée pour s'assurer que le Royaume-Uni n'a pas l'obligation de garantir le bien-être de celle-ci conformément à l'Article 73. Cet Article n'exigerait également que le Royaume-Uni promoteur l'autonomie de Gouvernement sur le territoire<sup>581</sup>. La *Chambre des Lords* déclara qu'au moment de l'établissement de la base militaire américaine de Diego Garcia et du déplacement *manu militari* de sa population permanente, le Royaume avait des raisons pertinentes de craindre que l'Union Soviétique et le mouvement des non-alignés utilisent la présence d'une population permanente sur l'archipel des Chagos pour bloquer la construction d'une base militaire à Diego Garcia.

---

<sup>581</sup> *Bancoult (4)*, Paragraphe 10.

Bien que la *Chambre des Lords* admit que les conditions déplorable dans lesquelles les Chagossiens furent exclus de leur territoire et déplacés en Ile Maurice étaient injustifiables, elle ajouta néanmoins que il n'est donc plus nécessaire de révoquer la décision politique de 1968 qui était basée sur les considérations de défense et de politique étrangères de l'époque<sup>582</sup>. La *Chambre des Lords* soutint qu'en toute circonstance les questions de défense et de politique étrangères sont la prérogative de la branche exécutive du Gouvernement et non celle du parlement. Elle a affirmé que la Reine, devant les membres du *Conseil Privé (Privy Council)*, peut légiférer par ordre de conseil pour les colonies sans concurrence de la part du parlement. Surtout lorsque la colonie fut acquise par cession ou par conquête.

#### *1<sup>o</sup> L'affaire Bancoult (1)*

L'arrêt de l'affaire *Bancoult (1)* jugée relativement à la loi administrative, fut rendu en date du 3 novembre 2000. L'enjeu était la légalité de la section 4 de l'*ordonnance* sur l'Immigration du *BIOT* de 1971, la question étant de savoir si les dispositions de l'*ordonnance* pouvaient réellement être considérées comme étant pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » du *BIOT* comme requis par la section 11 de l'*ordonnance*. Le juge Laws décida que l'*ordonnance* sur l'Immigration de 1971 était *ultra vires* des pouvoirs du commissaire du *BIOT*, en particulier dans sa section 4.

Le juge Laws retint que:

« La section 4 de l'*ordonnance* [du *BIOT* sur l'Immigration de 1971] exile de façon effective les Ilois du territoire dont ils sont originaires et leur interdit d'y retourner. Mais « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » de tout territoire ne signifie rien si ce n'est en référence à sa population. Ils sont censés être gouvernés et non expulsés... [L'exclusion des personnes] a été faite pour des raisons hautement

---

<sup>582</sup> Ibid., Paragraphe 53.



politiques : certainement de bonnes raisons, dictées par des considérations pressantes de sécurité militaire. Mais elles ne sont pas des raisons dont on peut raisonnablement dire qu'elle touche « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » du *BIOT*, et dans mon jugement il en va ainsi, que le test soit vérifié en droit public ou en droit national, comme l'illustre la doctrine de *Wednesbury*, ou dans une approche plus ou moins importune »<sup>583</sup>.

Quant au pouvoir du commissaire du *BIOT* de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » de ce territoire, le juge Laws retint:

« Les autorités démontrent qu'au-delà de toute possibilité de discussion, une législation coloniale, investie du pouvoir de faire la loi pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » de son territoire est le seul juge de ce que ces considérations requièrent effectivement. Elle n'est pas tenue de respecter les préceptes du droit commun et des traditions anglaises des traitements lointains. Cette conclusion concorde avec les cas sur le *Colonial Laws Validity Act* de 1865, dont je me suis occupé. Mais l'autorité de la législation coloniale n'est pas entièrement illimitée. La paix, l'ordre et le bon Gouvernement peuvent être une très large tapisserie, mais toute tapisserie à un bord. »<sup>584</sup>

Le dossier commença en 1998 avec une demande d'autorisation accordée aux Chagossiens de visiter l'archipel des Chagos. Le Gouvernement britannique leur refusa la permission, se basant sur plusieurs facteurs, l'un d'eux étant que les journalistes ne devraient pas les y accompagner. Lorsque les documents préalablement classés secrets, concernant l'établissement du *BIOT* devinrent documents publics, après trente ans, les Chagossiens déposèrent alors une demande pour la révision juridique de l'*ordonnance* du *BIOT* sur l'Immigration de 1971, qu'ils revendiquent comme les ayant effectivement

---

<sup>583</sup> Affaire *Bancoult* (1) paragraphe 57.

<sup>584</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 127 citant l'affaire *Bancoult* (1) paragraphe 55.

exilés en exigeant qu'ils soient en possession d'un permis délivré par le commissaire du *BIOT* pour rester sur le territoire de Chagos. Ils ont spécifiquement attaqué les sections 4 et 11 de l'*ordonnance* du *BIOT* sur l'Immigration de 1971, qui conféraient au commissaire du *BIOT* le droit de déporter toute personne qui ne soit pas en possession d'un permis délivré par le commissaire du *BIOT*, conformément à la même ordonnance. Bien évidemment, les Chagossiens n'obtinrent aucun permis, et devinrent illégaux sur leur propre territoire, avant d'être déportés entre 1968 et 1973.

Dans le même verdict de *Bancoult (1)*, le Gouvernement britannique sortit la quatrième ordonnance du *BIOT* de 2000, dont la section 4 prévoit :

« 4(1) Personne ne devrait entrer sur le territoire ou y demeurer s'il s'y trouve déjà, à moins d'être en possession d'un permis délivré sous la section 6 ou si son nom est mentionné sur un permis selon la section 8.

(2) Cette section ne s'applique pas aux membres des forces de Sa Majesté, ou aux fonctionnaires publics, ou aux employés des services publics du Gouvernement britannique pendant leur service, ou à toute autre personne tel que prescrit.

(3) A l'exception de son entrée ou sa résidence sur Diego Garcia, cette section ne s'applique pas à toute personne qui :

(a) Est, conformément au British Nationality Act de 1981,... un citoyen des territoires dépendants du Royaume-Uni et ;

(b) Un tel citoyen en vertu de son lien avec le territoire ; et elle ne s'applique non plus à l'époux (se) ou à l'enfant à charge (sic) de moins de 18 ans d'une telle personne ».

L'optimisme exprimé par *le juge Laws* dans le verdict de *Bancoult (1)* sur le fait que la branche exécutive du Gouvernement britannique « a illustré [dans sa conduite du dossier] une haute tradition de coopération entre l'Exécutif et le Judiciaire dans le

respect et le maintien de la loi »<sup>585</sup> fut cependant de courte durée. Après l'arrêt de *Bancoult* (1), en date du 3 novembre 2000, selon lequel l'expulsion des Chagossiens avait été illégal à cause du manque d'autorité statutaire pour conduire les expulsions, le Gouvernement britannique annonça qu'il ne ferait pas appel, déclarant que « le Gouvernement n'a pas à défendre ce qui a été fait ou dit trente ans avant. Comme Lord Laws l'admettait, « nous n'avons pas tenté de dissimuler la gravité de ce qui s'est passé ». Je me réjouis qu'il ait loué la conduite entièrement admirable [du Gouvernement britannique] qui a accordé l'accès à certains documents à la Cour, ainsi que l'ouverture actuelle du Bureau des Affaires Etrangères »<sup>586</sup>. Le Gouvernement britannique commanda alors une étude de faisabilité sur l'éventualité de réinstaller les Chagossiens dans l'archipel des Chagos. Le premier rapport fut produit le 20 juin 2002, suivi par la Phase 2B en date du 10 juillet 2002. Les résultats de cette étude de faisabilité furent utilisés pour justifier l'adoption de le décret-loi sur le *BIOT*, annulant le verdict de *Bancoult* (1).

(a) *La Reine annule l'arrêt de Bancoult (1)*

Alors que les Chagossiens s'attendaient à ce que le Gouvernement britannique les informe des plans concrets de retour dans leur archipel, particulièrement à cause de l'engagement du Gouvernement à travers son Secrétaire Robin Cook, qu'il n'y aurait pas d'appel au jugement de l'affaire *Bancoult* (1), un événement totalement inattendu s'en est survenu. Le bureau britannique des affaires étrangères et du *Commonwealth* (*Foreign and Commonwealth Office : FCO*) a tenu une conférence de presse en date du 15 juin 2004, informant le public britannique que deux décrets-lois, en l'occurrence l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 ainsi que l'ordonnance de 2004 sur l'immigration dans le *BIOT*, avaient été votés le 10 juin 2004.

---

<sup>585</sup> Affaire *Bancoult* (1) paragraphe 63.

<sup>586</sup> Déclaration du Secrétaire Britannique, R. COOK, le jour de l'annonce du verdict sur l'affaire *Bancoult* (1) le 3 Novembre 2000 cité dans l'affaire *Bancoult* (2) au paragraphe 81 et l'affaire *Bancoult* (3) au paragraphe 8.

Le Secrétaire du *FCO*, qui a fait la déclaration, annonça que selon les résultats de l'étude de faisabilité conduite, le Gouvernement britannique ne pouvait pas les laisser rentrer sur le *BIOT* à cause de considérations climatiques, ainsi que du fait que le monde avait changé depuis les attaques terroristes sur les Etats-Unis en le 11 septembre 2001. Il déclare également que le Gouvernement américain insistait pour qu'il n'y ait aucune population civile sur les îles de l'archipel des Chagos. La déclaration disait en partie:

« De la même manière, la restauration du plein contrôle d'immigration du territoire entier est nécessaire pour assurer et maintenir la disponibilité et l'utilisation efficace du territoire pour la défense, pour laquelle le fait a été constitué et mis de côté selon les engagements du traité du Royaume-Uni écrits il y a presque 40 ans. A la lumière des développements récents dans le contexte de la sécurité internationale depuis le jugement de novembre 2000, c'est un facteur dont l'importance particulière a dû être indiquée »<sup>587</sup>.

La raison donnée pour cette prise d'action extraordinaire était le résultat de l'étude de faisabilité qui se prononçait contre une réinstallation à long terme sur les îles de l'archipel des Chagos, à cause des changements de climat. La déclaration du Secrétaire d'Etat Adjoint de *FCO* citait les passages suivants du rapport de l'étude de faisabilité:

« (...) alors qu'il peut être plausible de reclasser les îles à court terme, les coûts de maintien des habitations à long terme sont susceptibles d'être prohibitifs. Même à court terme, les catastrophes naturelles telles que l'inondation périodique, les orages et l'activité sismique sont susceptibles de rendre la vie difficile à une population humaine... l'ingérence humaine dans les atolls, toutefois bien contrôlée, est

---

<sup>587</sup> Déclaration ministérielle écrite du *FCO*, p. 2 de 15 juin 2004, introduit par le Secrétaire d'Etat Adjoint pour le *FCO*, M. Bill RAMMELL mentionne dans la décision de *Bancoult (2)*.

susceptible d'aggraver la pression sur l'environnement marin et terrestre et accélérera les effets du réchauffement climatique. La réinstallation est susceptible de devenir de moins en moins praticable avec le temps »<sup>588</sup>.

Le rapport de l'étude de faisabilité déclare que la raison principale pour laquelle la réinstallation sur les îles de l'archipel était impossible, relevait des changements climatiques :

« (...) [L]e principal problème auquel ferait face une population réinstallée sur les îles de basse terre seront des événements d'inondation, qui sont susceptibles d'augmenter dans la périodicité et l'intensité, et menaceront non seulement l'infrastructure, mais également les couches aquifères d'eau douce et la production agricole. Des événements graves peuvent même menacer la vie ».

Des exemples étaient donnés comme les possibilités d'épisodes de tremblements de terre et de *tsunamis*. Malgré la basse altitude, le point le plus élevé étant seulement à 15 mètres au-dessus du niveau de la mer sur Diego Garcia<sup>589</sup>, l'archipel des Chagos n'a pas été touché par les récents *tsunamis* de décembre 2004 qui ont causé de sérieuses dévastations en Asie. Il n'y a aucune archive ou information sur le moindre tremblement de terre récent ayant touché l'archipel des Chagos dans le passé récent. La revendication de possibilités d'inondations et de submersion des îles ne peut pas être justifiée au regard des milliards de dollars que le Gouvernement américain dépense sur la base militaire de Diego Garcia. L'archipel des Chagos se trouve dans la partie de l'océan

---

<sup>588</sup> Ibid. L'étude de faisabilité a été faite dans les bureaux, sans une seule descente sur terrain. Contrairement aux usages courants en cas de populations touchées, aucun des Chagossiens n'a été consulté.

<sup>589</sup> D. VINE, *Empire's Footprint*, 58

Indien où les cyclones ne frappent que rarement, car c'est là même qu'ils se forment. Le dernier cyclone à avoir frappé l'Archipel a été enregistré en 1891<sup>590</sup>.

Si cette conclusion était raisonnable, le Gouvernement américain ne serait pas en train de dépenser d'aussi grosses sommes d'argent sur la base militaire installée dans une région où des conditions climatiques menacent infrastructures et vies humaines. En outre, la revendication selon laquelle il y a de fortes possibilités de rupture d'approvisionnement en eau fraîche ne concorde pas avec le fait que les Chagossiens y ont vécu pendant plus de cinq générations. Il semble qu'ils puisaient de l'eau dans des puits et qu'ils utilisaient aussi des techniques de collecte d'eau de pluie<sup>591</sup>. Par ailleurs, il y a encore des habitants humains sur les îles, des militaires et des travailleurs sur contrats, qui jusque là n'ont jamais souffert de rupture de réserve en eau fraîche. Pendant toute la durée de l'étude de faisabilité, pas un seul Chagossien n'a été consulté.

La déclaration du Secrétaire d'Etat Adjoint de *FCO* affirme aussi que l'archipel des Chagos ne serait pas capable de soutenir des installations humaines à long terme. Pourtant, il y a au moins 4000 militaires et travailleurs sur contrat sur les îles à tout moment. En plus de cela, les Chagossiens ont vécu pendant plus de cinq générations sur les îles avant leur expulsion forcée. La décision du Royaume-Uni d'étendre la loi des Nations Unies sur la loi maritime de 1982 au *BIOT* en 1997 contredit également la notion selon laquelle l'archipel des Chagos n'est pas en mesure d'héberger des installations humaines. Le Royaume-Uni a revendiqué 200 miles de zone maritime autour du *BIOT* en 1991 et en 2003 relativement à l'Article 121 de la Convention de 1982. Des revendications de cette nature peuvent uniquement se faire en cas d'îles pouvant « héberger des habitations humaines ou une vie économique qui leur soit propre ». Par conséquent, en 1991 le Royaume-Uni considérait l'archipel des Chagos

---

<sup>590</sup> Ibid.

<sup>591</sup> Ibid.

comme pouvant héberger des habitations humaines. Ceci nous amène à maintenir l'argument que les îles étaient habitées dans les 1960.

La déclaration écrite conclut que le Gouvernement du Royaume-Uni considère qu'il n'y aurait aucune raison de commander une autre étude de faisabilité sur la réinstallation et « qu'il serait impossible pour le Gouvernement de promouvoir ou même de permettre à la réinstallation d'avoir lieu ». La déclaration affirme également que l'effet combiné des décrets-lois de 2004 remettait la légalité à la situation existante avant la décision de la haute Cour du 3 novembre 2000 dans la décision de *Bancoult* (1), signifiant que les Chagossiens n'avaient le droit de rentrer, contrairement au verdict de *Bancoult* (1), contre lequel le Gouvernement britannique n'avait pas fait appel. Un peu trop pour ce que le juge Laws avait noté dans *Bancoult* (1) comme « une haute tradition de coopération entre l'Exécutif et le Judiciaire, la pratique judiciaire et le maintien du règne de la loi ». La déclaration par le Secrétaire d'Etat Adjoint précise que le décret-loi de la constitution du *BIOT* de 2004 mettait les choses en stipulant que, selon les principes de la constitution, personne n'avait le droit de demeurer sur le territoire. Ceci implique que le *BIOT* est un territoire sans population, chose qui lui est unique.

L'effet des décrets-lois de 2004 a été de sous-estimer sérieusement le rôle du Judiciaire, en ce sens que sa décision fut annulée, utilisant une mesure prise en dehors de tout contrôle publique. La législation ordinaire est soumise au pouvoir législatif et débattu en public avant d'être votée. Les membres des partis d'opposition ont normalement la possibilité de participer au processus. Au contraire, les décrets-lois ne sont pas débattus, ni discutés au Parlement. Au lieu de cela, quelques membres du cabinet se réunissent avec la Reine au sein du Conseil privé (*Privy Council*), et par conséquent, tout ce qu'il faut pour que l'ordre soit adopté est qu'il soit mentionné par

son nom et que la Reine annonce son « consentement » au vote<sup>592</sup>. Pour ce faire, la Reine ne peut compter que sur les conseils des ministres concernés. Dans le cas des décrets-lois de 2004 sur le *BIOT*, il s'agissait du Secrétaire d'Etat de *FCO*. La source du pouvoir à faire passer les décrets-lois relève de la prérogative royale.

Le 7 juillet 2004, le Secrétaire Adjoint Permanent a dit ce qui suit au cours d'un débat à la *House of Commons* :

« Le jugement, qui a été prononcé en novembre 2000, a soutenu que les dispositions de l'ordonnance 1971 étaient inadmissibles dans la mesure où elle a exclu les Chagossiens de la totalité du territoire. À cette étape, le Gouvernement ayant décidé d'accepter la conclusion et de ne pas faire d'appel, l'ordonnance 1971 a été remplacée par un nouvel accord, lequel a permis au Chagossiens de rentrer et de résider dans n'importe quelle partie du territoire, excepté Diego Garcia pour des raisons militaires. Une question raisonnable aurait été « ce qui a changé depuis » qui est une question légitime à laquelle j'essayerai de répondre.

Étant donné que la réinstallation n'est pas faisable, le Gouvernement a décidé après un examen long et soigneux, ce qui fut véritablement le cas, de légiférer pour l'empêcher. En outre, même si la législation pour reconstituer le plein contrôle d'immigration du territoire entier est également nécessaire, je ne prétendrais pas nous affranchir de la responsabilité de ceci afin d'assurer et maintenir la disponibilité et l'utilisation efficace du territoire à des fins militaires pour lesquelles il a été constitué et mis de côté selon les engagements du traité avec le Royaume-Uni vieux de presque 40 ans.

---

<sup>592</sup> Le juge Hooper dans *Bancoult (2)* paragraphe 5 note qu'il était aussi par coïncidence présent à la réunion au cours de laquelle la Reine donna son approbation de l'ordre de la constitution du *BIOT* de 2004 ainsi que celui de l'Immigration.



*i) L'Ordonnance relative à la constitution du BIOT de 2004*

En ce qui concerne la négation des droits de l'homme des Chagossiens, la section 9 de l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 est l'exemple le plus frappant. Il prend particulièrement en compte l'instrument choisi pour atteindre l'objectif d'empêcher les Chagossiens de rentrer. Son effet est aussi d'infirmier de façon rétroactive tous droits que les Chagossiens avaient réussi à établir à travers des procédures judiciaires, notamment le verdict dans l'affaire *Bancoult* (1), en novembre 2000. Section 9 de l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 stipule :

Pas de droit de demeure dans le territoire

« (1) Vu que le territoire est considéré comme ayant été mis à la disponibilité des Gouvernements américain et britannique pour un usage militaire, nul n'a le droit de demeurer sur le territoire.

(2) Conformément à cela, nul n'a le droit d'entrer ou d'être présent sur le territoire, à l'exception d'une autorisation par ou selon cette ordonnance, ou toute autre loi en vigueur en ce moment dans le territoire ».

Alors que la section 11 de l'ordonnance sur l'immigration du *BIOT* de 1971 donnait au commissaire du *BIOT* le pouvoir de créer des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » du *BIOT*, l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 donnait ce genre de pouvoir à la Reine. Ceci avait probablement pour intention d'échapper au jugement de *Bancoult* (1) qui jugeait que l'ordonnance sur l'immigration du *BIOT* de 1971 ne donnait pas au commissaire du *BIOT* le pouvoir d'exiler les Chagossiens. Par ailleurs l'ordonnance sur l'immigration de 1971 avait été établie par le commissaire du *BIOT*, tandis que l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 avait été établie par la Reine sous la forme d'un décret-loi. La section 15 (1) de l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 dit :

« Pouvoirs réservés à Sa Majesté

15(1) Il est ainsi réservé à Sa Majesté le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon Gouvernement du territoire, et il est ainsi déclaré, sans préjudice à la généralité de cette expression mais pour éviter tout doute que -

(a) Toutes lois établies par Sa Majesté dans l'exercice de ce pouvoir peuvent prendre toutes les dispositions que Sa Majesté considère avantageuses pour ou en connexion avec l'administration du territoire ; et

(b) Aucune disposition de ce genre ne sera jugée invalide, à l'exception du cas où elle serait incompatible avec le statut du territoire en tant que territoire britannique d'outre-mer ou si prévu autrement par le Colonial Laws Validity Act 1865 »

De façon similaire à la Section 4 de l'*ordonnance* sur l'Immigration du *BIOT* de 1971, l'*ordonnance* relative à la constitution du *BIOT* de 2004 donne aussi aux fonctionnaires publics du *BIOT* le pouvoir de réguler l'entrée sur le territoire et d'effectuer l'expulsion de toute personne dont la présence est jugée non autorisée ou n'ayant pas de permis. De façon significative, l'ordre de la constitution du *BIOT* va plus loin en autorisant l'usage « raisonnable » de la force afin d'effectuer l'expulsion. La section 15(2) de l'ordre de la constitution du *BIOT* de 2004 dit:

« L'interdiction et la pénalisation d'une entrée non autorisée ou d'une présence non autorisée sur le territoire, *pour la prévention de telle entrée sur le territoire et pour l'expulsion du territoire de toute personne dont la présence sur le territoire est non autorisée*, et pour renforcer la capacité des fonctionnaires publics à imposer cette prévention ou, comme ce pourrait être le cas, pour une telle expulsion (y compris par l'usage de la force requise selon les cas) » (Emphase supplémentaire)

ii) *L'Ordonnance sur l'immigration dans le BIOT de 2004*

L'ordonnance sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 a abrogé l'ordonnance sur l'immigration qui avait été établi le jour du verdict de *Bancoult* (1) en date du 3 novembre 2000, lequel avait jugé que l'ordonnance sur l'immigration du *BIOT* de 1971 était *ultra vires*. La section 5(1) déclare que « personne ne va entrer sur le territoire ou y être présent à moins qu'il soit en possession d'un permis », alors que l'Article 6 juge que les membres du personnel des entrepreneurs ayant des contrats sur les îles ont automatiquement un permis. La Section 5(1) de l'ordonnance sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 dit :

« 5(1) Nul ne saurait entrer ou être présent sur le territoire à moins d'être en possession d'un permis délivré conformément à la section 7, ou que son nom soit mentionné sur un permis selon la section 9.

(2) Cette section ne s'applique ni aux membres des forces de Sa Majesté, ni aux fonctionnaires publics, ni aux employés des services publics du Gouvernement britannique en temps de service, ni à toute autre personne tel que prescrit. »

La Section 11 rend illégale toute personne entrant ou étant présente dans le *BIOT* sans permis. Elle dit :

« Il est illégal pour toute personne d'entrer ou d'être présent sur le territoire en violation de la section 5, ou après l'expiration ou l'annulation de son permis, ou après l'expiration de la délivrance d'un permis faite à son sujet, ou en violation d'une condition à laquelle son permis, ou l'endossement d'un permis fait à son sujet, est sujet, à un ordre donné sous la section 12(1) à son sujet »

La section 12 de l'ordonnance sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 était intitulé « Pouvoir d'expulser les personnes présentes illégalement sur le territoire et de prévenir l'entrée illégale sur le territoire ». Il dit:

« 12(1) Le commissaire [du *BIOT*], ou le fonctionnaire principal d'immigration, peut donner un ordre requérant que toute personne qui est illégalement présente sur le territoire soit expulsée du territoire et qu'elle en soit tenue à l'écart, soit indéfiniment, soit pour la période fixée par l'ordre, ou que toute personne n'étant pas dans le territoire ne soit pas autorisée à y entrer, soit définitivement ou pour une période spécifiée par l'ordre. »

Les Sous-sections 14 à 16 prévoient une sanction de trois ans de prison ferme et / ou une amende de 10.000 Livres Sterling, ainsi que la confiscation du vaisseau et de tous les avoirs à bord par la Couronne britannique. L'imposition de l'emprisonnement était une nouveauté à l'ordre du *BIOT* sur l'Immigration de 2004 puisque celui de 1971 ainsi que l'*ordonnance* de 2000 ne faisaient pas mention d'emprisonnement. Ceci montre un tournant vers plus de pouvoir de contrôle de l'entrée et de la déportation de toute personne dont la présence sur le *BIOT* est jugée indésirable. Les cibles principales de cette législation sont les Chagossiens ainsi que d'éventuels terroristes.

L'ordonnance sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 accorde les pouvoirs à un fonctionnaire de l'immigration de prendre ou de provoquer la prise de toute mesure « raisonnable » qui serait nécessaire pour imposer la conformité dans toute direction. Les pouvoirs du fonctionnaire de l'immigration incluent l'usage de la force de façon « raisonnable ».

Même si aucune loi n'a été établie à cet effet, l'usage a toujours été que les entrepreneurs ayant des contrats sur l'archipel des Chagos évitent d'employer des

Chagossiens. On peut présumer que ces entrepreneurs ont reçu l'instruction de ne pas employer les Chagossiens, de peur qu'une fois sur le territoire, ils puissent refuser de le quitter et revendiquer leur droit d'y vivre de façon permanente, et probablement exercer leur droit à l'autodétermination, ce qui pourrait inclure le souhait que la base militaire soit démantelée. Il faudrait pourtant préciser que les Chagossiens ont toujours exprimé leur désir de cohabiter avec la base militaire de Diego Garcia et, dans la mesure du possible, d'obtenir des moyens de subsistance en travaillant sur la base militaire. Comme indiqué plus haut, le Gouvernement américain ne veut pas voir de population civile permanente sur les îles. Cependant, il y a plusieurs employés civils provenant des pays voisins, comme les Philippines, qui travaillent sur la base militaire de Diego Garcia.

## *2<sup>o</sup> L'affaire Bancoult (2)*

La Cour divisionnaire de la haute Cour de justice britannique établit en date du 11 mai 2006, dans l'affaire *Bancoult (2)* que les ordonnances prises en Conseil privé de 2004 sur la constitution et sur l'immigration dans le *BIOT* étaient illégales car elles étaient en fait des actes de l'exécutif, vêtus de la prérogative royale. La Cour établit qu'il fallait réviser leur effet à exiler une population entière.

L'affaire *Bancoult (2)* commença par voie de procédures de demande introduites par Louis Olivier Bancoult, le même plaignant que dans l'affaire du 3 novembre 2003 de *Bancoult (1)* relativement à la loi administrative faisant révision des ordonnances prises en Conseil privé de 2004 sur la constitution et sur l'immigration dans le *BIOT*.

Peut-être à cause du fait que le juge Ouseley dans le cas *Chagos Islanders* avait renversé un certain nombre des conclusions du juge Laws dans l'affaire *Bancoult (1)* en citant en longueur des documents qui avaient déjà été traités dans ce cas, le juge Hooper dans l'affaire *Bancoult (2)* a encore une fois revu l'historique de la création du *BIOT* en 1965, la façon dont la terre de l'archipel des Chagos est passée de l'état de

propriété privée à celui de propriété de la Couronne, ainsi que les événements qui ont mené à ce qu'il appelle « le départ des gens qui habitaient dans le *BIOT* entre 1965 et 1973 » et a convergé avec les conclusions de *Bancoult (1)*. Le juge Hooper a parcouru davantage de documents secrets qui ont été rédigés à cette époque pour analyser la façon de penser des autorités britanniques à différents moments au sujet du sort de la population permanente de l'archipel des Chagos.

Au moment de l'analyse de la composition de la population permanente de l'archipel des Chagos au début des années 1960, le juge Hooper n'atteint pas de conclusions concrètes quant à savoir s'ils pouvaient être considérés comme « originaires » (*belongers*) ou pas de l'archipel des Chagos. Cependant, il montre que les autorités britanniques savaient pertinemment qu'il y avait une population permanente sur l'archipel des Chagos dans les années 1960, certains d'entre eux ayant été sur le territoire depuis plusieurs générations.

Le juge Hooper conclut aussi que les représentants britanniques qui ont participé aux activités du Comité des 24 des NU (sur la décolonisation) ont délibérément choisi de camoufler le nombre exact et le statut de la population de l'archipel des Chagos, ainsi que le fait que le *BIOT* avait déjà été établi le 8 novembre 1965<sup>593</sup>. Cette dissimulation délibérée se poursuivit jusqu'en 2004, lorsque les ordonnances prises en Conseil privé de 2004 relative à l'immigration et à la constitution du *BIOT* furent publiés en date du 10 juin 2004<sup>594</sup>.

Le juge Hooper ne tira aucune conclusion quant au fait que le Gouvernement britannique ait le droit d'établir des lois qu'il juge adéquate par rapport à la politique

---

<sup>593</sup> Ibid.

<sup>594</sup> La déclaration par le Secrétaire d'Etat Adjoint, chargé des *FCO*, y référant comme « *transient workers* ».

étrangère et aux affaires militaires. En particulier, il n'émit aucune décision concernant les intérêts militaires britanniques ou américains<sup>595</sup>.

*Bancoult (2)* était principalement soucieux du fait que la Reine ait le droit ou pas de faire passer les ordonnances prises en Conseil privé du *BIOT* en 2004, ce qu'elle avait fait sur conseil du Secrétaire d'Etat aux *FCO*. Les Chagossiens espéraient une déclaration de la Haute Cour de justice disant que les dispositions de l'ordonnance prise en Conseil privé sur la constitution du *BIOT* de 2004 étaient illégales. Ils déclaraient également que si le parlement britannique avait, de façon discutable, le droit d'empêcher les Chagossiens de rentrer sur l'archipel des Chagos, la Reine ne pouvait pas en faire autant en faisant passer des décrets-lois, et qu'alternativement, si elle avait le pouvoir de le faire, l'exercice de son pouvoir en ce sens serait illégal<sup>596</sup>.

Le Gouvernement britannique avait contesté qu'un décret-loi pour un territoire britannique d'outre-mer comme celui du *BIOT* ne soit pas préjudiciable, et avait par conséquent l'immunité contre toute révision des cours britanniques ou des cours établies pour le *BIOT*. Le juge Hooper prit en considération toutes les voies permettant de réviser les actes de l'exécutif, y compris ceux de la Monarque exercés à travers la prérogative royale. Il cita, avec approbation, le doute exprimé par le juge Laws dans *Bancoult (1)* quant au fait de savoir si « la prérogative royale s'étend aussi loin qu'elle puisse permettre à la Reine d'exiler ses sujets du territoire dont ils sont originaires »<sup>597</sup>.

Les Chagossiens avaient contesté les décrets-lois du *BIOT* de 2004, entre autres, sur le fait que le pouvoir de la Reine de légiférer en Conseil sur le territoire était limité par l'obligation du Royaume-Uni à respecter les droits humains des Chagossiens, en particulier celui au respect de leur vie privée et familiale, ainsi que celui de jouir

---

<sup>595</sup> Affaire *Bancoult (2)* paragraphe 122.

<sup>596</sup> Ibid., Paragraphe 4.

<sup>597</sup> Affaire *Bancoult (1)* paragraphe 70 cité dans *Bancoult (2)* au paragraphe 100.

paisiblement de leur possessions; que les cours avait la compétence de déterminer les limites des pouvoirs prérogatives de la Reine en conseil; que le Gouvernement britannique s'était engagé quatre ans avant de respecter le verdict du procès de *Bancoult* (1) et de conduire une étude de faisabilité de la réinstallation des Chagossiens sur l'archipel des Chagos, ce qui avait pour effet une attente légitime de la part des Chagossiens de pouvoir rentrer chez eux ; et que la décision de faire passer les décrets-lois de 2004 était comme disait *Lord Diplock* dans ses conclusions de l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, « une décision si offensante dans sa défiance de la logique ou des standards moraux acceptés auxquels toute personne sensible qui se serait penchée sur la question, aurait conclu »<sup>598</sup>.

Le juge Hooper estime que la section 9 de l'ordonnance relative à la constitution du *BIOT* de 2004 est irrationnelle du point de vue du droit public, car son objectif affiché était d'établir le *BIOT* pour des intérêts militaires des Gouvernements du Royaume-Uni et des Etats-Unis. La section prévoyait encore de supprimer le droit de demeure pour les Chagossiens et restreignait leur droit d'entrer et de rester dans le *BIOT*, sans aucune référence aux intérêts du *BIOT*, un test contre lequel la validité de l'ordre de la constitution aurait dû être mesurée<sup>599</sup>.

Le juge Hooper prononça aussi en faveur des Chagossiens que le Gouvernement américain n'avait pas le droit d'exiger du Gouvernement britannique, sur la base de l'accord qu'il avait signé avec ce dernier, qu'il adopte les décrets-lois de 2004 en relation avec les îles périphériques de l'archipel des Chagos car les Etats-Unis n'avaient jusqu'à ce jour que la nécessité de l'usage de Diego Garcia, île sur laquelle se trouve la base militaire américaine<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> Affaire *Bancoult* (2) paragraphe 103.

<sup>599</sup> Ibid. paragraphe 122

<sup>600</sup> Affaire *Bancoult* (2), paragraphe 104.



La revendication principale du Gouvernement britannique dans l'affaire *Bancoult* (2) était que les décrets-lois, du ressort du droit commun, concernant un territoire d'outre-mer et non autonome, comme le *BIOT*, jouissait de la même immunité que celle des lois issues du parlement. Ceci était basé sur l'argument selon lequel la Reine avait le plein pouvoir législatif pour légiférer en faveur de « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » d'un territoire cédé avec la clause que la législation ne soit pas en contradiction avec un acte du Parlement.

La Cour décide qu'il n'y avait aucun précédent où le pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » d'un territoire ait été utilisé pour exiler toute une population. La Cour considérait que ce qui était contradictoire était l'idée qu'un ministre puisse revendiqué d'avoir utilisé un ordre en Conseil comme moyen pour exiler une population entière d'un territoire britannique, sous prétexte de le faire en faveur de « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » du territoire<sup>601</sup>. Elle a alors suivi les conclusions tirées dans l'affaire *Bancoult* (1) selon lesquels établir des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » ne peut jamais être considéré comme une justification suffisante pour exiler une population entière d'un territoire britannique à un autre pays en dehors des dominions britanniques. La Cour se considéra obligée de tirer ces conclusions. Cependant, il n'était pas nécessaire de prendre une décision en se basant sur cela, puisque les Chagossiens avaient réussi sur d'autres points. Elle ne trouva aucun précédent de l'usage de la Prérogative Royale pour bannir ou déplacer un sujet britannique d'un territoire britannique, en l'occurrence de sa terre natale dans le cas des Chagossiens, et l'empêcher d'y rentrer.

La Cour détermina que le problème principal était de savoir si le décret-loi de la constitution du *BIOT* de 2004 pouvait être défié dans le cadre de l'approche moderne de la révision judiciaire de l'action de l'exécutif. Après l'évaluation de plusieurs autorités, en particulier celle du décision de *Council of Civil Service Unions and Others v Minister for*

---

<sup>601</sup> Ibid., paragraphe 142.

*the Civil Service*<sup>602</sup>, le juge Hooper est arrivé à la conclusion que la prérogative royale a toujours été considérée comme faisant partie du droit commun, et par conséquent soumise au même ressort. L'exercice de la Prérogative Royale est révisable simplement comme pouvoir statutaire, en particulier si le problème par lequel il est préoccupé est préjudiciable. Ayant établi que la Reine n'a pas la prérogative de forcer les citoyens d'un territoire britannique d'outre-mer et non autonome en exil et de les empêcher de rentrer, ce problème est alors justiciable. Etant justiciable, le problème est donc révisable. Il s'agit alors du problème traité, et non de l'origine de la prérogative, qui détermine si oui ou non on peut soumettre cette prérogative à la révision judiciaire. Le fait que la source de la prise de décision soit du ressort du droit commun et d'un pouvoir statutaire n'est pas le seul facteur dans la détermination de l'immunité de la décision contre la révision judiciaire.

Citant l'arrêt de l'affaire *Council of Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service*, le juge Hooper précisa que la portée de la révision judiciaire avait changé de façon extraordinaire depuis les années 1950 pour permettre que la Prérogative Royale soit soumise à la révision judiciaire. La convention constitutionnelle moderne requiert que tout acte de la Reine soit fait sous le conseil et le suivi du cabinet des ministres.<sup>603</sup> Ce qui est décrit comme acte de la Reine est en réalité l'acte de l'Exécutif. Dans ce cas particulier, les décrets-lois du *BIOT* étaient rédigés par le Secrétaire d'Etat aux *FCO*, la Reine n'ayant qu'à donner son consentement sur conseil du Secrétaire d'Etat. Les décrets-lois étaient alors révisables car ils étaient en toute intention et raison les actes du Secrétaire d'Etat, couverts par la prérogative royale.

La Cour conclut finalement que le problème de contradiction tel que contenu dans le *Colonial Laws Validity Act*, de 1865 n'était plus d'actualité. Le problème était seulement

---

<sup>602</sup> [1985] AC 374.

<sup>603</sup> *Bancoult (2)* au paragraphe 158 citant *Council de Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service* au paragraphe 417.

de décider si les décrets-lois de 2004 de l'immigration et de la constitution du *BIOT* pouvaient être soumis à une révision judiciaire. Elle conclut qu'ils étaient illégaux dans le sens que leur objectif était d'exiler les Chagossiens et de les empêcher de rentrer sur un territoire dont ils sont originaires.

### 3<sup>o</sup> *Bancoult (3)*

L'affaire de *Bancoult (3)*<sup>604</sup> du 23 mai 2007 était en appel du Gouvernement britannique contre l'arrêt de *Bancoult (2)* lorsque les juges Hooper et Cresswell leur accordèrent le droit de faire appel. Comme mentionné plus haut, le juge Hooper ainsi que le juge Cresswell s'accordaient sur le verdict établissant que la Prérogative Royale n'était pas illimitée et qu'elle ne permettait pas à la Reine d'exiler une population entière de ses sujets. Il était également mentionné que les Chagossiens pouvaient légitimement s'attendre à ce que leur retour sur l'archipel des Chagos soit permis, puisque le Secrétaire d'Etat avait déclaré le 3 novembre 2000 que le Gouvernement britannique se sentait tenu de respecter l'arrêt de la Haute Cour du même jour.

La clé de l'affaire *Bancoult (2)* était en particulier la section 9 de l'ordre de la constitution du *BIOT* de 2004, laquelle était similaire à la section 4 de l'ordonnance de l'immigration du *BIOT* de 1976 qui avait été mise en doute lors du procès de *Bancoult (1)*, car elle violait le droit des Chagossiens à demeurer sur le *BIOT*. Alors que le juge Hooper avait précisé que c'était plutôt l'objet de le décret-loi et non l'origine de la prérogative royale qui déterminait si oui ou non il pouvait être soumis à la révision judiciaire, le Secrétaire d'Etat aux *FCO* décida de replacer la question en plaidoirie lors l'affaire *Bancoult (3)* dans une tentative de démontrer que la Cour d'appel n'avait la compétence de délibérer sur la validité des décrets-lois de 2004.

---

<sup>604</sup> [2007] EWCA Civ 498.

L'argumentation ira plus loin en disant que sans considération de son origine, le *Colonial Laws Validity Act de 1865* plaçait un ordre en conseil dans le cadre d'une législature coloniale, dans le cas qui nous concerne de la législature du *BIOT*, au-delà du contrôle ou de la révision par les cours, à l'exception du cas où il entre en contradiction avec un statut impérial. « La contradiction dans le cadre législatif signifie un conflit irréconciliable entre deux lois »<sup>605</sup>.

Le conseil du Secrétaire d'Etat des *FCO* va plus loin en déclarant que puisqu'il n'y avait aucun statut impérial, la loi étant passée à Londres en relation avec le *BIOT*<sup>606</sup>, avec laquelle les décrets-lois de 2004 du *BIOT* étaient contradictoires, ceux-ci ne pouvaient guère être soumis à la révision judiciaire et ne pouvaient par conséquent être déclarés invalides. En analysant un certain nombre de références sur la révision judiciaire, comme l'a fait le juge Hooper dans *Bancoult (2)*, le juge Sedley en vint à la conclusion que le droit constitutionnel ainsi que les pratiques légales s'étaient développés dans le Royaume-Uni au point qu'il n'y ait plus d'ambiguïté concernant la compétence de la Cour pour réviser judiciairement l'exercice de la prérogative royale<sup>607</sup>. Le juge Sedley conclut qu'un ordre en conseil est un acte de l'exécutif, dans le cas qui nous concerne, celui du Secrétaire d'Etat aux *FCO*, et par conséquent reste soumis à toute révision judiciaire appropriée<sup>608</sup>. Le passage suivant, extrait de l'arrêt de *Lord Scarman* dans l'affaire *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*<sup>609</sup> était cité avec approbation par les trois juges qui siégeaient lors de l'affaire *Bancoult (3)*. Il avait également été cité avec approbation lors de l'arrêt de *Bancoult (2)*. Le passage déclare :

---

<sup>605</sup> EWCA, op.cit. au paragraphe 30.

<sup>606</sup> Même si les décrets-lois de la constitution du *BIOT* et de l'immigration du *BIOT* ont été adoptés sur injonction du Secrétaire d'Etat Adjoint chargé des *FCO*, et approuvés par la Reine au sein du *Conseil privé (Privy Council)* en qualité de commissaire du *BIOT*, ils n'en sont pas pour autant des « statuts impériaux. »

<sup>607</sup> Affaire *Bancoult (3)* au paragraphe 36.

<sup>608</sup> Ibid., paragraphe 35.

<sup>609</sup> [1985] AC 374 à 407.

« Chers *Lords*, je souhaiterais ajouter peu, très peu de mots sur la réversibilité de l'exercice de la prérogative royale. Comme mon ami vénérable et érudit *Lord Diplock*, je crois que la loi concernant l'examen de constitutionnalité a maintenant atteint l'étape où elle peut affirmer avec confiance que, si les thèmes en ce qui concerne lesquels le pouvoir de prérogative est exercée sont justiciables, cela suffit pour indiquer qu'il s'agit d'une question sur laquelle la Cour peut juger, l'exercice du pouvoir étant sujet à l'inspection, selon les principes développés en ce qui concerne l'examen de l'exercice du pouvoir statutaire. Sans usurper le rôle de l'historien juridique auquel je ne réclame aucune qualification spéciale, j'observerais que la prérogative royale a toujours fait partie du droit coutumier, et que monsieur Edouard Coke a vu sans doute qu'il était sujet au droit coutumier : Cas de Prohibitions Del Roy (1607) (...) »<sup>610</sup>.

Le juge Sedley estima que les décrets-lois, en tant qu'exercice de la prérogative royale, ne pouvaient jamais être utilisés pour permettre la torture avec l'objectif d'obtenir des preuves, pour abolir tout recours à la loi dans une colonie, ou pour introduire un régime de travaux forcés, même en l'absence d'un statut impérial avec lequel ils entreraient en contradiction. Ils seraient soumis à la révision judiciaire sans considération de leur origine, en l'occurrence la prérogative royale.

Alors que le juge Laws avait conclu que les pouvoirs du commissaire du *BIOT* de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » dans le *BIOT* contenus dans la section 11 de le décret-loi du *BIOT* de 1965 ne lui conféraient pas le droit de décréter l'ordonnance de l'immigration du *BIOT* de 1971 pour exiler la population entière des Chagossiens relativement à la section 4<sup>611</sup>, et que le juge Hooper avait aussi conclu dans l'affaire *Bancoult* (2) que de tels pouvoirs investis dans l'autorité de la Reine relativement à la section 15 (1) du décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 ne lui

---

<sup>610</sup> [1985] AC 374 à 407.

<sup>611</sup> Affaire *Bancoult* (1) au paragraphe 57.

permettaient pas non plus de faire des lois pour exiler la population de l'archipel des Chagos, le conseil du Secrétaire d'Etat aux *FCO* décida de ramener la question devant la Cour dans l'affaire *Bancoult* (3). Le juge Sedley reproduisit le texte entier du paragraphe 55 au paragraphe 57 de l'affaire *Bancoult* (1) par le juge Laws. Le passage suivant est d'une pertinence particulière:

« Sans un cas extraordinaire [d'une catastrophe naturel ou provoquée par l'homme qui aurait rendu la terre toxique et inhabitable] je ne peux pas voir comment on peut dire que le déplacement massif d'un peuple depuis la terre dont ils sont originaires conduit à la paix, à l'ordre et au bon Gouvernement... Ces personnes sont des sujets de la Couronne, d'après leur nationalité britannique comme belongers de l'archipel de Chagos »<sup>612</sup>.

Ayant conclu que le pouvoir de décréter des lois pour « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » du territoire n'impliquait pas l'exil forcé de sa population, le juge Hooper avait décidé que la section 9 de le décret-loi sur la constitution du *BIOT*, en violant le droit des Chagossiens à demeurer sur le territoire du *BIOT*, se révélait irrationnelle. Le conseil des Chagossiens défendait qu'ils aient la légitimité de s'attendre à ce que le Gouvernement britannique leur permette de retourner à l'archipel des Chagos conformément à l'engagement du Secrétaire d'Etat Robin Cook le 3 novembre 2000, en particulier dans le cas où il n'y avait aucun changement dans les circonstances empêchant les Chagossiens de rentrer. La Cour d'appel décida par le verdict du juge Sedley dans le procès de *Bancoult* (3) que la section (...) relevait d'un abus du pouvoir par la Couronne<sup>613</sup>. Le juge Sedley va jusqu'à affirmer que:

« Le pouvoir peut être transgressé de diverses façons, dont l'action au delà des limites du pouvoir en est une, l'agissement irrationnel est une autre, l'agissement

---

<sup>612</sup> Ibid.

<sup>613</sup> Affaire *Bancoult* (3) au paragraphe 60.

dans un but malhonnête est une troisième, et l'agissement dans le but de décevoir une attente légitime une quatrième; et il y en a d'autres, aussi bien dans les procédures que dans les principes ».

Il a déclaré plus loin « que l'élaboration de la Section 9 de le décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 ainsi que le décret-loi sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 dans son intégralité étaient un abus de la prérogative dans le cadre du droit commun, ne pouvant pas s'étendre jusqu'à exiler une population entière »<sup>614</sup>. De façon similaire à l'arrêt du juge Hooper dans *Bancoult (2)*, le juge Sedley consentit aussi au fait que « l'exclusion permanente d'une population entière de sa terre natale pour des raisons non relatives à son bien-être collectif ne pouvait avoir le caractère de « la paix, l'ordre et le bon Gouvernement » et par conséquent ne pouvait pas être accompli en faisant usage de la prérogative royale »<sup>615</sup>. Le décret des deux décrets-lois était par conséquent un abus du pouvoir car il refusait aux Chagossiens « l'une des libertés les plus fondamentales de l'être humain » en l'occurrence le droit de rentrer chez eux. La cour a échoué à donner la moindre raison pour laquelle les Chagossiens devraient perdre leurs droits en tant qu' « originaires » de l'archipel des Chagos.

Le juge Waller convergea avec le juge Sedley mais pour des raisons différentes. Il souscrivit au fait qu'il n'y avait aucun changement de circonstances entre novembre 2000 et 2004 lorsque les décrets-lois furent promulgués. Il conclut également que la frustration de l'attente des Chagossiens quant à rentrer chez eux relevait de l'abus du pouvoir. Le juge sentit que la question cruciale était de déterminer si la procédure entreprise par le ministre pour introduire les décrets-lois de 2004 était révisable. Après avoir exposé et analysé la manière dont les décrets-lois ont été adoptés et après avoir conclu que se dissimuler derrière la prérogative de la Couronne était insuffisante pour

---

<sup>614</sup> Ibid., au paragraphe 61.

<sup>615</sup> Ibid., au paragraphe 67.

faire échapper un sujet au contrôle et à la révision parlementaire.<sup>616</sup> Le juge Waller décida de maintenir l'arrêt de la Cour divisionnaire dans l'affaire *Bancoult* (2), de casser uniquement les parties des décrets-lois du *BIOT* de 2004 qui contredisaient la position du Gouvernement en novembre 2000, promettant aux Chagossiens de rentrer sur l'archipel des Chagos.

Sir Anthony Clarke convergea avec les juges Sedley et Waller pour maintenir l'arrêt de la Cour divisionnaire dans l'affaire *Bancoult* (2) et par conséquent rejeter l'appel du Gouvernement. Il maintint que la Reine n'a pas les pouvoirs illimités de légiférer par des décrets-lois. Il nota aussi qu'en plaçant les décrets-lois devant le *Conseil privé*, il n'y avait eu aucune consultation avec le *Conseil privé* (*Privy Council*) ni les Chagossiens, sans compter le Parlement. Ils étaient simplement placés devant la Reine « qui était tenue par la théorie et la pratique constitutionnelles de les adopter »<sup>617</sup>. Sir Clarke se mit aussi d'accord avec les deux juges sur le fait que l'adoption des décrets-lois était un abus de pouvoir dans le sens où il n'y avait pas eu de changements de circonstances qui les justifiaient.

#### 4<sup>o</sup> L'affaire *Bancoult* (4)

Le 22 Octobre 2008, la *Chambre des Lords* rendit sa décision sur l'affaire *Bancoult* (4) de mentionne dans cette étude comme *Bancoult* (4)<sup>618</sup>. Il s'agissait d'un appel du Gouvernement britannique contre l'arrêt de la Cour d'appel sur *Bancoult* (3).

A l'instar de *Bancoult* (2) et (3), *Bancoult* (4) était particulièrement centré sur la validité de la section 9 de le décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004. Comme mentionné ci-dessus, la section 9 stipules que le *BIOT* a été mise de côté pour des raisons militaires et de défense des Gouvernements américain et britannique, et que de

<sup>616</sup> Affaire *Bancoult* (3), au paragraphe 107.

<sup>617</sup> Ibid., au paragraphe 115.

<sup>618</sup> 2008 UKHL 61, *Bancoult* (4).



ce fait, nul n'a droit de domiciliation dans ce territoire. Elle stipule de plus que nul n'a le droit d'être présent dans ce territoire ou d'y entrer sans permission. Comme indiqué ci-dessus, la section 5 de l'ordre d'immigration *BIOT* de 2004 appuie cela en stipulant que nul ne peut entrer dans le territoire ou y être présent, à moins d'être en possession d'une autorisation émise par le commissaire du *BIOT*. La section 11 déclare toute présence non-autorisée sur le territoire illégale. Plus important encore, la section 12 donne au commissaire du *BIOT* le pouvoir de ne déporter toute personne présente sur le territoire sans autorisation. Elle considère également toute présence sur le territoire sans autorisation comme étant une infraction criminelle.

Le procès de *Bancoult* (4) se penchait donc sur la question de savoir si la Reine en conseil avait le pouvoir d'édicter la section 9 de le décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004, qui dérivait les Chagossiens de leur droit de vivre sur leur terre natale. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont toutes les deux unanimement décidé à *Bancoult* (2) et *Bancoult* (3) que la prérogative royale ne donnait pas à la Reine le pouvoir d'exiler une population entière de sa terre natale. Les deux cours ont également soutenu que le pouvoir législatif de la Reine n'était pas illimité, et pour finir, que la prérogative royale était sujette à la réévaluation judiciaire. La *Chambre des Lords* est la plus haute Cour d'Angleterre et il ne peut y avoir d'appel à ses décisions.

Le problème principal à *Bancoult* (4) consistait à déterminer si le droit de domiciliation est fondamental au point de ne pas pouvoir être retiré par la Reine à travers un ordre passé en conseil. Il est important de noter que contrairement aux législations normales, un ordre passé en conseil n'est pas débattu au parlement. Il est passé en *Conseil privé (Privy Council)*, avec la participation de Ministres uniquement. L'Ordre est donc préparé et présenté par le ministère concerné. Aucun débat n'a lieu. Le titre de l'ordre est simplement lu à haute voix avant que la Reine ne l'approuve. En général, il s'agit d'une simple formalité.

Le Gouvernement britannique soutint à *Bancoult* (4) que le droit de toute personne d'entrer et de demeurer dans son territoire n'est pas fondamental au point de ne pas pouvoir être abrogé par la Reine en conseil. Le Gouvernement soutint que la Loi Britannique de 1998 sur les droits de l'homme ne s'applique pas au *BIOT* car il s'agit d'un territoire cédé, selon le Traité de Paris de 1814. Il rajouta qu'à cause du caractère cédé de ce territoire, la Reine est libre de passer toute loi qu'elle estimerait pertinente par rapport à ce territoire. Cela signifie qu'elle peut accorder le droit de domiciliation aux citoyens de ce territoire et le retirer à volonté. *Lord Hoffman* en rendant le jugement de la *Chambre des Lords*, approuva l'approche adoptée par le Gouvernement Britannique.

Trois juges de la *Chambre des Lords* contre deux, décidèrent que la Reine avait le pouvoir d'exiler la population entière de l'archipel des Chagos à cause du fait que le *BIOT* est une colonie cédée et non une colonie d'établissement. La majorité des juges soutinrent que le droit de domiciliation, c'est à dire le droit des citoyens d'entrer et de demeurer dans leur terre natale, est une création de la Loi. Il fut créé par la *Magna Carta* en de 1215. La Loi peut attribuer un droit et peut également le retirer. Il ne s'agit pas d'un droit fondamental, auquel cas la Reine n'aurait aucun pouvoir dessus. La *Chambre des Lords* soutint également que lorsque la Reine passe un ordre en conseil concernant les colonies, elle est guidée par les intérêts du Royaume-Uni et non ceux des colonies, et dans le cas présent par ceux des Chagossiens<sup>619</sup>.

La *Chambre des Lords* reconnut que le *BIOT* est un territoire non autonome et que sa population fut déplacée pour s'assurer que le Royaume-Uni n'a pas l'obligation de garantir le bien-être de celle-ci conformément à l'Article 73 de la Charte des Nations Unies. L'Article 73 n'exigerait également que le Royaume-Uni soit le promoteur de l'autonomie de Gouvernement sur le territoire<sup>620</sup>. La *Chambre des Lords* déclara qu'au moment de l'établissement de la base militaire de Diego Garcia et du déplacement forcée

---

<sup>619</sup> *Bancoult* (4), Paragraphe 49.

<sup>620</sup> *Ibid.*, Paragraphe 10.

de sa population permanente au début des années 1970, le Royaume avait des raisons pertinentes de craindre que l'Union Soviétique et le mouvement des non-alignés utilisent la présence d'une population permanente sur l'archipel des Chagos pour bloquer la construction d'une base militaire américaine sur Diego Garcia.

La Cour admit que les conditions déplorables dans lesquelles les Chagossiens furent exclus de leur territoire et déplacés en Ile Maurice étaient injustifiables. Elle rajouta néanmoins que ces événements avaient eu lieu il y a plus de 30 ans et que le Royaume-Uni avait depuis lors 'confessé ses péchés' sur cette question et payé une compensation pour le déplacement forcé des Chagossiens<sup>621</sup>. Il n'est donc plus nécessaire de révoquer la décision politique de 1968 qui était basée sur les considérations de défense et de politique étrangères de l'époque. La *Chambre des Lords* soutint qu'en toute circonstance les questions de défense et de politique étrangères sont la prérogative de la branche exécutive du Gouvernement et non celle du parlement. La Cour rajouta que le droit d'entrer et de demeurer sur l'archipel des Chagos/*BIOT* accordé aux Chagossiens par l'affaire *Bancoult* (1) 2000 était purement symbolique. Cela à cause du fait que le Gouvernement Britannique ne soutien pas de ré-établissement sur ce territoire et n'avait donc aucune intention de financer un tel ré-établissement. Il cita, avec accord, l'arrêt de la Cour d'appel en 2004, lorsqu'elle refusa le droit de faire appel au procès sur le *Chagos Islanders*. Le juge Sedley conclut le jugement en déclarant que:

« Ce jugement met un terme à la quête des habitants des Iles Chagos et leurs descendants pour une réparation légale contre l'état directement responsable de leur expulsion de leur terre natale. Ils ont eu une compensation, mais ce qu'ils ont reçu a très peu servi de réparation pour le déchirement de leurs familles et de leurs communautés, pour ré-établir leur respect de soi ou pour amender l'attitude officielle sournoise révélée publiquement dans les documents. Leurs demandes à travers cette action sont axées non seulement sur la réparation des dommages, mais aussi sur des

---

<sup>621</sup> Ibid., Paragraphe 53.

déclarations garantissant le droit de retour. Les causes de l'action, néanmoins sont axées sur la réparation dommages, et aucune demande d'assistance déclaratoire séparée n'a été développée devant nous. Il peut ne pas être trop tard pour rendre le retour possible, mais une telle conclusion dépend des ressources économiques et de la volonté politique et non de l'adjudication »<sup>622</sup>.

*Lord Hoffman*, soutenu par *Lord Roger* et *Lord Carswell*, soutint que le juge *Sedley* était à côté de la plaque dans l'arrêt de *Bancoult* (3) lorsqu'il déclara que le décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 et le décret-loi sur l'immigration dans le *BIOT* de 2004 dérivait de l'une des libertés fondamentales connues de l'humanité. Le Juge *Sedley* avait déclaré que:

« Le fait est que les deux ordres du conseil renient l'une des libertés les plus fondamentales connues de l'humanité, le droit de retourner dans sa terre natale, quelles que soient le niveau de pauvreté et les conditions de vie arides (...) ».

*Lord Hoffman* déclara que le financement du repeuplement de l'archipel des Chagos était sous-entendu dans toute cette affaire. Le Royaume-Uni est seulement disposé à permettre aux Chagossiens de visiter les tombes de leurs ancêtres, mais n'est nullement préparé à leur permettre de se réinstaller dans leur terre natale. Le Royaume-Uni n'est d'ailleurs pas disposé à consacrer des fonds publics à une telle initiative. Le Royaume-Uni craint particulièrement que s'il autorisait les Chagossiens à retourner au *BIOT*, il serait obligé par la confiance sacrée placée en elle par l'Article 73 de la Charte des Nations Unies d'assurer 'l'avancement économique, social et pédagogique' des Chagossiens. Le Royaume-Uni serait tenu d'envoyer des rapports au Secrétaire Général des Nations Unies à ce sujet, ce qu'il n'était disposé à faire<sup>623</sup>. Les Etats Unis demeurent opposés au ré-établissement d'une population permanente au *BIOT*. *Lord Hoffman* est

---

<sup>622</sup> Le 22 Juillet 2004 la cour d'appel a refusé l'autorisation d'appel au jugement sur les habitants de Chagos. Ce paragraphe est cité à *Bancoult* (4) paragraphe 22.

<sup>623</sup> Paragraphe 55 de *Bancoult* (4).

d'avis que les cours devraient donc remettre l'affaire à la compétence de la branche exécutive, et ne pas se prononcer dessus, puisqu'il s'agit de questions de politiques de défense et de politique étrangère<sup>624</sup>.

*Lord Hoffman* soutint également que la Loi britannique de 1998 sur les droits des l'homme ne s'appliquait pas au *BIOT*. Selon lui, à cause du fait que lorsque le Royaume-Uni fit sa déclaration en 1953 sur l'Article 56 de la convention européenne, il inclut l'Île Maurice dans la liste des territoires sous sa responsabilité en matière de relations internationales. Cette déclaration perdit sa validité lorsque l'Île Maurice obtint son indépendance en 1968. Le Royaume-Uni ne fit jamais de déclaration incluant le *BIOT* dans la liste des territoires sous sa responsabilité en matière de relations internationales. *Lord Hoffman* affirme que bien que le *BIOT* ait fait partie de l'Île Maurice jusqu'à ce qu'il soit excisé en 1965, la déclaration n'avait été faite que pour étendre la convention européenne sur une entité politique et non sur une terre qui aurait fait partie ou non du territoire. Il affirme enfin que le *BIOT* est devenu une entité politique à part depuis 1965, sur laquelle la convention européenne n'avait jamais été étendue.

En ce qui concerne l'applicabilité du droit international sur la question, *Lord Hoffman* déclare dans le paragraphe 66 :

« En ce qui concerne le droit international, je ne comprends pas comment il peut soutenir un quelconque argument d'invalidité d'une loi purement domestique telle que le décret-loi sur la constitution du *BIOT*, considérant la doctrine bien établie selon laquelle il ne ferait pas partie du droit intérieur ».

---

<sup>624</sup> Cette approche est curieusement similaire à l'approche adoptée par les cours en Afrique du Sud pendant l'*apartheid*, pour soutenir que quel que soit le niveau d'injustice de loi utilisée pour l'application de la ségrégation raciale, il n'était du ressort des cours de se prononcer sur ces affaires. Les cours soutinrent pendant l'*apartheid* qu'il était du ressort du parlement et de l'exécutif de décider sur ces questions. Ceci n'est plus possible depuis que l'Afrique du Sud a adopté une politique de suprématie de la constitution. Cela signifie que le parlement, l'exécutif (le Gouvernement) et le judiciaire sont obligés de respecter les libertés fondamentales et les droits de l'homme contenus dans la constitution de 1996.

*Lord Rodger*, soutenant *Lord Hoffman*, affirme que la Reine peut légiférer pour les colonies sans concurrence de la part du parlement. Surtout lorsque la colonie fut acquise par cession ou par conquête. Il soutint que la section 9 du décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 ne pouvait être assujettie aux contestations des Cours anglaises et ne répugnait à aucun principe fondamental. Il soutint de plus que le Gouvernement du Royaume-Uni avait le droit de refuser la réinstallation des Chagossiens dans leur terre natale car les coûts de celui-ci étaient prohibitifs et le Royaume-Uni n'était pas disposé à les assumer. Il soutint enfin que la *Magna Carta* n'interdisait pas le bannissement des Chagossiens de leur territoire.

*Lord Carswell*, pour sa part, déclara que les Chagossiens étaient libres de visiter les tombes de leurs familles au *BIOT*. Ils ne devraient donc pas initier de 'campagne' pour forcer le Gouvernement Britannique à financer leur réinstallation au *BIOT* si celui-ci n'est pas enclin à le faire. Il soutient également l'opinion selon laquelle les cours ne devraient pas intervenir dans des décisions politiques, même si ces décisions ont pour effet d'exiler une population entière. Dans tous les cas, l'étude de faisabilité de 2002 démontre que la réinstallation du peuple de l'archipel des Chagos est difficilement applicable et s'élèverait à un prix prohibitif.

L'avis minoritaire émis par *Lord Bingham*, soutenu par *Lord Mance*, est très intéressant. Il affirme que la prérogative royale, ou la gouvernance de la Reine par décret, est un exercice de l'autorité législative sans la participation du parlement. C'est 'une relique du passé' anachronique à l'époque moderne. Dans tous les cas, il n'existe pas de précédent à l'utilisation de la prérogative royale pour l'exile d'une population entière. Il cite, avec accord un texte de l'histoire du droit anglais :

« La couronne n'a jamais eu de pouvoir prorogatif pour empêcher ses sujets d'entrer dans le royaume, ou pour les en expulser ».

*Lord Bingham* cite le paragraphe 39 du jugement de *Bancoult* (1) qui stipule que le droit de tout un chacun d'entrer et de partir de sa terre natale est un principe du droit international et pour sur, un droit constitutionnel duquel bénéficient tous les citoyens Britanniques. Ce droit ne peut être révoqué que par le parlement. Il affirme de plus que l'essence des rapports entre le citoyen et l'Etat est basée sur des devoirs réciproques d'allégeance et de protection. Le devoir de protection interdit à l'Etat d'expulser et d'exclure ses citoyens de leur terre natale. *Lord Bingham* soutint de ce fait que la Reine ne disposait pas de pouvoirs pour passer la section 9 du décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 pour exiler les Chagossiens. Alternativement, si elle disposait de tels pouvoirs, ceux-ci étaient sujets à l'examen judiciaire et susceptible d'être déclarés nuls et non-avenus.

*Lord Bingham* déclarerait la section 9 nulle et non-avenue sur la base du fait qu'elle était irrationnelle et qu'il n'y avait aucune raison pour sa promulgation. Les raisons avancées par le Royaume-Uni pour la promulgation de l'ordre de constitution de *BIOT* de 2004 étaient basées uniquement sur des lettres reçues d'officiels aux Etats Unis. Ces lettres insistaient sur l'importance stratégique de la base militaire américaine de Diego Garcia et pourquoi celle-ci devait être gardée de toute population permanente.

Il fut également suggéré que le chef du Groupe de Réfugiés Chagos, Olivier Bancoult, qui était le principal plaignant dans les affaires Bancoult, avait été présent à une réunion de La Lutte (LALIT) une organisation qui battait campagne pour l'éviction des soldats américains de Diego Garcia. *Lord Bingham* souligna néanmoins que Olivier Bancoult avait informé l'assemblée de LALIT que le Groupe de Réfugiés Chagos soutient la continuation de la militaire de Diego Garcia. Celle-ci était perçue comme étant bénéfique aux Chagossiens, étant donné que l'emploi sur la base leur fournirait des moyens d'existence. Olivier Bancoult avait également informé l'assemblée du LALIT que le Gouvernement Britannique était entrain de faire des arrangements pour le retour des Chagossiens sur leur terre natale sur la base de 'affaire *Bancoult* (1) 2000 et des études

de faisabilité. L'attente des Chagossiens par rapport à la facilitation de leur retour par le Gouvernement britannique était donc légitime.

L'autre argument sur la base duquel *Lord Mance* déclara la section 9 du décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 invalide était que celui-ci allait à l'encontre des attentes légitimes créées par le Secrétaire d'Etat Robin Cook le 3 Novembre 2000, selon lesquels le Royaume-Uni ne ferait pas appel au procès de *Bancoult* (1) et prendrait des mesures pour leurs permettre de retourner dans leur terre natale.

*Lord Mance* est d'accord avec Lord Bingham que la loi Anglaise reconnaît le droit de résidence comme étant un droit fondamental et que par conséquent, celui-ci ne peut être retiré à moins qu'il n'y ait des raisons convaincantes à ce retrait. Il est également d'accord avec Lord Bingham que l'usage de la prérogative royale dans le but d'abroger le droit de résidence est sans précédent. Lord Mance est d'avis que la distinction entre les lois applicables aux colonies définies comme colonie de peuplement, de cession ou de conquête ne concerne que le droit privé et non le droit le droit public. En d'autres termes, les Immigrants Anglais conservent le droit privé d'Angleterre lorsqu'ils vivent dans une colonie de peuplement. Cette distinction n'a aucune validité dans le droit public. Cela signifie que les colonies de cession ne peuvent donc être traitées différemment des colonies de peuplement. La Reine ne peut donc passer de loi à volonté dans les colonies de cession sans la concurrence du parlement<sup>625</sup>. La distinction entre les droits du droit public et du droit privé n'implique pas que si le citoyen ne dispose pas de droit de propriété sur un territoire dans le cadre du droit privé, il perd son droit de résider sur le territoire en tant que citoyen dans le cadre du droit public<sup>626</sup>.

---

<sup>625</sup> *Bancoult* (4), Paragraphe 155.

<sup>626</sup> Ibid. Paragraphe 153.



Très important, *Lord Mance* soutint qu'une constitution d'un territoire introduite dans le seul but d'exiler la population entière de ce territoire est contradictoire. Il affirma également que l'approche du Gouvernement britannique dans les procédures:

« traite le *BIOT* et le pouvoir prorogatif de promulguer des lois constitutionnelles ou d'autres natures relatives au *BIOT* comme si celles-ci ne s'adressaient qu'à une terre nue, et les habitants du *BIOT* ne seraient donc qu'un inconvénient insignifiant (une phrase qui reflète l'esprit de certains mémorandums du Gouvernement dans les années 1960), à même d'être dépossédé à volonté, pour une quelconque raison jugée pertinente par l'exécutif dans l'intérêt du Royaume-Uni...Mais promulguer la constitution d'une colonie de cession ou de peuplement dans le seul but dépeupler le territoire habitable dans son entièreté population, dans l'intérêt du Royaume-Uni ou de ses alliés est une autre chose. Une colonie, conquise, cédée ou peuplée, est avant toute chose constituée des peuples qui y vivent, avec des liens dans un Etat parent. Le pouvoir "constitutif" de la Couronne d'introduire une constitution dans un territoire cédé est un pouvoir qui a pour but de permettre une gouvernance appropriée dudit territoire, entre autres dans l'intérêt des populations qui l'habitent. Une constitution qui exile les habitants d'un territoire est contradictoire dans les termes. L'absence de précédent dans l'exercice de la prérogative royale pour exclure les habitants d'une colonie de ladite colonie est significative, et à mon sens absolument pas surprenant. Jusqu'à l'affaire actuelle, personne n'aurait pu concevoir l'exercice de ce pouvoir dans ce contexte. Des territoires tels que Gibraltar et Malta, ont été conquis ou cédés avec des objectifs militaires, mais il n'y eut jamais d'intention initial ou de tentative ultérieure d'expulser de force les autochtones de ces territoires. Il n'était sans doute pas nécessaire d'utiliser la force pour évacuer le *BIOT* dans le cas actuel, mais la logique du Gouvernement est que cela était admissible »<sup>627</sup>.

---

<sup>627</sup> *Bancoult* (4), Paragraphe 157.

*Lord Mance* adresse la question de l'utilisation du décret-loi comme suit dans le paragraphe 159 :

« Comme l'a si bien noté le juge Waller à la Cour d'appel (para 106), il y a des différences fondamentales entre les législations passées par l'exécutif, à travers Sa Majesté en Conseil et les législations sujettes au débat démocratique au sein du parlement. Dans le cas présent, le processus initié affecte des droits communs fondamentaux sans consultation d'aucune forme avec la population chagossienne affectée. La seule justification fournie par M. Rammel, Sous-secrétaire d'état parlementaire chargé des Affaires étrangères et du *Commonwealth*, lors du débat parlementaire du 7 Juillet 2004, était que " il n'ya aucune population établie au *BIOT* et c'est pourquoi nous devons prendre les décisions que nous avons à prendre". Mais la section 9 affectait le droit d'une catégorie de personnes définie par 'affaire [ *Bancoult* (1)] de 2000 d'entrer au *BIOT*, avec un nombre connu de représentants. Non seulement manquait-il une opportunité réelle de débat démocratique hors ou dans le parlement, mais la procédure d'examen parlementaire des arrêtés en conseil par le comité des affaires étrangères aurait pu être et a été outrepassée par l'exécutif, de sorte que le comité n'eut vent de l'ordre du *BIOT* de 2004 seulement après qu'il ait été passé. (La preuve du Secrétaire d'Etat est que cette procédure inhabituelle fut complétée en 2002 par une requête spécifique du Comité demandant à voir toute ébauche d'arrêté occasionnant des changements constitutionnels dans les territoires d'outre-mer, requête à laquelle le Secrétaire aux Affaires étrangères répondit en déclarant qu'il prit "note". L'explication fournie après le 10 Juin 2004 par rapport à l'ordre de passage de l'examen parlementaire était qu'un secret absolu devait être maintenu "afin d'empêcher les Chagossiens de circonvenir l'ordre avant même que celui-ci ne soit effectif") ».

*Lord Mance* soutient que conformément au droit public il n'aurait pas été admissible que la Reine légifère par le décret-loi pour introduire une provision telle que

la section 9 du décret-loi sur la constitution du *BIOT* de 2004 pendant la période de 1965 à 1973, alors que les Chagossiens vivaient encore au *BIOT*. En 2004, ils conservèrent les mêmes droits qu'ils avaient lorsqu'ils vivaient encore au *BIOT*, avant leur déplacement. Il conclut donc que puisque la section 9 ne pouvait être introduite par ordre en conseil entre 1965 et 1973, elle ne pouvait non plus être introduite en 2004. Il réitère que le parlement du Royaume-Uni aurait pu légiférer sur cette affaire au cours d'un débat ouvert.

***C- Procès collectif pour une compensation financière adéquate: l'affaire Chagos Islanders***

Confiant de l'arrêt de l'affaire *Bancoult (1)* le 3 novembre 2000, les Chagossiens ont intenté un autre procès collectif cette fois avec l'affaire Chagos Islanders en 2003 sur la base entre autres du droit civil, des violations des droits de l'homme. Cette affaire avait pour autre intention d'augmenter les compensations financières obtenues en raison de l'expulsion forcée et de l'exil des années 1960 au début des années 1970. Ils ont perdu le procès car le juge Ouseley a trouvé qu'ils avaient déjà été indemnisés de façon adéquate et que de toutes les façons, en signant les formulaires de renoncement au moment où ils recevaient les indemnités, ils ont relevé le Gouvernement britannique d'une quelconque responsabilité supplémentaire vis-à-vis de leur situation financière causée par leur expulsion forcée et leur exil. Ils ont perdu la possibilité de faire appel du jugement du juge Ouseley qui déclare dans cette affaire :

« Je ne considère pas discutable le fait qu'il n'y ait pas de pouvoir du tout, de quelque manière qu'il soit décrété ou exprimé, de déplacer toute la population autochtone du *BIOT* pour des raisons militaires. Il peut ne pas être nécessaire du faire; cela pourrait aussi être disproportionné; que cela doive se faire relève de la décision politique. Mais dire que cela ne peut pas se faire, là où *les personnes ont été déplacées vers des pays dont ils étaient aussi citoyens, lesquels pays les acceptèrent,*

serait de nier l'essence de la souveraineté, et son essence dans le contexte d'une démocratie parlementaire avec des pouvoirs au-dessus de la Couronne en droit de ses colonies et qui a à substituer pour son règne, non du droit mais des juges (...) »<sup>628</sup>. (Emphase supplémentaire)

« Cela ne peut guère être à la cour d'évaluer le degré de perturbation sur les populations qui habitent sur îles, ce que toute politique étrangère ou militaire pourrait justifier, et de juger un décret ou son usage illégal ou légal en conséquence »<sup>629</sup>. (Emphase supplémentaire)

Le juge Ouseley a aussi fait référence à l'arrêt de la Cour d'Appel dans l'affaire *R (Abbasi) c. Secretary of State for Foreign Affairs* [2002] EWCA Civ 1589<sup>630</sup> pour dire que la Cour n'avait pas à interférer dans les affaires de la politique étrangère. La question de savoir si une cour interviendrait dépend de la nature administrative de l'arrêt, ou si oui ou non il y avait une politique qui pourrait donner lieu à une attente légitime. L'affaire de *Bancoult* (1) avait été conclue sur la base de la loi administrative d'*ultra vires*. Le juge Ouseley décide que la décision par le Gouvernement britannique de ne pas informer les Nations Unies qu'il venait de créer le *BIOT*, une toute nouvelle colonie à l'ère de la décolonisation, même si cela était controversé, autant pour créer la base militaire américaine sur Diego Garcia ou que pour dépeupler le *BIOT* de sa population autochtone pour réaliser cette fin, était un sujet de haute politique dans lequel la Cour ne devait pas interférer<sup>631</sup>.

Il continue plus loin en jugeant que la décision du Gouvernement britannique de n'informer ni les Chagossiens ni le Gouvernement mauricien du fait qu'il (le

---

<sup>628</sup> *Chagos Islanders* paragraphe 267.

<sup>629</sup> Ibid., paragraphe 271.

<sup>630</sup> Décidé en date du 6 novembre 2002 [2003 UKHRR76].

<sup>631</sup> Affaire *Chagos Islanders* paragraphe 342.

Gouvernement britannique) avait secrètement inséré une close dans la constitution mauricienne accordant une double nationalité aux habitants de l'archipel des Chagos, était aussi un sujet de relation extérieures que seule la branche exécutive du Gouvernement britannique était qualifiée à traiter et que les Cours, appartenant à la branche judiciaire, n'ont pas le pouvoir de s'y prononcer. Le juge Ouseley décide que « [à part], le Gouvernement de Maurice n'avait qu'à regarder dans sa constitution et dans son Acte d'Indépendance qui étaient clairs sur la position. Le premier ministre mauricien était au courant de cette position »<sup>632</sup>.

Le cas de l'affaire *Chagos Islanders* a pris note d'un nombre d'ouvrages et actes juridiques qui ont indiqué qu'une personne ne pouvait se baser sur des traités internationaux pour imposer des droits individuels, puisque cela n'était pas incorporé dans le droit interne du Royaume-Uni. Parmi ces instruments, on trouvait les archives du procès « *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry* »<sup>633</sup>. La même chose pourrait se dire des différents accords signés par les Gouvernements britannique et américain qui ont conduit à la création de la base militaire de Diego Garcia et à l'expulsion de sa population permanente. La seule instance dans laquelle la cour pourrait intervenir serait dans la révision de la décision administrative du Bureau des Affaires Etrangères et du *Commonwealth* dans la réalisation de cet objectif. La Cour a également pris note du contexte de la Charte des Nations Unies par rapport à cet arrêt et de la façon dont les pays membres des Nations Unies auraient eu des avis différents sur le sujet, et par conséquent elle prit la conclusion qu'il s'agissait d'un problème de haute politique dans laquelle elle ne pourrait pas intervenir<sup>634</sup>.

L'arrêt du juge Ouseley sur le dossier *Chagos Islanders* est surprenante dans le sens où les plaignants, il était exigé des Chagossiens demandant une compensation pour leur

---

<sup>632</sup> Ibid., paragraphe 343.

<sup>633</sup> [1990] 2 AC 418 à 499- 501.

<sup>634</sup> *Chagos Islanders* paragraphe 342.

expulsion forcée, d'en fournir des preuves malgré le fait que le projet initial avait été strictement confidentiel. Le dossier sur le litige en groupe n'était en soi possible qu'après que les documents classés « Top Secrets » de l'administration britannique eussent été déclassés, ne pouvant pas échapper à la règle des trente ans. Le juge Ouseley considéra que l'expulsion forcée des Chagossiens était une série d'actes séparés ne faisant pas partie d'un plan systématique délibéré conduit par les Gouvernements britannique et américain avec pour objectif la création de la base militaire de Diego Garcia.

Le passage suivant issu du verdict donné par le juge Ouseley est plutôt stupéfiant étant donné le fait que le juge Laws avait déjà établi dans son verdict sur le dossier *Bancoult (1)* tout un lot de matériel et de faits prouvant que le projet avait été planifié et exécuté en toute confidentialité, contournant tout contrôle politique de la part et du Parlement britannique, et du Congrès américain :

« J'ai déjà accepté qu'il est raisonnablement discutable de savoir si le retour des Chagossiens en 1967 et 1968 était dans les instructions ou, en effet à la requête des défendeurs, s'il était illégal. Je pense également qu'il est raisonnablement discutable que, dans ces circonstances, si le commissaire ou ses agents savait que ceux qui allaient à Maurice n'allaient pas pouvoir rentrer pour cette même raison, il y ait un devoir pour eux de les en informer. Cependant, il n'y a aucune preuve que l'un ou l'autre des défendeurs ou de leurs agents savaient que ceux qui partaient n'allaient pas avoir la permission de revenir. M. Moulinié pourrait avoir su quelles étaient les modalités de recrutement, il y aurait eu une attente commune que les Ilois pourraient être réemployés et ré-transportés vers l'île si tel était leur souhait ; bien entendu il n'y avait aucune d'obligation d'en faire autant de leur part, à n'importe quel moment. *Il est clair d'après les preuves des Chagossiens qu'ils se sont considérés de plein droit libre de faire ce choix et certains sont restés à Maurice pour une période importante, certains arrivant même avant que le BIOT ne soit formé. Il doit avoir été évident aux populations de l'archipel des Chagos qu'il n'y avait aucune*

*nouvelles recrues ou rentrants de Maurice en 1967, et d'autres encore ont quitté en mars 1968 apparemment sans demander s'il y avait possibilité de rentrer. ...Cependant Moulinié n'était pas l'agent du BIOT au moment du transport vers Maurice de ceux qui voulaient partir ou lorsqu'ils ont dit ou ont échoué à les informer quant à la possibilité de pouvoir rentrer. Le fait que certains Ilois aient reçu le conseil de partir vers Maurice en raison de soins médicaux n'imposait aucun devoir différent et certainement pas sur les défendeurs. M. Moulinié peut s'être rendu compte que le recrutement de ceux qui partaient en 1967 et en 1968 n'était pas certain et que rien n'a été dit ; il peut être critiqué pour cela. Cependant, cela ne constitue en rien quelque chose pour quoi les défendeurs seraient tenus responsables, en tant que violation de tout devoir par eux, ou autre illégalité, mis à part ce dont ils étaient au courant auquel ils étaient négligemment indifférents »<sup>635</sup>. (Emphase supplémentaire)*

Les conclusions dans ces paragraphes sont inadéquates pour les raisons suivantes:

1. Le Gouvernement britannique s'était rendu compte beaucoup plus tôt que la population autochtone de l'archipel des Chagos devrait être évacuée et ceci dans le respect de leurs engagements envers le Gouvernement américain quant à la condition que toutes les îles devraient être exemptes de toute population civile ;
2. Ces activités faisaient clairement partie de l'exécution du plan du Gouvernement britannique pour dépeupler les îles afin de donner effet à leurs accords avec le Gouvernement américain ;
3. Même le Premier Ministre britannique avait été informé que les îles allaient devoir être dépeuplées ; et
4. M. Moulinié agissait clairement comme agent du Gouvernement britannique (voir les différents télégraphes envoyés à son attention ou envoyés par lui-même ; voir aussi ses avis dans le film « Stealing a Nation »)

---

<sup>635</sup> *Chagos Islanders*, paragraphe 298.

Il y a eu beaucoup de reportages dans les journaux britanniques vers la fin des années 1970 sur le sort des Chagossiens qui avaient été piégés sur l'Île Maurice et à qui on avait refusé le permis de rentrer sur l'archipel des Chagos<sup>636</sup>. C'était la première fois que le public britannique était informé de la création du *BIOT*, la création d'une base militaire sur Diego Garcia, ainsi que de l'expulsion *manu militari* des Chagossiens pour laisser la voie libre à la base militaire. Il y eut à ce moment un aveu du Gouvernement britannique dans une certaine mesure sur son rôle dans la situation des Chagossiens et l'opinion publique britannique demandait que leur retour sur l'archipel des Chagos soit facilité. Malgré la dénégalation de la responsabilité du Gouvernement britannique dans la déportation des vers Maurice et Seychelles entre 1964 et 1968, le juge Ouseley, dans son verdict sur le dossier *Chagos Islanders* continue et déclare dans le paragraphe 135 :

« En tout événement, s'il y avait eu un devoir de ne pas empêcher le retour de population de l'archipel des Chagos ou même de le faciliter, il n'y aucune preuve que l'un des défendeurs ou officiels ait été au courant d'un tel devoir, ou y était négligemment indifférent. Il n'y a rien qui suggère qu'il a eu ou qu'il a été prévu d'avoir un devoir de réemployer ceux qui sont partis à l'Île Maurice, ou de requérir leur emploi quelles que seraient les conditions économiques, ou de leur donner des moyens de transport ou des moyens de subsistance. Aucun des défendeurs n'avait employé ou transporté les Ilois ; ils n'ont pas été abandonnés par les défendeurs dans un endroit isolé où ils les auraient transportés »<sup>637</sup>.

Le juge Ouseley affirme que les Chagossiens qui ont quitté le territoire entre 1964 et 1968 l'ont fait volontairement. Le juge déclare « ces Ilois sont volontairement partis vers

---

<sup>636</sup> « *The Islanders that Britain Sold* », Sunday Times (Londres), 1975, p. 10.

<sup>637</sup> Affaire *Chagos Islanders* paragraphe 305.



un pays dont ils étaient des citoyens et dans lequel certains d'entre eux jouissaient de relations familiales à des degrés variés »<sup>638</sup>.

Il déclare plus loin que s'ils avaient été incités à partir par la société qui gérait les plantations, le Gouvernement britannique n'était pas responsable, puisque la société n'agissait pas en tant qu'agent du Gouvernement britannique. Le juge Ouseley déclare :

« Le Gouvernement mauricien aurait pu penser en mars 1968 que le non-retour [des Ilois piégés à l'île Maurice] était de la responsabilité du *BIOT* mais cela n'est simplement le résultat d'une preuve. A partir d'octobre 1968, après l'arrêt des Etats-Unis d'Amérique de juillet 1968, il y a des preuves que les défenseurs [Gouvernement britanniques] envisageaient la prévention de recruter des Ilois à cause des problèmes liés à la réinstallation, mais ils ne l'ont pas fait pour autant. En effet, il y avait une limite, selon M. Moulinié, de 250 sur le nombre des travailleurs de sexe masculins sur Diego Garcia. Il n'a aucun document qui appuie cette donnée, mais si cela est correcte, les chiffres de la population montrent que cette limite n'avait aucun risque d'être dépassé et par là n'a pas agi comme une contrainte sur le recrutement des Ilois »<sup>639</sup>.

« Les défenseurs n'ont rien fait pour assister ou requérir le retour des Ilois ... il n'y a aucune obligation locale pour un Gouvernement d'arranger le retour de ses citoyens aux territoires où ils peuvent résider. Il ne peut pas être dit qu'il y avait une obligation de la part de la défense d'arranger le retour des Ilois vers les îles, sans parler de celle de les nourrir ou les loger »<sup>640</sup>.

Malgré les preuves démontrant qu'au moment de l'expulsion finale des vers l'île Maurice et les Seychelles, il n'y avait aucun arrangement pour leur réinstallation.

---

<sup>638</sup> Ibid., paragraphe 135.

<sup>639</sup> Ibid., paragraphe 303.

<sup>640</sup> *Chagos Islanders*, paragraphe 304.

Laissant de côté le fait que ceux qui ont été expulsés vers les Seychelles eurent à utiliser temporairement une prison désaffectée comme logement, le juge Ouseley affirme et réaffirme que les Chagossiens ont seulement été expulsés après que des arrangements aient été mis en place pour leur départ vers des pays dont ils étaient citoyens et qui avaient accepté de les recevoir<sup>641</sup>. Le juge s'appuie sur l'affaire de *R c. Secretary of State Ex Parte Tharkar*<sup>642</sup> selon laquelle le principe que l'Etat n'est pas obligé, selon le droit international, d'admettre ses ressortissants qu'en cas de leur expulsion par un autre Etat, chose sur laquelle un individu ne peut s'appuyer, ne peut pas s'appliquer là où il s'oppose aux règles de l'immigration.

Le juge décide que l'île Maurice et les Seychelles, pays qui avaient accepté de les recevoir des Chagossiens. Le fait que les Chagossiens ne savaient pas qu'ils n'allaient jamais rentrer chez eux et qu'il ne leur avait pas été donné l'opportunité de rassembler leurs biens, ni les moyens de les transporter, ne semble pas avoir de l'importance aux yeux du juge.

Le juge Ouseley ne reste de l'avis qu'au moment de l'évacuation finale de Peros Banhos et de Salomon, il n'avait aucune menace utilisée par le Gouvernement britannique et/ou ses agents pour les forcer à partir. Le juge passe sur le fait, qu'il remet en question, que les chiens des Chagossiens ont été étouffés en masse en leur présence. Le juge délibère « qu'il n'y a pas la moindre preuve de menaces ou d'usage effectif de la force pour réaliser l'expulsion des Chagossiens, et que s'il y en avait, le défendeur n'en était aucunement responsable »<sup>643</sup>.

---

<sup>641</sup> Ibid., paragraphes, 312, 350.

<sup>642</sup> [1974] QB 684 CA cité dans *Chagos Islanders*.

<sup>643</sup> *Chagos Islanders*, paragraphe 331. Les plaignants avaient ajouté, sans témoin pour y attester, une photo qui montrait une réunion au cours de laquelle un officier américain informait les Chagossiens de leur évacuation finale.

Dans le cas *Chagos Islanders*, le juge Ouseley renverse un bon nombre de conclusions que le juge Law avait prises dans l'affaire *Bancoult* (1). Le juge Ouseley semble suggérer que la Couronne britannique est un propriétaire foncier privé dans l'archipel des Chagos et que, par conséquent, son traitement des Chagossiens ne peut être revu que dans cette perspective. Ceci semble suggérer qu'en droit public, le Gouvernement britannique ne peut pas être considéré comme administrateur de l'archipel des Chagos et de ses habitants. Le juge déclare :

« Si le propriétaire de la terre avait décidé d'abandonner la gestion des plantations de cocotiers et d'expulser le peuple de l'archipel des Chagos pour donner la voie à une entreprise touristique, il y aurait lieu d'un débat politique sur ce qui se passerait et non d'un débat juridique sur les pouvoirs du propriétaire de la terre, (en présumant que les Ilois n'avaient pas de droits fonciers eux-mêmes). Il n'y a aucune obligation dans la législation d'empêcher un propriétaire de la terre d'empêcher l'accès à sa terre à ceux qu'il ne désire pas y laisser résider »<sup>644</sup>.

Le juge est seulement préparé à accepter « qu'il est raisonnablement discutable que l'usage des droits de titre fonciers pour évacuer toute la population du *BIOT* était illégal, à cause des remarques de la Cour divisionnaire dans *Bancoult* (1) »<sup>645</sup>. Il conclut que les fonctionnaires du Gouvernement britannique ne pouvaient pas savoir qu'il y avait une limitation de l'usage des pouvoirs du droit privé dans la régulation de relations du droit public et négligeaient les résultats de leur agissement. Plus loin, le juge Ouseley affirme que l'arrêt du cas *Bancoult* (1) n'aurait pas pu impliquer qu'une fois que la Couronne britannique avait acquis la terre au sein de l'archipel des Chagos en 1967, il y avait une obligation de la part du commissaire du *BIOT* de fournir des logements, des écoles et autres services sociaux aux Chagossiens pendant qu'ils étaient encore là. Il décide par

---

<sup>644</sup> Ibid. paragraphe 327.

<sup>645</sup> *Chagos Islanders*, paragraphe 329.

conséquent que même si cette obligation avait existé de la part de la Couronne britannique, représenté par le commissaire du *BIOT*, cette responsabilité cessa d'exister une fois que « des arrangements avaient été établis pour que le Ilois partent vers un pays dont ils étaient citoyens et qui avait accepté de les recevoir »<sup>646</sup>.

Le juge Ouseley réduit l'ampleur du problème des Chagossiens qui ont été piégés à l'île Maurice après s'y être rendus volontairement pour des raisons médicales, comme cela se faisait depuis plusieurs années, et ceux qui avait été poussés au départ par la société qui gérait les plantations de cocotiers, à l'aide de fausses excuses et qui se virent refuser le permis de retour, prétextant qu'il s'agissait d'un problème de relations de travail entre les Chagossiens et la société qui s'occupait des plantations de cocotiers. Le juge déclare:

« Il n'y a aucune obligation d'exiger des employeurs qu'ils emploient des individus particuliers ou qu'ils leur fournissent les moyens de transport pour aller ou revenir de Chagos. Il n'y a aucune obligation sur la législature de décréter ni sur le Souverain a exigé du commissaire de légiférer, ni si la Reine avait passé une telle loi elle-même. Je ne vois rien dans Bancoult qui soutiendrait une telle approche »<sup>647</sup>.

Le juge Ouseley va jusqu'à déclarer que l'*ordonnance* du *BIOT* de 2000 sur l'Immigration ne permettait pas aux Chagossiens de retourner à l'archipel des Chagos car il s'agit d'une propriété privée. La Couronne britannique a acquis toute la terre de l'Archipel en l'achetant par obligation de la *Chagos Agalega Company Ltd* en 1967, à travers l'*ordonnance* numéro 1 de 1967 sur l'acquisition obligatoire de terres à des fins publiques ainsi que l'*ordonnance* numéro 2 de 1967 sur l'Acquisition obligatoire de terres à des fins publiques (traité privé). La Couronne britannique donna immédiatement la

---

<sup>646</sup> Ibid.

<sup>647</sup> *Chagos Islanders*.

terre en location à la même société jusqu'en 1973, au moment où le projet de la base militaire américaine était suffisamment avancé et requérait l'évacuation de la population civile Chagossienne. Le juge Ouseley va plus loin et déclare que l'arrêt du cas *Bancoult* (1) était la seule raison pour laquelle le Gouvernement britannique concéda au comité des Nations Unies pour les droits de l'Homme que son interdiction aux Chagossiens de rentrer sur leur territoire était illégale<sup>648</sup>.

En date du 22 juillet 2004, la Cour d'appel du Royaume-Uni prit la décision de décliner la demande d'appel des Chagossiens contre le verdict du juge Ouseley<sup>649</sup>. La décision fut prise après la promulgation des décrets-lois du *BIOT* du 10 juin 2004. La Cour d'Appel accepta les conclusions du juge Ouseley selon lesquels les Chagossiens qui avaient signés les formulaires de renonciation au moment de la réception de leur compensation financière au début des années 1980, ne pouvait réclamer des compensations supplémentaires étant donné qu'ils avaient renoncé à leur droit de revendiquer toute compensation supplémentaire ainsi qu'à leur droit de retour dans l'archipel des Chagos<sup>650</sup>. La Cour d'appel conclut aussi que l'exil, dont les Chagossiens affirmaient qu'il leur avait été imposé, n'était pas un délit en soi pour lequel ils pouvaient porter plainte<sup>651</sup>. La Cour conclut également que toute représentation faite par les fonctionnaires du Gouvernement britannique aux Chagossiens ne pouvait pas être accusée d'être mensongère et qu'ils ne pouvaient pas porter des revendications de malversation dans les bureaux officiels contre les fonctionnaires du Gouvernement britannique<sup>652</sup>. La Cour conclut cependant en disant « qu'il ne serait pas trop tard pour faire du retour [des Chagossiens vers l'archipel des Chagos] une possibilité, mais qu'un

---

<sup>648</sup> Voir Observations Concluantes du Comité pour les droits de l'homme en date du 5 novembre 2001, contenues dans le document des NU CCPR/CO/73/UK/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1

<sup>649</sup> [2004] EWCA Civ 997.

<sup>650</sup> EWCA, op.cit. paragraphe 19.

<sup>651</sup> Ibid paragraphe 22.

<sup>652</sup> Ibid paragraphes 32 et 29 respectivement.

tel résultat dépendait des ressources économiques et de la volonté politique, et non de l'adjudication »<sup>653</sup>.

***PARAGRAPHE II - Plaintes déposées par les Chagossiens devant les Cours américaines***

En plus des décisions des Cours britanniques, les Chagossiens ont aussi conduit leurs plaidoiries devant la *Circuit Court* (cour itinérante) américaine du district de Columbia à Washington en 2002 et ont fait appel à la *District Court* (cour fédérale de grande instance) en 2004. L'action était engagée contre les autorités actuelles et anciennes américaines en vue d'une compensation et d'un dédommagement dus à leur expulsion forcée et à la destruction de leurs biens. En plus de la Charte des Nations Unies, ils ont aussi basé leur plaidoirie sur d'autres conventions des Nations Unies sur les droits de l'homme comme la convention contre la torture et autres traitements et punitions dégradants, inhumains et cruels<sup>654</sup> ; la CERD ; la PIDCP; ainsi que la convention sur la prévention et la punition du crime de génocide.

La règle du « *headquarters rule* » requiert que même si l'on ne peut pas porter plainte contre le Gouvernement américain pour des actes commis en dehors des frontières du pays, on peut en faire autant tout en démontrant que les décisions relatives à ce problème ont été prises par le Gouvernement américain à Washington. Les Chagossiens ont par conséquent affirmé que la *District Court* du district de Columbia avait la compétence du fait que la plupart des actes et omissions ayant conduit au procès s'étaient produits dans la même circonscription, et plus précisément au siège du Gouvernement américain, à Washington. Les Chagossiens déclaraient que leur action « ne s'adressait pas ni ne cherchait à interférer dans les problèmes de la politique étrangère, de la sécurité nationale, ou des décisions de la politique militaire

---

<sup>653</sup> Ibid paragraphe 29.

<sup>654</sup> La Convention est entrée en vigueur aux Etats-Unis en date du 20 novembre 1994.

américaine ». Ils cherchaient plutôt à obtenir le soulagement de leur « mauvais traitement » ainsi que le redressement de la mauvaise conduite des autorités américaines lors de l'expulsion *manu militari* des Chagossiens et de la destruction de leurs biens.

La doctrine en vigueur aux Etats-Unis d'Amérique maintient qu'une plainte ne peut être traitée au sein d'une Cour américaine s'il s'agit d'un problème politique, ce qui le renvoie sur le domaine du Congrès ou du Cabinet, basé sur le principe de séparation des pouvoirs entre les trois branches du Gouvernement américain, en l'occurrence le Congrès, le Cabinet et le Judiciaire. La doctrine avait été développée par la Cour Suprême Américaine lors du cas de *Baker c. Carr*<sup>655</sup>. Conformément à cette doctrine, il y a six critères à considérer pour déterminer si une question est du ressort du Judiciaire, du Cabinet ou du Congrès. Ces critères sont:

- (1) un engagement constitutionnel démontrable textuellement de la question à un département politique coordonné; ou
- (2) un manque de standards juridiquement gérables pour sa résolution; ou
- (3) l'impossibilité de sa décision sans une politique de détermination initiale de nature non juridique; ou
- (4) l'impossibilité d'une action entreprise par une cour de façon indépendante sans que ce soit l'expression d'un manque de respect envers les autres sections du Gouvernement; ou
- (5) un besoin inhabituel de l'adhérence inconditionnelle à une décision politique déjà prise; ou
- (6) un risque de confusion créée par des déclarations divergentes de plusieurs départements sur une question<sup>656</sup>.

---

<sup>655</sup> 369 U.S. 186 217 (1962).

<sup>656</sup> C. NAUVEL, *A Return from Exile in Sight: : The Chagossians and their Struggle*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 5 2006 p. 96 – 119.

Si le problème répond à l'un de ces critères par l'affirmatif, la question ne peut alors être traitée au sein d'une Cour américaine, et par conséquent, elle devra être traitée soit par le Cabinet soit par le Congrès américain.

Dans la tentative d'échapper à ce défi, les Chagossiens décidèrent de plaider dans la *District Court* de Washington, qu'ils n'étaient pas en train de remettre en question la légalité ou « la sagesse politique de la décision des Etats-Unis d'Amérique de négocier avec le Royaume-Uni ou d'établir la base militaire de Diego Garcia » mais que le sujet de leur plaidoirie était plutôt la légalité ou l'illégalité de l'exécution de cette politique<sup>657</sup>. La *District Court* du district de Columbia, lors du procès *Bancoult et al c. McNamara et al*, rejeta la procédure se basant sur la doctrine politique. La Cour décide que ce que les Chagossiens demandaient de faire était de juger la rationalité de la décision du Cabinet de signer un traité avec le Royaume-Uni pour l'établissement d'une base militaire sur Diego Garcia et le dépeuplement de l'archipel des Chagos à cette fin. Elle conclut que l'affaire relevait de considérations de la politique militaire et étrangère dans un contexte de la guerre froide et était du fait d'une nature purement politique.

La *District Court* décide que l'affaire répondait affirmativement aux critères (2) à (6). La Cour décida alors de rejeter la procédure car en faisant autrement, « elle substituerait son décision à celui des branches politiques et de déterminer les besoins militaires américains dans l'océan Indien »<sup>658</sup>. La Cour affirmera néanmoins que le congrès américain ainsi que le cabinet étaient à un certain moment au courant des conséquences négatives qui affecteraient la population Chagossienne quant à l'établissement de la base militaire sur Diego Garcia, mais avaient décidé de l'approuver<sup>659</sup>.

---

<sup>657</sup> Ibid p. 12 – 13.

<sup>658</sup> Décision de la *Circuit Court* p. 15.

<sup>659</sup> Ibid., p. 16- 17.



Le *Federal Torts Claims Act* (FTCA) ainsi que l'*Alien Torts Claims Act* (ATCA) fournissent aux employés fédéraux américains une protection contre leur responsabilité dans leurs décisions au cours de l'acquittement de leurs devoirs, en l'occurrence les autorités de l'armée américaine et de la marine américaine pour leur rôle dans l'établissement de la base militaire de Diego Garcia. Ils peuvent invoquer la défense de « l'immunité souveraine » lorsqu'ils sont confrontés à des plaintes d'étrangers comme celles des Chagossiens. Les Chagossiens échouèrent à déjouer l'usage de cette immunité dans leur affaire. Elle fut présentée en appel à la *District Court* de Washington dans l'affaire « *Bancoult et al v McNamara et al* 445 F.3d 427 » (D.C Cir.2006), lorsque encore une fois, la *District Court* de Washington confirma l'arrêt de la *Circuit Court*. Même si les Chagossiens prévoient de faire appel à la Cour Suprême américaine, ils ont peu de chance à gagner car les autorités américaines évoqueront encore une fois la même défense de l'immunité souveraine ainsi que le problème de la doctrine politique. Les Chagossiens ont également peu de chance à réussir dans leur plaidoirie concernant le fait que les Etats-Unis n'ont pas le droit à l'Immunité Souveraine contre une poursuite judiciaire puisque leur expulsion *manu militari* était une violation des normes péremptoires du droit international, auquel les Américains ne peuvent pas opposer leur immunité.

### **SECTION III - PROGRAMME DE RESTITUTION PROPOSE AUX CHAGOSSIENS**

Le département britannique responsable des territoires d'outre-mer (*FCO*), et par conséquent du *BIOT*, a commandé deux études de faisabilité pour une réinstallation possible sur l'archipel des Chagos. La première fut conduite en 1999 en anticipation du verdict de *Bancoult (1)* du 3 novembre 2000. Cette étude a été préparée par des représentants du département pour le développement international (*Department for International Development : DFID*). La deuxième étude fut commandée en 2000 suite au

verdict de *Bancoult (1)*. Elle fut conduite par des consultants de la *Postford Haskoning* et publiée en 2002.

Il y eut une controverse à propos de la possibilité d'interférence et d'altération des conclusions des consultants de la *Postford Haskoning* de la part du représentant du *FCO* avant que ses conclusions ne soient publiées en 2002. La controverse est liée à la question de savoir si les conclusions de ces consultants au sujet de la possibilité de la réinstallation d'une population civile permanente sur l'Archipel étaient fiables ou non<sup>660</sup>. Il est cependant indubitable que les études de 1999 et 2002 ont toutes trouvées la possibilité de réinstallation sur l'archipel faisable. Toutefois, Il ne fait aucun doute que les études de faisabilité de 1999 et de 2002 ont trouvées le projet de réinstallation de l'archipel des Chagos faisable. La *Chambre des Lords* s'appesantit sur cette question dans l'affaire *Bancoult (4)* mais n'arriva à aucune conclusion finale. La présente étude soutient que les études de faisabilité menées par le Gouvernement britannique indiquent qu'il est pratique et faisable de ré-établir les Chagossiens dans leur terre natale.

En mars 2008, le GRC a publié une proposition de réinstallation sur l'archipel des Chagos intitulée : « *Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Archipelago* »<sup>661</sup>. La proposition est basée sur les conclusions des deux études de 1999 et de 2002 susmentionnées. La proposition part de la présomption que la réinstallation sur l'archipel des Chagos est à la fois faisable et praticable<sup>662</sup>. Elle envisage un processus de réinstallation en phases, initialement pour 800 à 1000 personnes et finalement pour

---

<sup>660</sup> Voir le septième rapport sur 2007 – 08 de la *House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories*, datant du 18 juin 2008 HC147 II publié le 7 juillet 2008 Ev 28 *House of Commons*, Royaume-Uni 2008 à Ev 22. Les avocats du *Groupe des Réfugiés de Chagos* soutiennent que le projet de rapport qu'ils ont reçu en 2000 n'avait pas de restriction et qu'une telle restriction avait été écrite à la main sur le projet et finalement publié comme s'il était original.

<sup>661</sup> *Chagos Refugees Group and Chagos Support Group UK, Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, mars 2008.

<sup>662</sup> *Ibid.*, p. 6.

2500 personnes, ce qui représente en fait seulement la moitié de la population chagossienne, puisque l'autre moitié a indiqué qu'elle souhaitait uniquement avoir le droit de s'y rendre temporairement afin de rendre visite à des parents et de pouvoir se recueillir sur les tombeaux de leurs ancêtres. La proposition s'appuie sur le fait que les décisions différents de *Bancoult* ont établi que les Chagossiens avaient le droit de se réinstaller sur les îles alentour de Peros Banhos et de Salomon et n'envisage pas que les anciens habitants de Diego Garcia aient droit à s'y réinstaller. Les anciens habitants de Diego Garcia ont accepté d'être réinstallés sur les îles alentour même s'ils gardent l'espoir de rentrer sur Diego Garcia un jour.

### ***PARAGRAPHE I - Le coût de la réinstallation sur l'archipel des Chagos***

Le rapport écrit du Secrétaire britannique du *FCO* de juin 2004 dit que l'une des raisons expliquant la promulgation des ordonnances de 2004 relatives à la constitution du *BIOT* était basée sur le fait que les conclusions de l'étude de faisabilité conduite par les consultants de la *Postford Haskoning* en 2002 disaient que la réinstallation sur l'archipel des Chagos serait précaire et coûteuse. Lorsque la question fut soulevée aux auditions du Comité de la *UK House of Commons Foreign Affairs* en 2008, le *Groupe des Réfugiés de Chagos* a souligné que les termes de référence de l'étude conduite par la *Postford Haskoning* n'incluaient pas l'estimation du coût de la réinstallation, et que dès lors, l'affirmation que la réinstallation des Chagossiens sur leur propre territoire coûterait environ 40 millions de livres sterling sur une période de dix ans n'a pas son origine dans l'étude de faisabilité, mais est plutôt une estimation du *FCO*<sup>663</sup>.

La proposition de réinstallation par les Chagossiens estime le coût de la réinstallation, excluant le développement du secteur privé du tourisme, à 25 millions de livres sterling

---

<sup>663</sup> *Rapport du comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer (Foreign Affairs Committee Report On Overseas Territories)*, juillet 2008, Ev 23.

sur une période de 5 ans<sup>664</sup>. La proposition suggère que l'archipel des Chagos a le potentiel, avec des investissements dans le secteur touristique privé, de générer un revenu important et de devenir le territoire britannique le plus autosuffisant parmi les territoires britanniques d'outre-mer actuellement non autonomes et ayant besoin d'un soutien financier de la part du *DFID*. Un cas comparable à celui-ci est celui des Iles Malouines (Falkland) avec une population de moins de 3000 habitants qui sont devenus autosuffisants après un investissement initial du Royaume-Uni pendant les années 1970 et après la guerre anglo-argentine de 1982 causé par le litige au sujet de la souveraineté sur ces îles<sup>665</sup>. L'industrie poissonnière contribue actuellement à 55% du PNB. Le rapport du FCO comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer (*Foreign and Commonwealth Committee*) indique que le Royaume-Uni a accordé 250 millions de livres sterling à Montserrat depuis les éruptions volcaniques de 1995 et 1996<sup>666</sup>. Le Royaume-Uni continue de verser une aide à Montserrat à raison de 15 millions de livres sterling par an<sup>667</sup>.

Le rapport *Derasine* estime que le Gouvernement britannique distribue 25 millions de livres sterling par an pour des projets de développement dans des territoires d'outre-mer.<sup>668</sup> Ceci signifie que le coût estimé de la réinstallation sur l'Archipel des Chagos, d'environ 5 millions de livres sterling par an pour une période de cinq ans, est abordable

---

<sup>664</sup> *Returning Home*, p. 8.

<sup>665</sup> *Rapport du comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer*, op.cit. Voir paragraphe 19 de Ev 148, qui indique qu'au cours des deux dernières décennies le Royaume-Uni a dépensé des milliards de livres sterling dans la défense des Iles Falkland.

<sup>666</sup> Ibid. Montserrat a reçu 80 millions de livres sterling en 2003 après avoir expérimenté des désastres naturels. Voir aussi le rapport *Derasine* à la p. 45 aussi cité par S. ALLEN *Looking Beyond the Bancoult Cases: International Law and the Prospect of Resettling the Chagos Islands*, *Human Rights Law Review* (2007) 7:3 441 – 482, p. 452.

<sup>667</sup> *Rapport du comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer*, op.cit.

<sup>668</sup> Voir le rapport *Derasine*, p. 54. Les conclusions de ce rapport sont publiées par David Vine sous le titre : « *The Impoverishment of Displacement: Models for Documenting Human Rights Abuses and the People of Diego Garcia* », (2006) 13 *Human Rights Brief*, p. 21.

pour le Gouvernement britannique<sup>669</sup>. Il a été suggéré que le Fond Européen de Développement (FED) soit également mis à disposition pour financer la réinstallation des Chagossiens puisque le *BIOT* est sur la liste des bénéficiaires potentiels du FED<sup>670</sup>. Le procès de la *Chambre des Lords* du 22 Octobre 2008 déclara à 'affaire *Bancoult (4)* que le cout serait élevé au point d'être prohibitif. La Cour indiqua aussi que le Gouvernement britannique n'avait aucune intention de financer la réinstallation des Chagossiens sur leur terre natale. La présente étude soutient que le droit international permet aux Chagossiens de bénéficier du droit de retour et de restitution, sous forme de réhabilitation de leurs Iles. Une compensation financière adéquate leur permettrait de se ré-établir dans leur terre natale.

### ***PARAGRAPHE II - Différentes approches pour affirmer leur droit à restitution***

Nous avons montré que l'expulsion brutale et l'exil des Chagossiens se sont faits en violation de plusieurs actes juridiques internationaux des droits de l'homme et s'élèvent à une violation massive de plusieurs de leurs droits humains. La question serait de savoir comment les Chagossiens peuvent faire usage de ces actes juridiques pour réclamer un recours pour les violations massives de leurs droits en tant qu'êtres humains, et faire porter la responsabilité de ces violations au Gouvernement britannique. Nous

---

<sup>669</sup> J. PILGER a noté dans son film « *Stealing a Nation* » qu'une seule résidence diplomatique britannique coûte aux contribuables britanniques 5 millions de livres sterling par an. Le rapport *Derasine Report* souligne d'autres exemples comme Sainte-Hélène qui a une population de 4007 habitants et reçoit son budget du Royaume-Uni. Montserrat a reçu 80 millions de livres sterling en 2003 après avoir expérimenté des désastres naturels.

<sup>670</sup> *Rapport du comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer*, op.cit., Ev 23 et 108. Cette proposition a été faite par l'avocat qui représentait les Chagossiens aux auditions du FCA. Il est à noter cependant que la soumission par le *Foreign and Commonwealth Office* aux auditions du FCA a qualifié ceci en déclarant que le FED est disposé à financé des projets de développement dans les territoires d'outre-mer et non autonomes ayant des populations installées. Voir le rapport du *Foreign Affairs Committee*, Ev 147. Ceci implique que le BIOT que le BIOT pourrait ne pas être financé par le FED jusqu'au moment où les Chagossiens y auront été réinstallés. Dans tous les cas, l'intention est de rendre disponible des fonds pour leur réinstallation.

envisagerons plusieurs alternatives pour arriver à la meilleure résolution possible du problème pour qu'ils puissent réaliser leurs droits.

***A- Leçons tirées du tribunal des revendications nucléaires de la République des Îles Marshall (RIM)***

Le tribunal des revendications nucléaires a été créé relativement à la section 177 du Pacte d'Association Libre entre les Etats-Unis d'Amérique et la RIM. Selon cette section 177, les Etats-Unis d'Amérique ont contribué d'une somme de 150 millions de dollars américains pour permettre au tribunal de compenser les réclamations des habitants de la RIM conséquentes aux essais nucléaires conduits par les Etats-Unis d'Amérique dans les atolls de Bikini, d'Enewetak, de Rongelap et d'Utrik de 1946 à 1958.<sup>671</sup> Le tribunal des revendications nucléaires a déjà accordé des compensations s'élevant à 500 millions de dollars américains, rien que pour les atolls de Bikini et d'Enewetak, ce qui dépasse de loin les 150 millions mis à sa disposition par le Gouvernement américain.

Les habitants de la RIM ont déjà présenté plusieurs plaintes à la « *US Court of Claims* » et à la « *US Federal Court* » pour davantage de compensation financière. Les habitants de Bikini ont été déplacés à plusieurs reprises d'une île à une autre. Ils ont pu prouver que leurs multiples déplacements forcés équivalaient à de multiples expropriations, qui devaient être compensées individuellement. Ils ont également porté plainte contre le Gouvernement américain pour sa responsabilité de compenser totalement les dommages qu'ils ont subi lors de leurs déplacements forcés. Ils ont porté plainte à la fois pour les dommages causés individuellement, et pour les dommages causés à leur environnement. Les dommages individuels incluaient les coûts déjà subis aussi bien que les coûts à venir pour leur santé, leur propriété et leurs intérêts économiques. Même si les Chagossiens ont échoué dans leur plaidoirie auprès des cours américaines, l'affaire de la RIM donne un exemple utile de comparaison sur la nature des

---

<sup>671</sup> T. LUM, et al, op.cit.

réclamations qu'ils auraient pu faire s'ils avaient pu surmonter l'obstacle de la juridiction et de la responsabilité du Gouvernement américain. Les Chagossiens n'ont cependant jamais été citoyens américains et il est presque impossible de tenir le Gouvernement américain responsable des violations massives des droits humains des Chagossiens.

***B- Une approche basée sur le BIOT en tant que territoire britannique d'outre-mer***

Nous avons montré plus hauts que la réinstallation sur l'archipel des Chagos est faisable et soutenable en pratique et qu'elle est financièrement abordable pour le Gouvernement britannique. Le Gouvernement britannique pourrait envisager la réinstallation des Chagossiens de la même manière qu'il a accordé une aide au développement pour ses autres petites îles d'outre-mer, en l'occurrence Montserrat après les éruptions volcaniques et les Îles Falkland (Malouine) après la guerre anglo-argentine de 1982. Cette approche est cependant limitée par le fait qu'elle ne se base pas sur le concept de restitution, ce qui est en fait l'essence même du problème chagossien: remettre les Chagossiens dans la situation dans laquelle ils pourraient être n'eut été leur expulsion brutale et leur envoi en exil. L'affaire des Inuit de Thulé au Groenland montre que les Chagossiens auraient dû être consultés avant la construction d'une base militaire sur leur terre. Ils auraient dû avoir le droit de cohabiter avec la base militaire américaine et de recevoir une compensation adéquate pour leur « déplacement interne » vers les autres îles de l'archipel des Chagos dans le but de permettre la construction de la base militaire de Diego Garcia. La distance entre Diego Garcia et les autres îles, en l'occurrence Peros Banhos et Salomon, est assez grande pour permettre d'y installer une population civile. Dans tous les cas, il y a actuellement plus de 2500 Philippins et Sri Lankais civils travaillant sur la base militaire de Diego Garcia<sup>672</sup>. Cette population civile est à peu près de la même taille que celle des Chagossiens qui

---

<sup>672</sup> *Rapport du comité des affaires étrangères sur les territoires d'outre-mer (Foreign Affairs Committee Report Onon Overseas Territories)*, Ev 21.

souhaitent rentrer et vivre sur les îles voisines de l'archipel. Avec une formation adéquate, un bon nombre des Chagossiens pour être employés sur la base militaire à la place des Philippins et des Sri Lankais. Il y actuellement seulement 3 (trois) Chagossiens employés sur la base militaire. Ils sont les seuls à avoir été autorisés à travailler sur Diego Garcia depuis l'expulsion brutale et l'envoi en exil des Chagossiens. Ceci est le résultat d'une politique délibérée des entrepreneurs ayant des contrats sur Diego Garcia, de ne pas employer des Chagossiens<sup>673</sup>.

Si l'on considère les procédures judiciaires relatives aux affaires *Bancoult*, en particulier la décision d'utiliser des moyens législatifs désuets comme lors de la promulgation des ordonnances de 2004 sur la constitution et l'immigration dans le *BIOT* pour annuler les arrêts du système judiciaire indépendant qui eut à se faire comme si rien n'était, il serait encore plus difficile d'espérer que le Gouvernement britannique soit proactif quant à l'exécution du programme de réinstallation des Chagossiens. Il est alors impératif de considérer des procédures plus coercitives pour obliger le Royaume-Uni à honorer ses obligations internationales basées sur les traités qu'il a volontairement signés et vis-à-vis desquels il est dès lors devenu redevable. Comme mentionné ci-dessus, la *Chambre des Lords* du Royaume-Uni soutint le 22 Octobre 2008 que le Gouvernement britannique n'avait aucune intention de permettre aux Chagossiens de retourner sur leur terre natale. La Cour affirma donc que ce n'était pas là le forum approprié pour contester la branche exécutive du Gouvernement, qui a la responsabilité de prendre les décisions relatives aux questions de défense et d'affaires étrangères. La *Chambre des Lords* conclut donc que les Chagossiens n'avaient pas le droit de retourner sur leur terre natale.

---

<sup>673</sup> Ibid.



***C- Une approche basée sur les droits des Chagossiens relativement au PIDPC et au PIDESC***

Selon les observations du Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme lors de la revue du rapport du Gouvernement britannique en octobre 2006, le Gouvernement britannique devrait faciliter le retour des Chagossiens à leur territoire. Il est recommandé que puisque le Gouvernement britannique est directement responsable de l'expulsion et de l'envoi en exil des Chagossiens, il devrait également fournir les ressources nécessaires pour la réinstallation des Chagossiens, ce qu'il est capable de faire. Ceci ne doit pas être considéré comme un acte de philanthropie, mais comme la correction d'un tort qui a été fait, en violation massive des droits humains des Chagossiens. Nonobstant qu'il s'agit d'une petite communauté d'une population à peine éduquée, les Chagossiens sont parvenus à utiliser l'une des branches du Gouvernement britannique, le système judiciaire, pour remporter d'importantes victoires contre deux superpuissances du monde actuel, le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique. Ce qui serait nécessaire serait que le Gouvernement britannique respecte ses propres institutions ainsi que les « décisions » du Comité des Nations Unies pour les droits de l'homme.

Le Gouvernement britannique est signataire du PIDCP de 1966 et du PIDESC de 1966. Il a ratifié ces deux pactes en date du 20 mai 1976, en excluant le *BIOT* de la liste de ses territoires.<sup>674</sup> Ces deux pactes sont applicables aux Chagossiens car contrairement à la convention européenne, les deux conventions ne contiennent pas de clauses limitant leur application aux territoires qui figurent sur la liste des documents de ratification, mais s'étendent à tous les individus au sein de la juridiction des Etats signataires. Les Chagossiens ont des droits selon les dispositions de ces conventions, qu'ils peuvent utiliser pour forcer le Gouvernement britannique à mettre en place, à

---

<sup>674</sup> Voir la lettre au Directeur Général de la division juridique, Bureau des Affaires Juridiques, le 29 juin 1976, *C.N.193.1976. Treaties-6*.

exécuter un programme de réinstallation des Chagossiens et à continuer de financer le *BIOT* pour assurer entre autres leur droit au logement, à l'éducation, à l'alimentation, au travail, etc.

***D- Réclamations de restitution basées sur la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones***

Nous avons montré que les Chagossiens pouvaient prouver qu'ils constituaient un peuple autochtone. Cependant le *BIOT* n'est pas un Etat indépendant, c'est pourquoi ils ne peuvent pas revendiquer leur statut de peuple autochtone du *BIOT*. En outre, alors qu'ils ont la citoyenneté mauricienne, revendiquer leur statut en tant que peuple autochtone de l'Etat mauricien pourrait affaiblir leur statut en tant que peuple de l'archipel des Chagos dans le cadre de la loi internationale sur la décolonisation politique. La déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones serait très utile comme instrument de défense mais les Chagossiens ne pourraient pas s'en servir pour réclamer des réparations (compensations financières) ou une restitution auprès des cours britanniques. Il s'agit seulement d'une déclaration et non d'un traité que le Royaume-Uni a signé et qu'il doit par conséquent respecter. Le Royaume-Uni n'est pas signataire de la convention 169 de l'OIT de 1989. Selon l'arrêt du juge Ouseley dans l'affaire *Chagos Islanders*, il serait difficile de tenir le Gouvernement britannique responsable de la violation massive des droits des Chagossiens relativement à ce traité, à moins que ses dispositions ne soient incorporées dans la loi nationale. Une jurisprudence sur des revendications basées sur la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones reste encore à être établie car elle n'a été adoptée qu'en septembre 2007.

***E- Leçons tirées des programmes de restitution dans les anciennes colonies britanniques***

Comme indiqué plus haut, le concept des titres aborigènes tel qu'appliqué en Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande part du fait que les sociétés dominantes locales acceptent que les Aborigènes ont occupé ces terres depuis des temps immémoriaux, et qu'une telle occupation a précédé la colonisation européenne de ces territoires. Les réclamations de restitution se basent sur des traités qui ont été signés avec les peuples autochtones. Les Gouvernements ont par la suite ignoré ou aboli ces traités en adoptant des lois locales à cet effet. La colonisation européenne dans ces territoires a été caractérisée par des massacres de peuples autochtones ainsi que leur assujettissement et marginalisation politique. Le concept du titre foncier aborigène et du droit aux ressources naturelles au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande est dès lors basé sur le fait que les peuples autochtones dans ces pays « y ont été les premiers » avant que les Européens n'arrivent. Les peuples autochtones ont donc droit à la terre, qui existe « en tant que fardeau » sur la Couronne ou la souveraineté. En réalité cependant, le titre aborigène s'applique dans une forme inférieure à celle du titre ordinaire puisqu'il y a possibilité que la terre soit revendiquée.

Au Canada, la résolution de ces revendications, par exemple dans le cas de Nisg'aa de la Colombie britannique, a mené à la reconnaissance d'autres droits aborigènes, à savoir celui d'autonomie dans des territoires spécifiques. Si une approche similaire était suivie dans l'affaire de Chagos, la résolution de leur restitution pourrait mener à une autonomie d'administration limitée. Cette approche est cependant plus convenable aux Etats indépendants susmentionnés. D'un côté, l'approche se révélerait inappropriée vu qu'il s'agit d'un cas de décolonisation inachevée plus que d'un cas de correction de problèmes internes à un Etat indépendant après la décolonisation, avec la reconnaissance que certaines populations au sein de l'entité politique décolonisée ont plus de droits basés sur leur occupation primaire de la terre ou du territoire. D'un autre côté, la manière dont

les réclamations de restitutions sont traitées dans ces pays pourrait donner quelques exemples sur la façon dont la restitution serait traitée dans l'affaire de Chagos.

Les réclamations de restitution par les peuples autochtones en Australie, au Canada et en Nouvelle-Zélande pour la terre et les ressources naturelles ont réussi en premier lieu à cause de la volonté politique de la part des Gouvernements concernés. Cette volonté politique a cependant été atteinte après des années de lobbying, tant au niveau national qu'international, conjuguées avec des plaidoiries par ces peuples autochtones auprès des cours locales.

La volonté politique de la part du Gouvernement britannique est un requis avant que le processus de restitution ne prenne place comme ce fut le cas dans les anciennes colonies britanniques, y compris en Afrique du Sud, au sein de l'archipel des Chagos. Ces pays fournissent des modèles utiles, sous condition d'être bien adaptés, sur la façon dont la restitution peut se faire. Des décisions politiques pourraient être prises sur la portée du programme et sur la somme que le Gouvernement britannique a la volonté de mettre à disposition pour le processus.

La première partie du processus requiert que les Chagossiens soient autorisés à rentrer chez eux et que le Gouvernement britannique finance leur réinstallation en se basant sur des principes établis de commun accord entre ce dernier et les Chagossiens. La proposition de réinstallation des Chagossiens devrait servir également de base pour les discussions. Il est à noter que la proposition de réinstallation des Chagossiens est une proposition très modeste en ce qui concerne le montant requis pour la réinstallation. Une fois le peuple rentré, il est important d'établir la forme de la tenure de terre à mettre en place. La proposition de réinstallation des Chagossiens suggère qu'une tenure

de terre commune soit pratiquée en raison de la petite taille de terre et des réalités du style de vie à l'archipel des Chagos<sup>675</sup>.

#### ***F- Quantification de la compensation financière suite au déplacement forcé et à l'exil***

Les Chagossiens ont échoué dans leur procès collectif, l'affaire *Chagos Islanders*. Ayant épuisé les recours locaux, ils se préparent à présenter une plaidoirie auprès de la CEDH. Nous essayons maintenant de déterminer les différents modèles qui pourraient être utilisés pour déterminer le quantum de la compensation financière qui devrait être versée aux Chagossiens pour leur déplacement forcé et leur envoi en exil. L'une des façons serait de considérer la « Proposition de réinstallation » (*Proposal for the Resettlement*), si elle est acceptée comme forme de restitution. Cette approche ne prend cependant pas en compte ni les pertes financières qu'ils ont subi sur une période de plus de trente ans lorsqu'ils furent obligés d'abandonner leurs maisons et richesses sociales derrière eux ni l'appauvrissement chronique auquel ils furent exposés à Maurice et aux Seychelles.

Nous avons montré plus haut comment les Britanniques se sont servis de l'ordonnance N° 1 de 1967 (relative à l'acquisition de la terre pour un but d'utilité publique) et l'ordonnance N° 2 de 1967 (relative à l'acquisition du *BIOT* pour but d'utilité publique, traite privé) pour exproprier les autochtones de la terre afin de laisser la voie libre à la construction de la base militaire américaine. Ces deux ordonnances ont été abrogées par l'ordonnance de l'acquisition de la terre à des fins publiques (abrogation) de 1983, qui déclara que toutes les terres du *BIOT* appartenaient à la Couronne britannique. Il est à noter que les dernières expulsions du *BIOT* eurent lieu en 1973.

---

<sup>675</sup> *Returning Home*, op.cit. p. 13.

L'une des questions à résoudre serait de décider si les Chagossiens devraient recevoir des compensations pour des terres qui n'étaient pas cadastrées. Il a été établi qu'ils n'avaient pas de titres fonciers cadastrés à cause du fait qu'en 1967, toutes les terres avaient été expropriées et qu'en 1983, la propriété de la terre fut transférée à la Couronne britannique. La pratique dans plusieurs colonies britanniques était de reconnaître la tenure commune de la terre qui existait avant la colonisation britannique. Il n'y a pas d'informations claires sur le système de tenure de terre que les Hollandais et les Français avaient pratiqué avant les Britanniques sur l'archipel des Chagos.

Les réclamations de terres dans les anciennes colonies britanniques partent du fait que le peuple autochtone a occupé la terre, pas nécessairement sous un système de cadastre, avant que les colons britanniques n'arrivent, et par conséquent a droit à la terre en se basant sur « la propriété autochtone » du territoire depuis des temps immémoriaux<sup>676</sup>. L'occupation des îles par les Chagossiens précède la colonisation britannique qui se fit à travers le Traité de Paris de 1814. Le modèle sud-africain de restitution reconnaît la restitution des « droits à la terre », qui inclut la tenue, le travail en commun de la terre, la tenure commune de la terre et l'occupation bénéfique de la terre pendant une période de plus de dix ans avant la « dépossession »<sup>677</sup>. Cette approche a été adoptée à cause des antécédents historiques de la colonisation hollandaise et britannique en Afrique du Sud qui ne reconnaissaient pas le système de tenure de la terre qui existait avant la colonisation. Avec l'introduction du colonialisme, des législations avaient été mises en place de façon à ce que les descendants des colons aient droit à des titres fonciers tout en s'assurant que les autochtones n'y aient pas accès.

---

<sup>676</sup> La décision sud-africaine de la communauté de Richtersveld mentionnée ci-dessus traite sérieusement du problème de la reconnaissance des systèmes de tenure de terre des populations autochtones, basés sur leurs lois autochtones.

<sup>677</sup> Voir définition du « droit à la terre » dans la loi de la restitution de la terre N° 22 de 1994, amendée.

Le modèle sud-africain a développé des méthodes pour quantifier la valeur « réelle » de marché des droits à la terre qui étaient perdus pendant la dépossession pour établir ce qui serait versé au moment de la restitution. La section 25 de la Constitution sud-africaine fournit expressément des facteurs à prendre en considération lors de la détermination du montant de la compensation qui doit être payée aux propriétaires qui ont perdu leurs terres dans le cadre de la restitution, qui peut être inférieure à la valeur du marché<sup>678</sup>. Alors que dans la majorité des cas, aucune compensation financière n'a été payée lors de la dépossession, il y a eu des cas dans le processus de restitution en Afrique du Sud où des compensations financières ont été payées pour des valeurs de loin inférieures à la valeur réelle de la terre. La méthode consistait à déterminer ce qu'aurait été la valeur réelle de la terre au moment de la dépossession, et à adapter cette valeur aux circonstances actuelles en tenant compte de l'inflation<sup>679</sup>. Dans les cas de terres urbaines, la valeur actuelle de la terre est utilisée pour avoir un indicateur de ce qui aurait dû être payé au moment de la dépossession, tout en retranchant ce qui a déjà été payé, également adapté à la valeur actuelle en tenant compte de l'inflation.

Le rapport *Derasine* propose une méthode similaire à celle utilisée pour le tribunal des revendications nucléaires dans la RIM, pour quantifier les pertes subies par les Chagossiens en conséquence de leur expulsion et de leur exil. Ceci est basé sur la reconnaissance que bien que les Chagossiens n'avaient pas de titres fonciers cadastrés, ils devraient recevoir des compensations pour la perte des droits et de l'intérêt dans la terre. Le modèle propose deux approches : la première serait de déterminer la valeur de la terre en 1967 et de l'adapter à sa valeur actuelle, et la seconde approche serait de déterminer ce qu'ils auraient dû recevoir en loyer depuis 1967 s'ils n'avaient pas été

---

<sup>678</sup> La section 25 (3) de la Constitution sud-africaine, la loi N° 108 de 1996 prévoit que les facteurs suivants soient pris en compte lors de la détermination du montant de la compensation pour expropriation :

- (a) L'histoire de la dépossession de la propriété ;
- (b) La manière d'acquisition de la propriété ;
- (c) La valeur de la propriété ;
- (d) Les indemnités de subsistance payées par l'Etat à l'ancien propriétaire ; et
- (e) Tout autre facteur adéquat.

<sup>679</sup> Maureen Tong, *Lest We Forget*, op.cit., 2002.

forcés de quitter leur terre<sup>680</sup>. Il est à noter que la compensation reçue par les Chagossiens au début des années 1980 était de loin insuffisante. Ils doivent recevoir une compensation adéquate pour les pertes financières qu'ils ont subies suite à leur expulsion et de leur exil. Le modèle sud-africain, avec quelques ajustements adéquats, donne une approche utile, étant donné qu'il partage quelques similarités avec l'une des approches proposées par le rapport *Derasine*. Cette compensation financière doit être payée en plus des fonds que le Gouvernement britannique doit fournir pour la réinstallation des Chagossiens.

Le cas des Inuit du Groenland qui réclamaient plus de compensation pour leur expulsion de Thulé afin de laisser la voie à la construction de la base militaire américaine constitue la seule jurisprudence de la CEDH en matière de revendications par une population autochtone pour une compensation financière, due à la perte de leur terre. Il n'est pas encore clair si la CEDH exercera sa juridiction pour écouter la plainte des Chagossiens pour la restitution et les réparations dues à leur expulsion et leur exil. Le procès n'a pas encore commencé à la CEDH.

---

<sup>680</sup> Rapport *Derasine*, p. 176 cité par Stephen ALLEN, p. 467.



---

**TITRE III**

**CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS**

---

## CHAPITRE I - CONCLUSIONS SUR L'AFFAIRE CHAGOSSIENNE

L'archipel des Chagos, ou *BIOT*, représente un cas non conclu du colonialisme. Cependant, ni le territoire, ni sa population ne figurent encore sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes. Les Chagossiens ne peuvent pas compter sur la puissance administrante, le Royaume-Uni, pour parvenir à l'autodétermination. Ceci à cause l'engagement britannique envers les Etats-Unis de s'assurer qu'il n'y aurait aucune population civile autour de la base militaire de Diego Garcia.

Il est peu probable que l'Etat mauricien ne soutienne l'inclusion de l'archipel des Chagos sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes puisqu'il revendique lui-même la souveraineté sur le territoire. Que les Nations Unies maintiennent une approche similaire à celle de l'affaire du Sahara Occidental pour soutenir le leadership de la population chagossienne malgré l'opposition véhémente d'un des Etats membres qui revendiquent la souveraineté sur le même territoire, est également discutable. Jusqu'à présent, l'UA soutient la revendication de la souveraineté de l'Etat mauricien sur l'archipel des Chagos.

Les Gouvernements américain et britannique ont bien entendu la compétence de prendre des mesures de politique internationale, comme celle d'établir une base militaire sur Diego Garcia mais il n'y a aucune raison qui leur permette d'interdire aux Chagossiens de cohabiter avec la base militaire comme c'est le cas sur la base américaine de *Guantanamo Bay* à Cuba. Ainsi, la violation des droits civils et politiques, ainsi que des droits sociaux, culturels et économiques des Chagossiens, c'est le cas encore aujourd'hui, aurait pu être évitée.

Il n'y a aucun doute sur le fait que les Chagossiens ont vécu sur l'archipel des Chagos pour à peine moins de deux cents ans avant d'en être brutalement expulsé et d'être envoyé en exil sur l'île Maurice et aux Seychelles pour laisser la voie libre à la construction de la base militaire, suite à un accord entre les Gouvernements américain et britannique. Avant l'affaire *Bancoult (4)*, les cours de justice britanniques ont décidé à l'unanimité que les Chagossiens ont le droit de rentrer sur leur territoire.

Dès lors, ils devraient être autorisés à rentrer et à exercer leur droit à l'autodétermination, conformément aux principes du droit international, basés sur les instruments juridiques des Nations Unies, la jurisprudence de la CIJ et la pratique de l'ONU. La décolonisation, autrement dit, l'autodétermination externe, s'est dorénavant imposée comme une règle contraignante du droit international.

Les traités d'une part entre le Royaume-Uni et l'île Maurice, le Royaume-Uni et les Seychelles pour amputer certaines îles des territoires respectifs de l'île Maurice et des Seychelles afin de former le *BIOT*, et celui entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'autre part pour établir la base militaire sur Diego Garcia, sont clairement contraires au principe de *jus cogens*. Ces traités pourraient être déclarés nuls et nonavenus si on les présentait devant la CIJ sous l'article 66 alinéa (a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cependant, peu d'Etats membres auraient la volonté de présenter le problème devant la CIJ.

La CIJ pourrait fournir un avis consultatif pour aider l'Assemblée Générale des Nations Unies à décider sur la manière de procéder. Que cela prenne aussi longtemps que l'affaire du Sahara Occidental ou se fasse de façon relativement plus rapide comme ce fut le cas de la Namibie et du Timor Oriental reste à voir. De plus, l'UA peut prendre une approche similaire à celle appliquée au Sahara Occidental où elle reconnut la SADR et décider de conserver son soutien à l'Etat mauricien pour que ce dernier regagne sa souveraineté sur l'archipel des Chagos. Les Chagossiens peuvent toujours choisir de

devenir un Etat associé au Royaume-Uni ou a l'Île Maurice. Ils peuvent alternativement choisir de s'intégrer à l'Etat britannique ou mauricien en conservant autonomie et auto-administration quant aux affaires locales. Qu'ils choisissent de le faire ou pas, reste à leur totale discrétion. L'objectif de cette étude est uniquement d'exposer les droits qui leur reviennent afin d'orienter leur choix.

### **A- Progrès récents**

Les progrès récents laissent à penser qu'il est possible de résoudre l'affaire chagossienne en permettant aux Chagossiens de retourner dans leurs foyers. Ceci malgré la décision de la Chambre des Lords du 22 octobre 2008. La résolution légale de cette affaire dépend en tout premier lieu de la volonté politique du Gouvernement américain de permettre aux Chagossiens de retourner dans leur patrie.

#### *1<sup>o</sup> Les visites de la commission africaine à l'île Maurice et aux Seychelles*

L'approche choisie par le Gouvernement de Maurice dans ses communications avec la Commission africaine est la même qu'elle a maintenue avec les Nations Unies: l'archipel des Chagos faisait partie de son territoire et a été illégalement amputé à l'Île Maurice au moment de la création du *Territoire Britannique de l'Océan Indien* (BIOT).

La Commission africaine s'est également rendue aux Seychelles en juillet 2008<sup>681</sup>. Cette mission était composée d'ONG, d'associations représentant les Chagossiens vivant aux Seychelles et de responsables du Gouvernement. La mission a fait remarquer que les Chagossiens vivant aux Seychelles faisaient face à la discrimination sociale et avaient des difficultés à trouver un emploi dans le secteur public parce que les numéros de leurs cartes d'identité indiquent clairement qu'ils sont Chagossiens.

---

<sup>681</sup> Voir le rapport de la Mission des Nations Unies aux Seychelles en juillet 2004. [www.achpr/english/mission\\_reports/seychelles/mission](http://www.achpr/english/mission_reports/seychelles/mission) visité le 15 octobre 2008.

Bien que certains Chagossiens soient naturalisés Seychellois, le prix de la demande de naturalisation et des documents nécessaires à la procédure empêche plus d'un de s'y atteler. Par conséquent, leur statut n'a pas encore été régularisé. Le ministère des affaires étrangères a été chargé de mener une étude afin de déterminer combien de Chagossiens vivent aux Seychelles et dans quelles conditions ils y vivent. Pour le Gouvernement des Seychelles, les Chagossiens devraient normalement intégrer la vie sociale seychelloise étant donné que certains d'entre eux sont en partie des Seychelles, la Commission africaine a ainsi recommandé que le Gouvernement des Seychelles prenne des mesures pour protéger les droits des Chagossiens vivant aux Seychelles et en particulier de trouver des solutions pour leur faciliter l'accès à la citoyenneté seychelloise.

La Commission africaine s'est rendue à l'Île Maurice en 2002<sup>682</sup> et à l'issue de cette visite, elle a recommandé que le Gouvernement de Maurice prenne des mesures pour protéger les droits des Chagossiens vivant sur son territoire. Les premier, deuxième, troisième, quatrième et cinquième rapports périodiques de l'Île Maurice à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ont été combinés en octobre 2008 et incluaient une décision concernant l'archipel des Chagos d'après l'Article 20 de la Charte africaine sur l'autodétermination<sup>683</sup>.

*2<sup>o</sup> La résolution du Parlement européen du 25 mars 2009*

Le Parlement européen a adopté une résolution le 25 mars 2009 intitulée : La résolution du Parlement européen du 25 mars 2009 sur l'accord de partenariat économique intérimaire entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part et les États de l'APE CDAA, d'autre part. Le paragraphe 41 de cette résolution affirme que le Parlement européen :

---

<sup>682</sup> Voir le rapport de la Mission des Nations Unies à l'Île Maurice de 2007. [www.achpr/english/mission\\_reports/mauritius/mission](http://www.achpr/english/mission_reports/mauritius/mission) visité le 15 octobre 2008.

<sup>683</sup> Voir p. 52 du rapport [www.achpr.org/english/state\\_report/Mauritius](http://www.achpr.org/english/state_report/Mauritius) visité le 5 décembre 2009.

« est sensible aux souffrances des habitants de l'archipel de Chagos qui ont été expulsés de leurs îles et vivent actuellement dans le dénuement à Maurice et aux Seychelles et estime que l'Union européenne devrait s'employer à trouver une solution pour que les Chagossiens puissent retourner dans leurs légitimes foyers de l'archipel »<sup>684</sup>.

C'est la première fois que le Parlement européen montre de l'intérêt pour l'affaire chagossienne. Cette nouvelle ouverture devrait être utilisée pour faire pression sur le Royaume-Uni pour qu'il leur permette de retourner dans leur patrie.

### *3<sup>o</sup> Changements éventuels de la politique étrangère et militaire des Etats-Unis*

Depuis son accession à la présidence des Etats-Unis, et ceci même avant son élection, Barack Obama fait des déclarations qui indiquent que les politiques militaires et en matière de défense ont changé. Par exemple, il a pris la décision de réexaminer le rôle des responsables de l'armée américaine et les conseils des avocats de la Maison blanche en ce qui concerne la torture et la violation des droits de l'homme dans la base militaire de Guantanamo Bay à Cuba. Pendant sa campagne électorale, Barack Obama promis de « bientôt » rappeler les troupes américaines de l'Afghanistan et de l'Irak. Il a fait des ouvertures au monde musulman, en suggérant que les Etats-Unis sont en train de repenser leur décision d'entrer en guerre contre le terrorisme. Robert McNamara, l'ancien secrétaire d'Etat américain pour la défense qui a joué un rôle essentiel dans la guerre du Vietnam, l'établissement de Diego Garcia et dans l'expulsion forcée des Chagossiens, est mort en juin 2009. Il avait exprimé du « regret » pour son rôle dans la guerre du Vietnam<sup>685</sup>. Pour ce qui est de Diego Garcia. Il a ainsi laissé un message à David Vine pendant les recherches qu'il effectuait pour son livre *Island of Shame* : « Professeur Vine, Robert Mc Namara à l'appareil, je ne pense pas pouvoir vous aider. A

<sup>684</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0177+0+DOC+XML+VO//FR> visité le 1<sup>er</sup> mai 2009.

<sup>685</sup> Voir <https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/csi-studies/studies/96unclass/ford.htm> visité le 13 juillet 2009.

91 ans, ma mémoire est vraiment très mauvaise. Je ne me souviens de presque rien à propos de Diego Garcia. Merci<sup>686</sup>. La première dame actuelle des Etats-Unis, Michelle Obama, s'intéresse particulièrement à l'aide sociale accordée aux familles de militaires américains. Elle déclare qu'ils ont fait des sacrifices pour la nation entière et que les Etats-Unis leur doivent de la gratitude. Cette déclaration va dans le même sens que les opinions de son époux selon lesquelles les Etats-Unis sont devenus peu sûr à cause des guerres qu'ils ont menées notamment la « guerre contre le terrorisme ». Le fait que Mme Obama soit elle-même descendante d'esclaves africains influence probablement sa vision et celle de son époux en ce qui concerne le problème du déplacement des Chagossiens de leurs foyers afin d'y établir une base militaire américaine. Certains journaux ont avancé des hypothèses selon lesquelles la visite de la famille Obama le 10 juillet 2009 au Ghana serait surtout motivée par une possible richesse en pétrole dans le pays, ce qui implique que les Etats-Unis auront un intérêt particulier à sécuriser l'accès au gisement pétrolifère. C'est l'une des raisons principales qui explique les guerres dans lesquelles les Etats-Unis ont été impliquées jusqu'à présent<sup>687</sup>.

Chose encore plus intéressante, le cerveau de ce qu'on a appelé « Strategic Island Concept » (Concept des îles stratégiques), Stu Barber, a depuis lors changé d'avis en ce qui concerne la justification de la dépopulation de l'archipel des Chagos. En 1991, avant sa mort, il a écrit au Washington Post la lettre suivante, qui malheureusement n'a jamais été publiée :

Il me semble que le moment est particulièrement bien choisi pour voir si nous devons maintenant prendre des mesures pour réparer le tort inexcusable et inhumain causé aux anciens habitants de Diego Garcia et des autres îles de l'archipel des Chagos sur notre insistance par le Gouvernement britannique. Les coûts seraient dérisoires en comparaison à ce que nous avons investi dans la construction et ce que nous avons

---

<sup>686</sup> David Vine, *Island of Shame*, p. 14.

<sup>687</sup> Voir entre autres, le Sunday times d'Afrique du Sud du 11 juillet 2009, <http://www.thetimes.co.za/printedition/Default.aspx> and et le Mail and Guardian du même jour: <http://www.mg.co.za/article/2009-07-10-what-obama-can-do-for-africa>. visités le 11 juillet 2009

gagné (...). J'ai la ferme conviction qu'il n'y a jamais eu aucune bonne raison d'expulser les habitants du nord des Chagos [les îles de Peros Banhos et Salomon qui sont les plus éloignées], qui se trouvaient à 100 miles ou plus de Diego Garcia. Les autochtones auraient probablement pu en toute sécurité rester à l'est de l'atoll de Diego Garcia (...) il aurait été sans danger de les laisser retourner au nord des Chagos certainement. Une telle autorisation, pour ceux qui veulent toujours retourner, accompagnée d'une aide pour la relocalisation des populations permettra de réduire notre opprobre bien mérité. Une compensation supplémentaire et conséquente pour les 18 à 25 années passées dans la misère pour toutes les personnes expulsées s'impose. Même si cela devait coûter 100 000 dollars américains par famille, on parlerait au maximum de dépenser de 40 à 50 millions de dollars américains, ce qui est très modeste comparé à notre investissement pour la base qui s'y trouve, à la valeur que nous en retirons et au coût des bases situées aux Philippines. Si nous sommes trop pauvres pour payer une telle somme, les Japonais, les Allemands ou les Saoudiens pourraient suggérer d'y allouer quelque contribution venant du golfe persique<sup>688</sup>.

---

<sup>688</sup> David Vine, *Island of Shame*, p. 197.



## CHAPITRE II - RECOMMANDATIONS POUR LA RESOLUTION DE L'AFFAIRE CHAGOSSIENNE

1. La première étape serait de la part des Gouvernements américain et britannique de reconnaître qu'un tort sérieux a été commis envers le peuple chagossien. Ce n'est pas seulement un tort moral, il s'élève à une violation massive de quasiment tous les droits humains des Chagossiens, pour lesquels les deux Gouvernements portent une responsabilité conjointe. Les Aborigènes d'Australie et les Maoris de la Nouvelle-Zélande sont parvenus à obtenir des excuses de leurs Gouvernements pour la façon dont ils avaient été traités.
2. Le Forum Permanent des Nations Unies sur les Questions Autochtones doit prendre cette affaire en charge et s'assurer qu'elle reçoive une attention suffisante de la part des structures des Nations Unies.
3. L'affaire devrait être présentée devant l'Assemblée Générale des Nations Unies et le Comité Spécial des Vingt-Quatre (sur la décolonisation). Le peuple du territoire de l'archipel des Chagos devra récolter suffisamment de soutien de la part des Etats membres, comme ce fut le cas pour l'Afrique du Sud.
4. Comme pour l'affaire du Sahara Occidental, l'Assemblée Générale des Nations Unies pourrait renvoyer la question à la CIJ pour l'obtention d'un avis consultatif sur le droit des Chagossiens à l'autodétermination ainsi que sur le contentieux du Gouvernement mauricien quant à la souveraineté sur le *BIOT*.

5. Le peuple chagossien a besoin de leaders politiques pour que leur affaire soit présentée aux organes appropriés des Nations Unies. Bien que l'UA soutienne la revendication de la souveraineté de l'île Maurice sur le territoire, on ne saurait prédire leur approche si les Chagossiens se décidaient à réclamer leur droit à l'autodétermination. Même si elle n'a jamais pris position contre l'un de ses membres en cas de non-respect des droits de l'homme, la Communauté pour le Développement de l'Afrique Australe (CDAA) devrait être impliquée et demander des comptes à l'Etat mauricien quant à la façon dont il s'est occupé de l'affaire de l'archipel des Chagos.
  
6. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples devrait discuter du problème chagossien lors de ses sessions afin de voter des résolutions à ce sujet. Ces résolutions devront être suivies lors des réunions ultérieures de la Commission, pour vérifier si elles sont bien mises en œuvre et à quel niveau se trouve cette mise en œuvre. Il devrait y avoir un suivi des recommandations faites par les missions de la Commission aux Seychelles et à Maurice respectivement en 2007 et 2008.
  
7. Le problème doit être soumis à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) en tant que problème lié aux droits de l'homme et concernant la violation des droits des Chagossiens. Il serait cependant important qu'en ce qui concerne le problème des droits des Chagossiens vivant à Maurice et aux Seychelles, on se concentre davantage sur le débat relatif leurs droits plutôt que de s'attarder sur le droit de Maurice à rentrer en possession de l'archipel. A un certain stade, les Chagossiens peuvent présenter la question de leur droit à l'autodétermination qui, en droit international, est une question de décolonisation.

8. Les organisations des droits de l'homme, comme le *Human Rights Watch*, devraient également être impliquées. Un travail colossal d'information et de mobilisation de l'opinion publique serait nécessaire pour mettre en lumière l'histoire de la base militaire de Diego Garcia et du peuple chagossien qui fut sacrifié pour que cette base soit construite.
9. Les Chagossiens sont actuellement en train d'approcher la CEDH. Il reste à savoir si les Chagossiens parviendront à convaincre la CEDH de la pertinence de l'affaire et si la Cour sera autorisée à y exercer sa juridiction.
10. Le Parlement européen devrait continuer à examiner l'affaire des Chagos dans le but de faire monter la pression sur le Gouvernement britannique et de permettre aux Chagossiens de retourner chez eux. Il devrait donner suite à la résolution du 2 mars 2009.

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

AFRA

- *Association for Rural Advancement, 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999*, AFRA 2000.

ALFREDSSON, G.

- Autonomy and human rights. In LYCK, L. (éd.). *Constitutional and Economic Space of the Small Nordic Jurisdictions*. Stockholm: Nordiska Institutet för Regionalpolitisk Forskning, 1997.
- Different Forms and Claims to the Right of Self-Determination. In CLARK, D. (éd.), WILLIAMSON, R (éd.). *Self-Determination. International Perspectives*. London & New York: MacMillan Press & St. Martin's Press, 1996. (collection de memoires du symposium de l'Université de Saskatchewan en memoire de Martin Ennals).
- Greenland and the Law of Political Decolonization, *German Year Book on International Law*, Duncker & Humblot/Berlin, 1982, vol. 25.
- The Rights of Indigenous Peoples With a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries. In *Heidelberg Journal Of International Law*. Max Planck Institute for International Human and People's Rights, Sonderabdruck Aus Band 59, No 2, 1999.

ALFREDSSON et al,

- *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, 1994.

ALFREDSSON, A., MELANDER

- *Raoul Wallenberg Compilation of Human Rights Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers, 1992.

ALLEN, R.

- A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 to 1835. In TEELock, et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine 2001.

ALLEN, S.

- *Looking Beyond The Bancoult Cases: International Law And The Prospect Of Resettling The Chagos Islands*, *Human Rights Law Review*, 2007.

ALPERS, E.A.

- Becoming Mozambique: Diaspora and Identity in Mozambique 111. In TEELock, et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

ALSTON, P.

- *Peoples' Rights*, Oxford, 2001.

AMSTRONG, J. C.

- Analysing 'Malagasy' Slave Names in the 1820s and 1835 Census. In TEELock et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

BAGSHAW, S.

- *Property restitution for internally displaced persons: developments in the normative framework*, Scott LECKIE, Returning Home.

BECH, P.

- *The Falkland As An International Problem*. Routledge, 1988.

BUDLENDER, G., LATSKY, J., ROUX, T.

- *The New Land Law*. Juta, 1998

BUNDY, C.

- *The Rise and Fall de the South African Peasantry*. James Curry Publishers 1979.

BUNWAREE, S.

- Globalisation and the Afro-Mauritian Community. In *Revi Kiltir Kreol*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

CASTELLINO, J.

- *International Law and Self-determination*. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

CHANDA, Z.

- The Organisation Of African Unity: An Appraisal. In *Zambian Law Journal*, 1989 – 1992.

CHASKALSON, M.

- The Problem with Property: Thoughts on the Constitutional Protection of Property in the US and the Commonwealth. In *SAJHR*, 1993.
- The Property Rights Clause: Section 28 of the Constitution. In *SAJHR*, 1994.
- Stumbling towards Section 28: Negotiations over the Property Rights in the Interim Constitution. In *SAJHR*, 1995.

COMMONWEALTH

- *Commonwealth Year Book (Annuaire du Commonwealth)*, 1992.

## COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP)

- *Quatorzième Rapport, Rapport Annuel des Activités (2000-2001) de la Commission Africaine à l'Assemblée des Chefs d'Etat et Gouvernement de l'OUA, 37th Session Ordinaire /Cinquième Session Ordinaire de la AEC, 9 et 11 juillet 2001, Lusaka, Zambie, AHG/229 (XXXVIII)*

## DINAN, M.

- *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2004.

## DOLZER, R.

- *The Territorial Status of the Falklands (Malvinas): Past and Present*. Oceana Publications Inc., 1993.

## EDIS, R.

- *The Pick of Limuria: The Story Of Diego Garcia*. Bellew Publishing Company Ltd, 1993.

## FORTUNE, J.

- *Tracing My Family History: A Case Study*. In TEELock, et al, (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2000.

## GOUGH B.

- *The Falkland Islands/Malvinas*. Athlone, 1992.

## GROUPE DE TRAVAIL INTERNATIONAL SUR LES AFFAIRES INDIGENES (IWGIA)

- *Indigenous Affairs*, avril, mai, juin 1999. (IWGIA)
- *The Indigenous World, 2001-2002*. IWGIA, 2001-2002
- *The Indigenous World, 2003*. IWGIA, 2003
- *The Indigenous World, 2004*. IWGIA, 2004
- *The Indigenous World, 2005*. IWGIA, 2005
- *The Indigenous World, 2006*. IWGIA, 2006
- *The Indigenous World, 2007*. IWGIA, 2007.
- *The Indigenous World, 2008*. IWGIA, 2008.

GROUPE DE TRAVAIL INTERNATIONAL SUR LES AFFAIRES INDIGENES (IWGIA) et LA COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP)

- *Rapport du Groupe de travail d'experts de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur les populations/communautés autochtones*. IWGIA et CADHP, 2005.

GUSTAFSON

- *The Sovereignty Dispute Over The Falklands (Malvinas) Islands*. Oxford, 1988.

INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT

- *Compilation de Décisions et Communications d'Activités de la Commission Africaine 1994-1999*. 3<sup>e</sup> éd. Institute for Human Rights and Development, 2000.

JABAVU, D.D.T.

- *The Black Problem*. L.L.C., Lovedale, 1920.

JEFFERY (L);

- *Chagossians Refused Right to Return Home*. Anthropology Today, a newsletter of the Royal Anthropological Institute, février 2009.

KULCHYSKI, P.

- *Unjust Relations; Aboriginal Rights In Canadian Courts*. Oxford University Press, 1994.

LARSON, P. M

- *The Origins of Malagasy Arriving at Mauritius and Reunion, 1770 – 1820: Expanding the History of Mascarene Slavery*. In TEELock, et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

LAVER, R. C.

- *The Falklands/Malvinas Case*, Martinus Nijoff, 2001.

LEACH, P.

- *Human Right Series: Taking a Case to the European Court of Human Rights* Blackstone Press Limited, 2004.

LECHARTIER, C.

- *Origines: Ebauche d'un Projet*. In TEELock et al (éd.). *History, Memory and Identity*, Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, Mauritius, 2001.

LECKIE, S.

- *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*. Transnational Publishers, 2003.

LUM, T., THOMAS, K., REDHEAD, S., BEARDEN, D. et al.

- *Republic of the Marshall Islands Changed Circumstances Petition to Congress*. Congressional Research Services, CRS Report for Congress, Library of Congress, Code RL 32811.

- *Matter of the People of Bikini et al, Claimants for Compensation, Nuclear Claims Tribunal, Republic of the Marshall Islands*, NCT No. 23-04134, Memorandum of Decisions and Orders, Majuro, Marshall Islands, 5 mars 2001.

LYNGE, A.

- *The Right to Return: Fifty Years of Struggle by Relocated Inughuit in Greenland*. Forlaget Atuagkat, 2002.

MADELY, J.

- Paradise lost: Diego Garcia: A Contrast to the Falkland. In *Minority Rights Group Report*, 1982.

MAHMUD, T.

- Colonialism and Modern Constructions of Race: A Preliminary Enquiry. *University of Miami Law Review*, vol. 53, n° 4, p. 219.

- Migration, Identity and the Colonial Encounter. *Oregon Law Review*, vol. 76, n° 3, p. 633.

- Genealogy of a State-engineered 'Model Minority': "Not quite/Not white South Asian Americans". *Denver University Law Review*, 2001, vol. 78, n° 4.

MARCUS, T., EALES, K., WILDSCHUT, A.

- *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa*. LAPC, 2002.

MURPHY, J.

- Insulating Land Reform from Constitutional Impugment: An Indian Case Study. In *SAJHR*, 1992.

MURRAY, J.

- 'The African charter on human and peoples' rights 1987 – 2000: an overview of its progress and problems. In *African Human Rights Law Journal*. Centre for Human Rights, Juta Law, 2.

NAUVEL, C.

- A Return from Exile in Sight: The Chagossians and their Struggle. In *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2006, vol. 5.

ROMAN, E., SIMMONS, T.

- Membership denied: subordination and subjugation under United States expansionism. *San Diego Law Review*, 2002, vol. 39. n° 2.

PAPECHE, N., FARON, E., MERITE, G., TEELock, V.

- *Searching for the Slave Family : Problems and Methods in Researching Family History*, Maurice: Centre Nelson Mandela pour la culture africaine , 2001.

PHEKO, S.E.M.

- *South Africa: A Betrayal of a Colonised People*. ISAL, 1990.



PLAATJE, T.

- *Native Life in South Africa*. ISAL, 1920. The Echo Library, 2007.

POOLE, R.

- *Nation and identity*. Routledge Publishers, 1999.

POLICE, D.

- *Les pratiques musicales de la population servile puis affranchie de Maurice dans le wcris francophones des XVIII et XIX siècles*. In TEELock et al, (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

REDDI, S.

- *Aspects of Indian Culture in Ile de France between 1803 and 1810*. In TEELock et al, (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

ROUX, E.

- *Time Longer Than Rope*. Wisconsin University Press, 1964.

SACKWELL, J.

- The Emerging Australian Law of Native Title: Some North American Comparisons. In *Australian Law Journal*, 2000.

SAHRINGON

- *Rapport sur la mission d'enquête à l'Ile Maurice*. SAHRINGON, 2001.

SCOTT, R.

- *Limuria: Mauritius and its lesser dependencies*. Oxford University Press, 1961.

SHELL, R.C.H.

- The Twinning of Maputo and Cape Town : The Early Mozambican Slave Trade to the Slave Lodge, 1677 – 1731. In TEELock et al, (éd.). *History, Memory and Identity*, Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

SKWEYIYA, Z.

- Towards a Solution to the Land Question in Post-Apartheid South Africa: Problems and Models, *SAJHR*, 1990.

STAVENHAGEN, R.

- *Self-Determination, Right or Demon*, Self Determination: International Perspectives, D. CLARKE et R. WILLIAMSON.

STEYN, M.

- *Whiteness seen through whiteness: another look at South Africa*. New York: State University of New York Press, Albany, 2001.

STRANGE, I.

- *The Falkland Islands*. CHARLES, D. (éd.), 1985.

TEELOCK, V. (éd.)

- *The Vagrant Depot of Grand River, its Surroundings and Vagrancy in British Mauritius*. Maurice: The Aapravasi Ghat Trust Fund, 2004.

TEELOCK, V., ALPERS, A. E. A. (eds)

- *History, Memory and Identity*. Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

- Introducing Mozambiques. In TEELOCK, et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001. p. 111.

THORNBERRY, P.

- *Self-determination and Indigenous People: Objections and Responses: Operationalizing the Right of Indigenous People to Self-Determination*. Institute For Human Rights. Abo: Abo Akademi University, 2000. p. 39.

THORNBURGH, D., REICHARDT, G., STANLEY, J.

- *Thornburgh Report, Nuclear Claims Tribunal for the Republic of the Marshall Islands: An Independent Examination and Assessment of its Decision-Making Processes; Radiological Assessments for Resettlement of Rongelap in the Republic of the Marshall Islands*. Committee on Radiological Safety in the Marshall Islands. Washington DC: National Academic Press, 1994. In Kirkpatrick & Lockhart LLP (éd.). Janvier 2003.

TLOU, M., CAMPBELL, A.

- *History of Botswana*. Botswana: Macmillian, 1982.

TOMUSCHAT, C.

- *Modern Law of Self-Determination*. Martinus Nijhoff Publishers Kluwer Academic Publishers, 1993.

TONG, M.

- *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*. Commission on Restitution of Land Rights, 2002.

- *Lest we Forget: Jurisprudence on Restitution of Land Rights in South Africa*. Commission on Restitution of Land Rights, 2007.

TRIGGS, A.

- *Australia's Indigenous Peoples and International Law: Validity of Native Title Amendment Act 1998*. Melbourne University Law Review, 1999, vol. 23.

VALENTINE, B.

- Slaves in Mauritius to Emancipation in 1835. In TEELOCK, et al (éd.). *History, Memory and Identity*. Maurice : Centre Nelson Mandela pour la culture africaine, 2001.

VAN DER WALT, A.J., PIENAAR, G.J.

- *Introduction to the Law de Property*. Juta, 1998.

VINE, D.

- War and Forced Migration in the Indian Ocean: The US Military Base at Diego Garcia. *International Migration*. Blackwell, 2004, vol. 42.

WEISGALL, J. M.

- *Operation Crossroads: The Atomic Tests at Bikini Atoll*. Naval Institute Press, 1994.

WELSH, F.

- *A History of South Africa*. David Phillip, 1985.

WINCHESTER, S.

- *The Sun Never Sets: Travels to the Remaining Outposts of the British Empire*, New York: Prentice Hall Press.

- *Krakatoa: The Day the World Exploded: August 27, 1883*. Perennial, 2003.

WORLD BANK

- *Involuntary Resettlement Sourcebook: Planning and Implementing in Development Projects*. World Bank, 2004.

## 2. LES DOCUMENTS NON PUBLIES

ANYANGWE, C.

- *Question of the Chagos Archipelago: Report on the Fact-Finding Mission to Mauritius*. SAHRINGON, 2001

LARUS, J.

- *Diego Garcia: Political Clouds Over A Vital Us Base*, Strategic Review, 1982

MORREL, C.

- *Notes on the Chagos Matter, a memorandum to Richard Gifford, solitoric*, Sheridans Solicitors, Minority Group International, 18 octobre 2004.

HOOKOMSINGH, V.

- *Bury my Heart in Chagos, Diego Garcia*, une intervention faite lors d'une conference internationale sous le thème 'The Fate of the Chagossiens Since their Eviction from the Chagos Islands', Vrije University, Amsterdam, 21 août 2008.

JEFFREY, L.

- *Documentation, Memory and Evidence in Chagos Islanders V Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner*, Social Anthropology, University of Cambridge.

SMANDYCH, R.

- *History, Theory And The Cultural Imperialism Of Law, Working Papers Series, Working Paper N° 2, Socio-Legal Research Centre, Griffith University, Nathan, QLD.*

TONG, M.

- Self-determination after Namibia: What Prospect for the People of the Chagos Archipelago, une intervention faite lors d'une conference international sous le thème '*The Fate of the Chagossiens Since their Eviction from the Chagos Islands*', Vrije University, Amsterdam, 21 août 2008.

VINE, D.

- *The Ilois: An Indigenous People of the Chagos Island: Analyzing the Evidence, Expert Report for Washington College de Law, American University in Washington, Washington, DC, 9 July 2003.*

- Une intervention faite lors d'une conference international sous le thème '*The Fate of the Chagossiens Since their Eviction from the Chagos Islands*', Vrije University, Amsterdam, 21 août 2008.

VINE, D., SOKOLOWISKI, W., HARVEY, M.

- *Derasine: the expulsion and impoverishment of the chagossian people, Projet Report, 11 avril 2005.*

### 3. THESES

VINE, D.

- *Empire's footprint: expulsion and the US military base on Diego Garcia. Thèse de doctorat non publiée: Faculté d'anthropologie, Graduate Centre, City University of New York, 2007.*

### 4. DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX QUI N'ONT JAMAIS ETE CLASSIFIES

GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM

- *British White Paper on Partnership for Progress and Prosperity: Britain and Overseas Territories, UK Parliament, 2001.*

GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM

- *Report for 2007 – 08, House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories, 18 June 2008 HC147 II, 7 July 2008 House of Commons, United Kingdom, 2008.*

GOVERNMENT OF MAURITIUS

- *Survey on the Conditions of Living of the Ilois Community Displaced From The Chagos Archipelago, 1981, Port Louis, Maurice.*

- *Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly, Port Louis, Maurice, juin 1983.*

GRUPE REFUGIEES DE CHAGOS ET CHAGOS SUPPORT GROUP UK,  
 - *Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, GRC and Chagos Support Group, UK, London, United Kingdom, mars 2008.

HANSARD

- *Written Answers*, 5 fevrier 1974.

LABOUR PARTY OF THE UNITED KINGDOM

- *Information paper by the international department of the labour party*, 1984 Report, London, United Kingdom.

NEWSOM, M. E.

- Under Secretary Department of State for Political and Military Affairs, une lettre à M. R. WILKINSON, Director for America for British Foreign and Commonwealth Office, datée du 21 juin 2000.

## 5. DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX CLASSIFIES

AUST, M.

- Director General for Legal Division, UK Office for Legal Affaires, lettre datant 29 juin 1976, *C.N.193.1976. Treaties-6*.

PROSSER, M. A. R. G.

- *Mauritius-Resettlement of Persons Transferred From Chagos Archipelago, Report on visit to Mauritius*, MA.R.G. PROSSER, Advisor on Social Development, 1976 24 janvier- 2 fevrier 1976.

*Treaty series (United States of America) no 15 (1967), cmd 3231.*

*Treaty series (United States of America) no 126 (1972), cmd 5160.*

*Treaty series (United States of America) no 19 (1976), cmd 6413.*

*Treaty Series (Mauritius) no 6 (1983), Cmd 8785.*

## 7. RAPPORTS INTERNATIONAUX ET REGIONAUX SUR LES DROITS DE L'HOMME

CAPORTOTI, F.

- *Etude des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant aux minorités nationales, ethnique, linguistique et religieuses*, UNP Sales, No E.91.XIV.2, 1977.

COBO MARTINEZ, J.

- *Etude des Nations Unies du problème de discrimination contre les populations Autochtones* E/CN.4/Sub.2/1986/7/

DAES, E.I.

- *Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People* Doc de l'ONU E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

DENG, M.F.

- *Les principes de base sur le déplacement interne ont été développés* Doc. De l'ONU E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998.

DRAEBEL,

*Evaluation des besoins sociaux de la communauté déplacée de l'archipel des Chagos*, rapport produit pour L'OMS, décembre 1997.

ORGANISATION DE L'UNITE AFRICAINE,

- *Réunion des experts pour la préparation du projet de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Dakar, Sénégal, 28 novembre au 8 décembre 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (IOT)

- *Manuel de l'OIT convention sur les populations autochtones et tribales 169 de 1989* Projet De Promouvoir La Politique de l'OIT sur les Populations Autochtones et Tribales, 2000, OIT.

PINHEIRO, S.G.

- *Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la Restitution de la propriété et du logement*, Doc. de l'ONU E/CN.Sub.2/2002/16.

VAN BOVEN, T.

- *Rapport final du rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à restitution, compensation et réhabilitation pour les victimes de violations massives des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc de l'ONU E/CN.4/SUB.2/1993/8.

## **8. LEGISLATIONS NATIONALES**

*Constitution de la république mauricienne, 1968*

*Constitution de la république seychelloise, 1976*

*Colonial Boundaries Act 1895, Royaume-Uni*

*Colonial Laws Validity Act, 1895, Royaume-Uni*

*British Nationality Act, 1981, Royaume-Uni*

*British Indian Ocean Territory Order 1965*

*British Indian Ocean Territory Immigration Ordinance, 1971*

*British Indian Ocean Territory Order, 2000*

*British Indian Ocean Territory (Constitution) Order 2004*

*British Indian Ocean Territory (Immigration) Order 2004*

*British Overseas Territories Act 2002*

*Législation canadienne : section 35 de la Constitution (Section 35 of Constitution of Canada)*

*Législation néo-zélandaise : Treaty of Waitangi, 1840*

*Législation australienne (Native Title Act 1992, Native Title Amendment Act 1998)*

*Loi 200 de la constitution sud-africaine de 1993 (Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993)*

*Loi 108 de la constitution sud-africaine de 1996 (Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996)*

*Loi 22 de 1994, restitution of land rights (Restitution of Land Rights Act, 22 of 1994)*

*Loi 3 de 1996 la réforme agraire (labour tenants) (Land Reform (Labour Tenants Act, 3 of 1996)*

*Loi 62 de 1997, extension of security of tenure (Extension of Security of Tenure Act 62 of 1997)*

## 9. JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- *Conséquences Légales pour les Etats sur la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Afrique du Sud Ouest) tenant compte de la Résolution du Conseil de Sécurité 276 (1970) Rapports de la CIJ 1971, p. 31.*

- *Les réparations pour les blessures endurées dans le service aux Nations Unies, Avis Consultatif, Rapports de la CIJ de 1949, p. 178.*

- *Sahara Occidental, Opinion Consultative, CIJ Rapports, 1975, p. 12.*

- *Statut International du sud- ouest africain, CIJ, Rapports de 1950, p. 128.*

- *Timor Oriental (Portugal c. Australie) Avis Consultatif, Rapports de CIJ, 1995, p. 90. Bosnie et Herzégovine c. Serbie and Monténégro datant du 26 février 2007 <<<http://www.icj-cij.org>> visité en date du 26 février 2007.*

- *L'Usine de Charzow : Allemagne c. Polanski 1928 PCIJ (Séries A) No 17, décidé en date du 13 septembre 1928, p. 47.*

## 10. LOI DE PROCES INTERNATIONAUX

- *Away Tigny (Sumo) v Nicaragua Preliminary Objections Séries C Numéro 66 [2000] CIADH 3, 1 février 2000*

- *Away Tigny (Sumo) v Nicaragua Réparations Jugement Séries C Numéro 79 [2001] CIADH 9, 31 août 2001.*

- *Blake Objections Préliminaire Séries C Numéro 27 [1996] CIADH 5, 2 juillet 1996. Blake Jugement Réparations Séries C numéro 36 [1998] CIADH , 24 janvier 1998.*

- *Blake Interprétation de Jugement Réparations Séries C numéro 57 [1999] CIADH, 11 1er octobre 1999.*

- *Ivcher Bronstein Séries C No 74 [2001] CIADH 1, 6 février 2001.*

- *Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras Séries C Numéro 4 [1988] CIADH 1, 29 juillet 1988.*

- *Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras* Interprétation de Jugement Compensation Séries C Numéro 9 CIADH [1990] 9, 17 août 1998.
- *Neira Algeria et al* Séries C Numéro 29 [1996] CIADH, 19 septembre 1996.
- *Aloeboetoe* Séries C Numéro 11 [1990] CIADH 1, 4 décembre 1990.
- *Aloeboetoe Jugement Réparations* Séries C Numéro 15 [1993] CIADH 2, 10 septembre 1993.
- *El Amparo* Séries C Numéro 19 [1995] CIADH 5, 8 janvier 1995.
- *El Amparo Jugement Réparations* Séries C No 28 [1996] CIADH 6, 14 septembre 1996.
- *Sporrong c. Suède* Séries A Numéro 52 No 31423/93 CEDH/ECHR, 23 septembre 1982.
- *Papamichalopoulos c. Grèce* Séries A No 21 G No 31423/93 CEDH/ECHR 1999-II, 24 mai 1993.
- *Chassagnou et Autres c. France* GC No 25088/94, 28331/95 et 28443/95 CEDH 1999 III le 29 avril 1999.
- *Papachelas c. Grèce* GC No 31423/96 CEDH/ECHR 1999-II, 25 mars 1999.
- *Katikaridis c. Grèce* Séries A No 690, 5 novembre 1996.
- *Donnelly c. Royaume-Uni* No 34222/96, 7 septembre 1999.
- *Lithgow and Others v. UK* Series A Numéro 112, 8 juillet 1986.
- *Collectif des Veuves et Ayants-droits, Association Mauritanienne des Droits de l'homme c. Mauritanie*, 13ème Rapport d'Activités de la Commission Africaine 1999-2000, CADHP/RTP/13th, Annexe V.
- *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Comité des juristes pour les droits humains, Association des membres de la conférence épiscopale pour l'Afrique de l'est c. Soudan*, 13ème Rapport d'Activités de la Commission africaine 1999-2000, ACHPR/RTP/13th, Annexe V.

## 11. LOIS DES PROCES DE JURIDICTIONS NATIONALES

- *Alexkorr v Richtersveld Community* [2001] 3 SA 1293 (LCC) [Afrique d'Sud].
- *Alexkorr v Richtersveld Community* 2003 (6) BCLR 583 (SCA), [Afrique d'Sud].
- *Alexkorr v Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC), [Afrique d'Sud].
- *[Ex Parte Bancoult] The Queen v Secretary for the Foreign and Commonwealth Office* [2000] EWHC Admin 413 [2001] QB 1067 [Royaume-Uni].



- *[Ex Parte Bancoult] The Queen v The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWHC 1038 (Admin) [Royaume-Uni].
- *Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office v [Ex Parte Bancoult] The Queen* [2007] EWCA Civ 498 [Royaume-Uni].
- *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v [Ex Parte Bancoult] The Queen* [2008] UKHL 61 [Royaume-Uni].
- *Calder v The Queen* [1973] 8 DLR [3rd] 59 [Canada].
- *Chagos Islanders v Attorney General Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner* [2003] EWHC 2222 (QB) [Royaume-Uni].
- *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 153 DLR [4th] 193 [Canada].
- *Mabo c. Queensland* [1988] 166 CLR [Australie].
- *Mabo c. Queensland* [1992] 175 CLR 1 (Australie)
- *In re Rhodesia* 1919 AC 211 PC [Royaume- Uni].
- *Thornton v The Police* [1962] AC 339 PC [Royaume- Uni].
- *R v Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075. [Canada].
- *United States v Sioux Nation of Indians* 448 US 371, 100 S. Ct. 2716, 65 L. Ed. 2d 844 (1980). [D'Etas-Uni].
- *Baker v Carr* 369 U.S. 186 217 (1962) [D'Etas-Uni].
- *Juda v United States* 6 Cl. Ct. 441 (1984) [D'Etas-Uni].
- *Peter v United States* 6 Cl. Ct. 785 (1984) [D'Etas-Uni].
- *Nitol v United States* 7 Cl Ct. 405 (1985) [D'Etas-Uni].
- *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v United States* 859 F. 2d 1482 (Fed. Cir. 1988) [D'Etas Uni-].

## 12 ARTICLES DE JOURNAUX

- *No End in Sight for 32-year Impasse*, Mail and Guardian, 28 juin 2007, p. 16.
- *Islanders were Evicted for US Base*, Washington Post, 9 septembre 1975 à A1.
- *Islanders That Britain Sold*, Sunday Times (Londres), 21 septembre 1975 p.10.
- *L'article d'opinion de D. Vine*, Washington Post, 3 janvier 2007.

- *The Diego Files*, H. Mariimootto, Le Weekend, Maurice, 1990
- Britain's own Guantanamo, Guardian, David Vine, 28 juillet 2009.

### 13 VIDEOS

- *Il était une Ile Diego Garcia par le Groupe Refugies des Chagos 2006*
- *Back to our Forgotten Paradise, par Groupe Réfugiées des Chagos 2006*
- *Le grand dérangement des habitants de l'archipel des Chagos, par le Groupe Refugies des Chagos et Radio Canada, 2006*
- *Stealing a Nation, John Pilger, 2000*
- *Its time to shut down US bases abroad' David Vine on YouTube, Russia Today, 19 March 2009* <[http://www.youtube.com/watch?v=X1-mWyCZF1k&eurl=http%3A%2F%2Fwww%2Edavidvine%2Eenet%2F&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=X1-mWyCZF1k&eurl=http%3A%2F%2Fwww%2Edavidvine%2Eenet%2F&feature=player_embedded)>>

## TABLE DES MATIERES

CARTE DE L'ARCHIPEL DES CHAGOS .....	2
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	4
SOMMAIRE .....	7
INTRODUCTION .....	8
<i>Occupation</i> .....	8
<i>Terra nullius</i> .....	9
<i>Cession</i> .....	11
<i>Que signifie le concept d'autodétermination?</i> .....	15
<i>L'autodétermination par opposition à la souveraineté territoriale</i> .....	18
<i>Le droit à la décolonisation et à l'autodétermination</i> .....	22
<i>La résolution 1514 (XV)</i> .....	25
<i>La résolution 1541 (VX)</i> .....	27
<i>La résolution 2625 (XXV)</i> .....	29
<i>Le PIDCP de 1966 et le PIDESC de 1966</i> .....	30
<i>Comment les territoires sont-ils inscrits sur la liste des territoires non autonomes des Nations Unies?</i> .....	31
<i>Retrait d'un territoire de la liste des territoires non autonomes</i> .....	35
<i>L'autodétermination est devenue un principe de droit international de nature contraignante</i> .....	35
<i>Responsabilité des Etats en cas de violation du droit à l'autodétermination</i> .....	37
<i>Qui sont les bénéficiaires du droit à l'autodétermination ?</i> .....	39
<i>L'interdiction des déplacements forcés dans la population civile</i> .....	40
<i>Le génocide</i> .....	44
<i>Le déplacement involontaire et l'exil forcé du peuple de l'archipel des Chagos</i> .....	49
<i>Le Territoire britannique de l'océan Indien est un territoire non autonome</i> .....	57
<i>Portée de l'étude</i> .....	60
TITRE I.....	63
LES DROITS DE L'HOMME ET LES NORMES EN MATIERE DE DECOLONISATION ET D'AUTODETERMINATION.....	63
CHAPITRE I - DECOLONISATION ET DROIT A L'AUTODETERMINATION .....	65
SECTION I - LE DEVELOPPEMENT DU DROIT A L'AUTODETERMINATION EN DROIT INTERNATIONAL .....	67
<i>A- L'affaire du Sahara Occidental, 1975</i> .....	71
<i>B - Timor oriental (Portugal c. Australie)</i> .....	77
<i>C - Statut International du Sud-ouest africain de 1950</i> .....	83
<i>D - L'Affaire de Namibie, 1971</i> .....	87
SECTION II - LES « PEUPLES » AYANT DROIT À L'AUTODÉTERMINATION .....	90
<i>PARAGRAPHE I - Protection des droits collectifs au sein du système africain des droits de l'homme : la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples</i> .....	94

<i>A- Les droits collectifs contenus dans les Articles 19 à 23 de la Charte africaine</i> .....	95
<i>B- Jurisprudence de la Commission Africaine</i> .....	97
<i>C- Pratique de la Commission africaine sur les problèmes relatifs aux droits des peuples autochtones</i> .....	101
<i>PARAGRAPHE II - La déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i> .....	103
CHAPITRE II- APPLICATION DU DROIT A L'AUTODETERMINATION AUX TERRITOIRES NON AUTONOMES SITUÉS DANS LES ILES ISOLÉES .....	116
<i>PARAGRAPHE I - L'autodétermination pour les peuples des territoires insulaires des Etats-Unis</i>	118
<i>PARAGRAPHE II - L'autodétermination pour les peuples des territoires insulaires du Royaume-Uni</i> .....	124
<i>A- Gibraltar</i> .....	126
<i>B - Les Iles Malouines (Falkland)</i> .....	133
CHAPITRE III - APPLICATION DU DROIT A L'AUTODETERMINATION DANS L'ARCHIPEL DES CHAGOS .....	143
SECTION I – LA CREATION DU TERRITOIRE BRITANNIQUE DE L'OCEAN INDIEN ET L'EXIL FORCÉ DES CHAGOSSIENS .....	145
<i>PARAGRAPHE I - La création de la base militaire américaine sur Diego Garcia</i> .....	146
<i>A- Correspondance entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni</i> .....	147
<i>B- Pourquoi une base militaire sans population permanente ?</i> .....	149
<i>C- Les Seychelles et l'île Maurice acceptent le démembrement de leurs territoires respectifs pour l'établissement du BIOT</i> .....	156
<i>D- Création du Territoire britannique de l'océan Indien, le 8 novembre 1965</i> .....	157
<i>E- L'Etat de l'île Maurice devient indépendant en 1968</i> .....	159
<i>F- Construction du « complexe » militaire américain sur Diego Garcia</i> .....	160
<i>G- Les Seychelles deviennent indépendantes en 1976</i> .....	160
<i>H- Le Gouvernement britannique nie avoir amputé le territoire mauricien</i> .....	161
<i>PARAGRAPHE II - Le Royaume-Uni était au courant de la présence d'une population permanente dans l'archipel des Chagos au moment de la création du BIOT</i> .....	162
<i>A- La première phase de dépopulation de l'archipel des Chagos</i> .....	170
<i>B- Deuxième et dernière phase de dépopulation de l'archipel des Chagos</i> .....	171
<i>C -Les lois utilisées pour dépeupler l'archipel des Chagos</i> .....	174
<i>PARAGRAPHE III - Comment l'archipel des Chagos fut exproprié</i> .....	179
SECTION II – LE BIOT EST UN TERRITOIRE NON AUTONOME .....	185
<i>A- Absence d'une population permanente sur le BIOT</i> .....	186
<i>B- Le BIOT est toujours sous la domination coloniale du Royaume-Uni</i> .....	189
<i>C- Non inclusion du BIOT sur la liste des Nations Unies des territoires non autonomes</i> ..	190
<i>D- Le droit international ne soutient pas les revendications mauriciennes</i> .....	195
SECTION III - LE STATUT DES CHAGOSSIENS EN DROIT INTERNATIONAL 203	
<i>PARAGRAPHE I - Le peuple Chagossien habitait l'archipel avant la colonisation britannique</i> .....	204
<i>A -Sont-ils des réfugiés à l'île Maurice ?</i> .....	213

<i>B - Les Chagossiens sont-ils des déplacés internes à Maurice ?</i> .....	215
<i>C - Sont-ils une minorité à l'Ile Maurice ?</i> .....	215
<i>D - Sont-ils des peuples autochtones de l'Etat mauricien ?</i> .....	216
<i>1<sup>o</sup> Priorité temporelle quant à l'occupation de l'archipel des Chagos</i> .....	218
<i>2<sup>o</sup> Perpétuation volontaire d'une distinction culturelle</i> .....	219
<i>3<sup>o</sup> Auto-identification et reconnaissance par d'autres groupes en tant que peuple autochtone</i> .....	220
<i>4<sup>o</sup> Une expérience de marginalisation, d'exclusion et de dépossession</i> .....	221
<i>5<sup>o</sup> Sont-ils des autochtones de l'archipel des Chagos ?</i> .....	222
<i>6<sup>o</sup> Les Chagossiens constituent un « peuple » selon la loi sur la décolonisation</i> .....	223
<i>PARAGRAPHE II - Implications du retour de Chagos en tant que partie du territoire de Maurice</i> .....	223
<i>PARAGRAPHE III - Le cas de Mayotte dans les Comores, un exemple d'intégration</i> .....	225
<b>TITRE II</b> .....	229
<b>LE DROIT A RESTITUTION</b> .....	229
<b>CHAPITRE I - LE DEVELOPPEMENT DU DROIT A REPARATION ET A RESTITUTION EN DROIT INTERNATIONAL</b> .....	232
<i>PARAGRAPHE I - Responsabilités des Etats en cas de violation massive des droits de l'homme</i> .....	232
<i>PARAGRAPHE II - Les instruments juridiques internationaux interdisent l'exil forcé</i> ....	236
<i>A - Protections contre les violations des droits de l'homme</i> .....	239
<i>1<sup>o</sup> Le droit d'entrer, de quitter ou de retourner dans son propre pays ou territoire</i> .....	239
<i>2<sup>o</sup> Interdiction du déplacement forcé et du transfert de populations</i> .....	240
<i>3<sup>o</sup> Droit contre l'interférence dans le domicile familial</i> .....	244
<i>4<sup>o</sup> Le droit au logement</i> .....	245
<i>5<sup>o</sup> Protection contre les évictions illégales et les déplacements forcés</i> .....	246
<i>B - Le droit à la propriété dans les instruments juridiques internationaux et régionaux</i> ....	248
<i>1<sup>o</sup> La Charte africaine</i> .....	249
<i>2<sup>o</sup> La Convention américaine</i> .....	249
<i>3<sup>o</sup> La Convention européenne</i> .....	250
<i>4<sup>o</sup> Le droit à un recours effectif en cas de violation des droits de l'homme</i> .....	251
<i>PARAGRAPHE III - Normes des droits de l'homme en matière de droit à restitution</i> .....	254
<b>CHAPITRE II - LA JURISPRUDENCE SUR LE DROIT A REPARATION ET/OU A RESTITUTION EN DROIT INTERNATIONAL</b> .....	262
<i>PARAGRAPHE I - La jurisprudence en matière de droit à restitution</i> .....	263
<i>A- La Cour Interaméricaine des droits de l'homme (CIADH)</i> .....	264
<i>1<sup>o</sup> Manfredo Velasquez Rodriguez c. Honduras</i> .....	268
<i>2<sup>o</sup> L'affaire Blake</i> .....	272
<i>3<sup>o</sup> Communauté de Mayagna (sumo) Awas Tingni c. Nicaragua</i> .....	274
<i>B- Jurisprudence de la CEDH</i> .....	278
<i>1<sup>o</sup> Le droit à la jouissance paisible des possessions</i> .....	279
<i>2<sup>o</sup> Expropriation directe et indirecte selon la Convention européenne</i> .....	280

3 <sup>o</sup> Privation de propriété selon la Convention européenne.....	280
PARAGRAPHES II - Les états peuvent exproprier à des fins publiques contre le paiement d'une compensation .....	283
PARAGRAPHES III - Exemples de restitution dans les anciennes colonies britanniques et aux Etats-Unis.....	285
A- En Australie.....	285
B- Au Canada .....	286
C- En Nouvelle-Zélande .....	290
D- Aux Etats-Unis d'Amérique .....	292
E- En Afrique du Sud .....	294
CHAPITRE III - APPLICATION DU DROIT A REPARATION ET A RESTITUTION DANS LE CAS DU PEUPLE DE CHAGOS.....	300
SECTION I - LE DEPLACEMENT DES POPULATIONS DES TERRITOIRES NON AUTONOMES POUR LES INTERETS MILITAIRES DES ETATS-UNIS.....	300
PARAGRAPHES I - L'expulsion des peuples autochtones de la République des Iles Marshall .....	302
A- Perspective Historique .....	302
B- Les essais nucléaires sur l'atoll de Bikini « pour le bien-être de l'humanité ».....	305
C- Le procès initié par les habitants de la République des Iles Marshall.....	308
D- La doctrine de « l'affaire politique » .....	312
E- La doctrine d'adhésion .....	313
PARAGRAPHES II - L'expulsion forcée des Inuit du Groenland pour établir une base militaire américaine .....	315
A- Perspective historique .....	315
B- Plaidoirie des Inuit de Thulé, Groenland.....	318
SECTION II - PLAIDOIRIE DES CHAGOSSIENS DEVANT LES COURS BRITANNIQUES ET AMERICAINES .....	320
PARAGRAPHES I - Plaidoirie des Chagossiens devant les Cours britanniques.....	320
A- Le procès de Vencatessen .....	322
B- Les affaires Bancoult .....	326
1 <sup>o</sup> L'affaire Bancoult (1).....	328
(a) La Reine annule l'arrêt de Bancoult (1) .....	331
i) L'Ordonnance relative à la constitution du BIOT de 2004 .....	337
ii) L'Ordonnance sur l'immigration dans le BIOT de 2004.....	339
2 <sup>o</sup> L'affaire Bancoult (2).....	341
3 <sup>o</sup> Bancoult (3) .....	347
4 <sup>o</sup> L'affaire Bancoult (4).....	352
C- Procès collectif pour une compensation financière adéquate: l'affaire Chagos Islanders .....	363
PARAGRAPHES II - Plaintes déposées par les Chagossiens devant les Cours américaines .....	374
SECTION III - PROGRAMME DE RESTITUTION PROPOSE AUX CHAGOSSIENS .....	377
PARAGRAPHES I - Le coût de la réinstallation sur l'archipel des Chagos.....	379
PARAGRAPHES II - Différentes approches pour affirmer leur droit à restitution .....	381

<i>A- Leçons tirées du tribunal des revendications nucléaires de la République des Iles Marshall (RIM).....</i>	382
<i>B- Une approche basée sur le BIOT en tant que territoire britannique d'outre-mer .....</i>	383
<i>C- Une approche basée sur les droits des Chagossiens relativement au PIDPC et au PIDESC .....</i>	385
<i>D- Réclamations de restitution basées sur la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones .....</i>	386
<i>E- Leçons tirées des programmes de restitution dans les anciennes colonies britanniques...</i>	387
<i>F- Quantification de la compensation financière suite au déplacement forcé et à l'exil.....</i>	389
TITRE III .....	393
CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	393
CHAPITRE I - CONCLUSIONS SUR L'AFFAIRE CHAGOSSIENNE .....	394
<i>A- Progrès récents .....</i>	396
<i>1<sup>o</sup> Les visites de la commission africaine à l'île Maurice et aux Seychelles .....</i>	396
<i>2<sup>o</sup> La résolution du Parlement européen du 25 mars 2009.....</i>	397
<i>3<sup>o</sup> Changements éventuels de la politique étrangère et militaire des Etats-Unis .....</i>	398
CHAPITRE II - RECOMMANDATIONS POUR LA RESOLUTION DE L'AFFAIRE CHAGOSSIENNE .....	401
BIBLIOGRAPHIE .....	404
TABLE DES MATIERES.....	419

**THESE DE DOCTORAT**

**Version anglaise**



**UNIVERSITE DE STRASBOURG**  
**Faculté de droit, de sciences politiques et l'histoire**

**DOCTORAL THESIS**

Discipline: **International Law**

Specialisation: **International Human Rights Law**

Presented by:  
**MAUREEN TONG**

Topic:

**THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION AND RESTITUTION: THE MATTER OF THE PEOPLE  
OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO (BRITISH INDIAN OCEAN TERRITORY)**

Unit of research:

Supervisor of Thesis:

**PROFESSOR FLORENCE BENOIT-ROHMER**

Presented on

**6 November 2009**

**Doctoral School of Law, Political Science and History**

**Jury :**

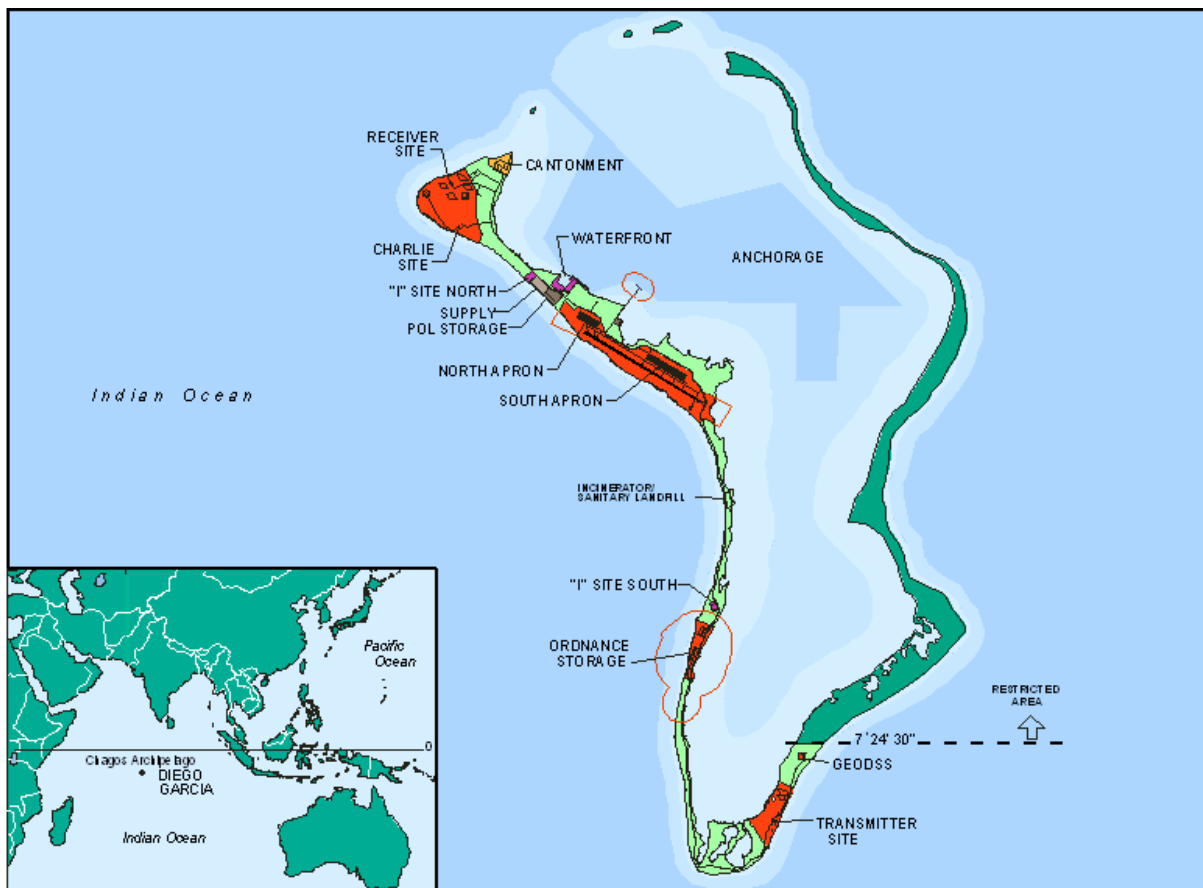
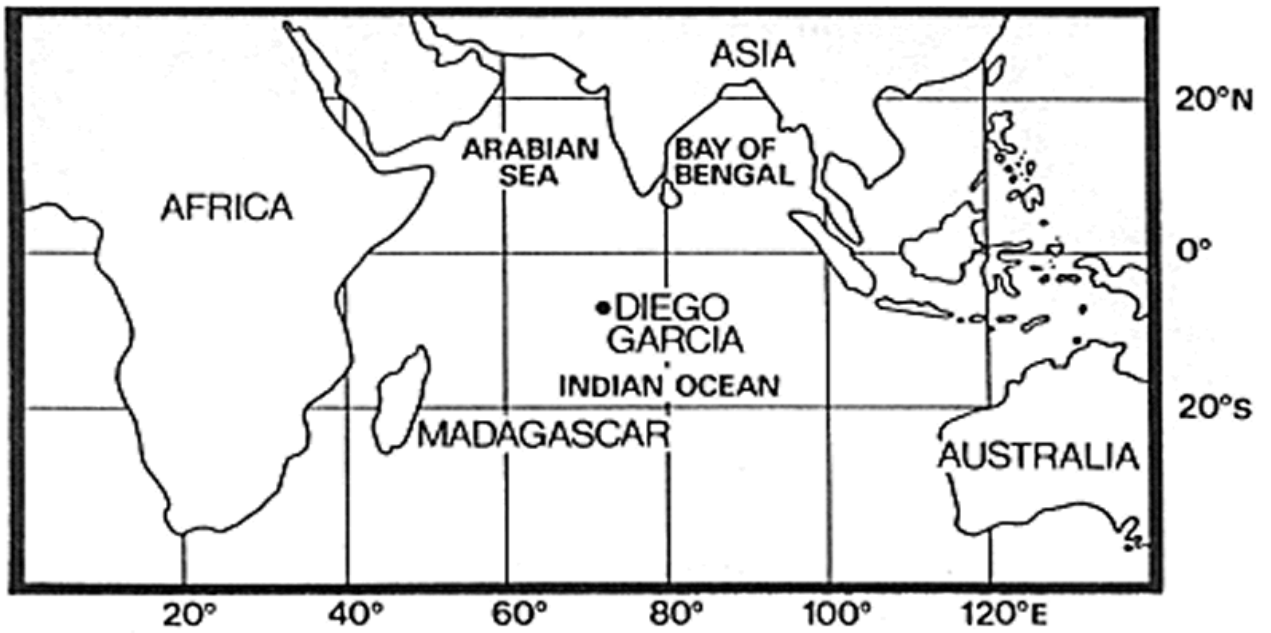
M. Gudmundur ALFREDSSON, Professor Université de Strasbourg.

M. Peter MacAlister-Smith, Professor Max Planck Institute, Germany.

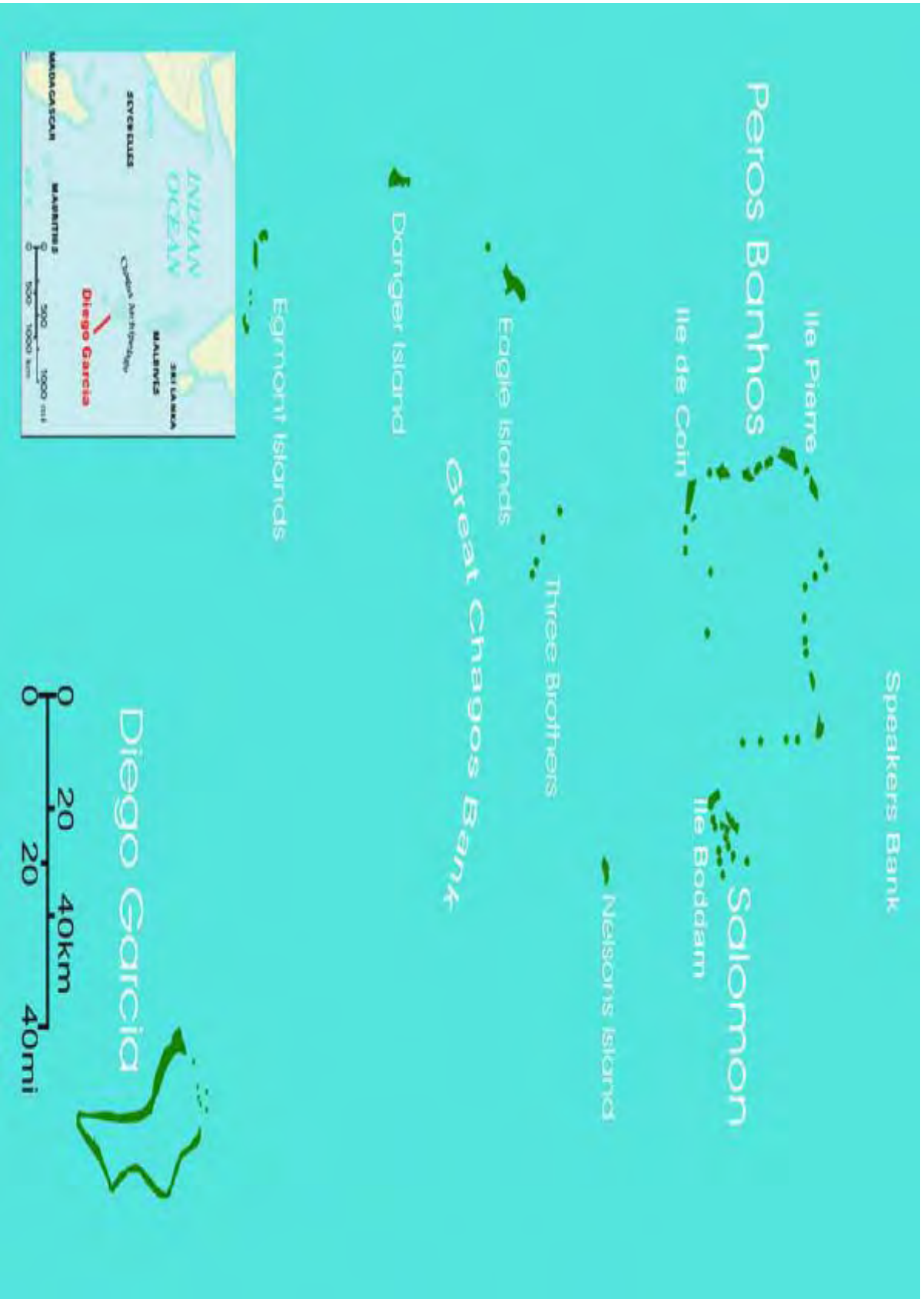
African Charter	African Charter on Human and Peoples Rights
African Court	African Court on Human and Peoples Rights
African Commission	African Commission on Human and Peoples Rights
American Convention	American Convention on Human Rights
AU	African Union
<i>Bancoult (1)</i>	[Ex Parte Bancoult] The Queen v Secretary for the Foreign and Commonwealth Office [2000] EWHC Admin 413 [2001] QB 1067
<i>Bancoult (2)</i>	The Queen on the application of Louis Olivier Bancoult v The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2006] EWHC 1038 (Admin)
<i>Bancoult (3)</i>	Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office v Ex Parte Bancoult the Queen [2007] EWCA Civ 498
<i>Bancoult (4)</i>	Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v Ex Parte Bancoult [2008] UKHL 61
<i>BIOT</i>	British Indian Ocean Territory
<i>Chagos Islanders</i>	Chagos Islanders v Attorney General Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner [2003] EWHC 2222 (QB)
CRG	Chagos Refugees Group
European Commission	European Commission on Human Rights
European Convention	European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
European Court	European Court of Human Right
Inter-American Commission	Inter-American Commission on Human Rights
Inter-American Court	Inter-American Court of Human Rights
ICC	International Criminal Court
ICJ	International Court of Justice
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia
ICERD	International Convention on the Elimination of Racial Discrimination
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ILO	International Labour Organisation

<i>Namibia</i>	<i>Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 176 (1970) ICJ Reports 1971 P. 31</i>
NATO	Northern Atlantic Treaty Organization
OAU	Organization of African Unity
Resolution 1514 (XV)	Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, containing the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples
Resolution 1541 (XV)	Resolution 1541 (XV) of 15 December 1960, on Principles which should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit the Information called for Under Article 73e of the Charter
Resolution 2625 (XXV)	Resolution 2625 (XXV) of 1970, UN Resolution containing the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UN	United Nations
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNHCHR	United Nations High Commissioner for Human Rights
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
USA	United States of America
Vienna Convention	Vienna Convention on Law of Treaties

MAP OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO



0 1 2 MI DIEGO GARCIA



*Summary Table of Contents***INTRODUCTION****TITLE I: SELF-DETERMINATION IN THE CONTEXT OF DECOLONIZATION**

- Chapter 1: Decolonization and the Right of self-determination
- Chapter 2: Application of the Right of Self-Determination to Non-Self-Governing Territories situated on Small Remote Islands
- Chapter 3: Application of the Right of Self-Determination to the Chagos matter

**TITLE II: THE RIGHT TO RESTITUTION**

- Chapter 1: The Development of the Right to Reparations and/or Restitution in International Law
- Chapter 2: Jurisprudence on the Right to Reparations and/or Restitution in International Law
- Chapter 3: Application of the Right to Restitution on the Chagos matter

**TITLE III: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS**

- Chapter 7: Conclusions on the Chagos Matter
- Chapter 2: Recommendations on how to Resolve the Chagos Matter

**BIBLIOGRAPHY**

*Detailed Table of Contents*

MAP OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO .....	3
<i>Summary Table of Contents</i> .....	5
<i>Detailed Table of Contents</i> .....	6
INTRODUCTION .....	10
<i>Occupation</i> .....	10
<i>Terra nullius</i> .....	10
<i>Cession</i> .....	11
<i>What does self-determination mean?</i> .....	14
<i>Self-determination versus territorial sovereignty</i> .....	16
<i>Law of political decolonization</i> .....	19
<i>Resolution 1514 (XV)</i> .....	22
<i>Resolution 1541 (XV)</i> .....	23
<i>Resolution 2625 (XXV) of 1970 on Friendly Relations</i> .....	24
<i>The ICCPR and the ICESCR of 1966</i> .....	24
<i>How do territories get on the UN list of non-self-governing territories?</i> .....	26
<i>Removal from list of non-self-governing territories</i> .....	28
<i>Self-determination has become a binding rule of international law</i> .....	28
<i>State responsibility for the violation of the right to self-determination</i> .....	30
<i>'Peoples' have a right of self-determination</i> .....	31
<i>Prohibition of forcible transfer of populations</i> .....	32
<i>Genocide</i> .....	35
<i>The forcible removal and displacement of Chagossian people</i> .....	38
<i>The BIOT is a non-self-governing territory</i> .....	45
TITLE 1.....	48
SELF-DETERMINATION IN THE CONTEXT OF POLITICAL DECOLONIZATION .....	48
CHAPTER I    DECOLONISATION AND THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION .....	49
Section I:    Development of the right of self-determination in International Law .....	50
A <i>Western Sahara, 1975</i> .....	52
B <i>East Timor (Portugal v Australia), 1995</i> .....	57
C <i>International Status of South West Africa, 1950</i> .....	60
D <i>Namibia Matter, 1971</i> .....	64
Section II:    'People' are entitled to the Right of Self-Determination.....	66
Paragraph 1 <i>Protection of collective rights in the African system of human rights: the African Charter on Human and People's Rights</i> .....	68
A <i>Collective rights contained in Article 19 – 23 of the African Charter</i> .....	69
B <i>Jurisprudence from the African Commission on the concept of peoples' rights</i> .....	71
C <i>African Commission practice on the concept of indigenous rights</i> .....	73
Paragraph 2 <i>UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples</i> .....	75
CHAPTER 2:    APPLICATION OF RIGHT OF SELF-DETERMINATION TO NON-SELF-GOVERNING TERRITORIES SITUATED ON SMALL REMOTE ISLANDS.....	84
Paragraph 1 <i>'Self-determination' on island territories of the US</i> .....	85
Paragraph 2 <i>'Self-determination' on island territories of the UK</i> .....	89
A <i>Gibraltar</i> .....	90
B <i>The Falkland Islands (Malvinas)</i> .....	95
CHAPTER 3    APPLICATION OF THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION TO THE CHAGOS MATTER.....	102
Section I: Establishment of the BIOT and forced exile of the Chagossian People.....	103

Paragraph 1	Establishment of US military base on Diego Garcia.....	104
A	Exchange of Notes between the UK and the US.....	104
B	Why a military base without a permanent population.....	106
C	Seychelles and Mauritius agreed to excision of their territories.....	112
D	BIOT established on 8 November 1965.....	113
E	Mauritius gained independence in 1968.....	115
F	Construction of US military 'facility' on Diego Garcia begins.....	115
G	Seychelles gained independence in 1976.....	116
H	UK Government denied it had dismembered Mauritius.....	116
Paragraph 2	UK was aware of a permanent population on Chagos Archipelago ...	117
A	First phase of depopulating the Chagos Archipelago.....	122
B	Second and final phase of depopulating the Chagos Archipelago.....	123
C	Laws used to depopulate the Chagos Archipelago.....	125
Paragraph 3:	How the Chagos Archipelago was expropriated.....	129
Section II	BIOT is a non-self-governing territory.....	133
A	Absence of a permanent population on BIOT.....	133
B	BIOT is still under colonial rule by the UK.....	135
C	Non inclusion of BIOT on the UN list of non-self-governing territories.....	137
Section III	Status of Chagossians in International Law.....	145
Paragraph 1	Chagossians Occupied the Archipelago before the British.....	146
A	Are Chagossians refugees in Mauritius?.....	152
B	Are Chagossians internally displaced persons in Mauritius?.....	153
C	Are Chagossians a minority in Mauritius?.....	154
D	Are Chagossians an indigenous people of Mauritius?.....	154
1	Priority in time with respect to occupation of Chagos Archipelago.....	156
2	Voluntary perpetuation of cultural distinctiveness.....	157
3	Self-identification as indigenous and acceptance by other indigenous people.....	158
4	Experience of marginalization, exclusion and dispossession.....	158
5	Are the Chagossians indigenous to the Chagos Archipelago?.....	159
6	Chagossians are a 'people' in terms of the law of political decolonization.....	159
Paragraph 2	Implications of Mauritius regaining sovereignty over Chagos.....	160
Paragraph 3	Mayotte: an example of integration.....	161
TITLE II:	THE RIGHT TO RESTITUTION.....	164
CHAPTER 1:	THE DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO RESTITUTION IN INTERNATIONAL LAW.....	165
Paragraph 1	State responsibility for gross violations of human rights.....	165
Paragraph 2	International human rights instruments prohibit forcible exile.....	167
A	Protections against violations of human rights.....	169
1	The right to enter, leave and return to own country or territory.....	170
2	Prohibition against forcible deportation and transfer of populations.....	170
3	The right against interference with family home.....	173
4	The right to housing.....	173
5	Protection against illegal evictions and forced removals.....	174
B	The right to property in international and regional human rights instruments....	176
1	The African Charter on Human and Peoples' Rights.....	176
2	The American Convention on Human Rights.....	177
3	The European Convention for the Protection of Human Rights.....	177
4	The right to an effective remedy for human rights violations.....	178
Paragraph 3	Human rights norms and standards on the right to restitution.....	179



CHAPTER 2: JURISPRUDENCE ON THE RIGHT TO REPARATIONS AND RESTITUTION IN INTERNATIONAL LAW .....	185
Paragraph 1 <i>Jurisprudence on restitution</i> .....	185
A <i>The Inter-American Court of Human Rights</i> .....	186
1 <i>The case of Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras</i> .....	189
2 <i>The Blake case</i> .....	192
3 <i>Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua</i> .....	193
B <i>Jurisprudence from the European Court regarding property rights</i> .....	196
1 <i>The right to peaceful enjoyment of ‘possessions’</i> .....	197
2 <i>Direct and indirect expropriation under the European Convention</i> .....	197
3 <i>Deprivation of control of property in terms of the European Convention</i> .....	198
Paragraph 2 <i>States may expropriate property for public purposes or in the ‘public interest against payment of compensation</i> .....	200
Paragraph 3 <i>Examples of restitution in former British colonies and the USA</i> .....	201
A <i>Australia</i> .....	201
B <i>Canada</i> .....	202
C <i>New Zealand</i> .....	204
D <i>The United States of America</i> .....	206
E <i>South Africa</i> .....	207
CHAPTER 3    APPLICATION OF THE RIGHT TO RESTITUTION ON THE CHAGOS MATTER        211	
Section I    Displacement of Populations of Non-Self-Governing Territories due to US Military Activities .....	211
Paragraph 1 <i>Displacement of the people of the RMI due to US military activities</i> ..	212
A <i>Historical perspective</i> .....	212
B <i>Nuclear testing on Bikini Atoll ‘for the good of mankind’</i> .....	214
C <i>Cases brought by the people of the Republic of Marshall Islands</i> .....	216
D <i>The ‘Political Question’ doctrine</i> .....	220
E <i>The Doctrine of Espousal</i> .....	220
Paragraph 2 <i>Displacement of the people of Greenland due to US military activities</i> 221	
A <i>Historical perspective</i> .....	221
B <i>Litigation by the Inughuit people of Thule, Greenland</i> .....	223
Section II: Litigation by Chagossians before UK and US Court .....	225
Paragraph 1 <i>Litigation by Chagossians before UK Courts</i> .....	225
A <i>The Vencatessen litigation in the 1970s</i> .....	226
B <i>The Bancoult cases</i> .....	229
1 <i>Bancoult (1)</i> .....	231
(a) <i>The Queen nullified the Bancoult (1) judgement by decree</i> .....	233
(i) <i>2004 BIOT Constitution Order</i> .....	236
(ii) <i>2004 BIOT Immigration Order</i> .....	237
2 <i>Bancoult (2)</i> .....	239
3 <i>Bancoult (3)</i> .....	243
4 <i>Bancoult (4)</i> .....	247
Paragraph 2 <i>Litigation by Chagossians before US Courts</i> .....	261
Section III    Proposed restitution programme for the Chagossian people .....	264
Paragraph 1 <i>Costs of resettling the Chagos Archipelago</i> .....	265
Paragraph 2 <i>Different approaches to asserting Chagossians’ right to restitution</i> ..	266
A <i>Lessons from the NCT in the Marshall Islands</i> .....	266

<i>B</i>	<i>An Approach based on BIOT as an UK Overseas Territory .....</i>	267
<i>C</i>	<i>An approach based on their rights in terms of the ICCPR and the ICESCR.....</i>	268
<i>D</i>	<i>Restitution claims based on the 2007 UN Declaration on Indigenous People.....</i>	269
<i>E</i>	<i>Lessons from restitution programmes in former British colonies.....</i>	270
<i>F</i>	<i>Quantifying financial compensation for the forcible removals and exile.....</i>	271
	TITLE III.....	274
	CONCLUSIONS AND RECCOMENDATION ON HOW TO RESOLVE THE CHAGOS MATTER .....	274
	CHAPTER 1: CONCLUSIONS ON THE CHAGOS MATTER.....	275
<i>A</i>	<i>Recent developments .....</i>	276
<i>1</i>	<i>The African Commission visits to Mauritius and Seychelles .....</i>	276
<i>2</i>	<i>European Parliament resolution on 25 March 2009 .....</i>	277
<i>3</i>	<i>Possible change in US foreign and military policy? .....</i>	278
	CHAPTER 2: RECCOMENDATIONS ON HOW TO RESOLVE THE CHAGOS MATTER.....	280
	BIBLIOGRAPHY .....	282

## INTRODUCTION

Gudmundur Alfredsson states that there are three basic characteristics of colonial status, namely overseas territory, separate geographic and political entity and foreign domination.<sup>1</sup> The law of self-determination does not invalidate the legal basis of sovereignty or 'colonial' title held over non-self-governing territories but imposes legal obligations on States still enjoying sovereignty over non-self-governing territories to assist the people of such territories to exercise their right to self-determination in the form of independent Statehood, association or integration with an existing State or retain the status quo. The legal title itself remains valid until the people of the territory exercise their right to self-determination.

### *Occupation*

The International Court of Justice (ICJ) stated in its 1975 Advisory Opinion on *Western Sahara* that in terms of international law applicable at the time 'occupation' was one of the legal methods of acquiring sovereignty over a territory.<sup>2</sup> Occupation of a territory was therefore an original means of legally acquiring sovereignty over a territory in order to turn it into a 'colony'. Two elements that were required to prove that there was effective 'occupation' of a territory were the intention to acquire the territory and the display of sovereignty over the acquired territory.

### *Terra nullius*

The concept of '*terra nullius*', meaning a territory belonging to no one, was applied to territories that were not yet subject to another colonial power and therefore not considered to be sovereign States. The concept was the legal basis for acquiring, by conquest or settlement, any State whose people were regarded as uncivilised on account of not having western style social and political institutions or legal systems.<sup>3</sup> The 'recognition principle' of British colonial law allowed for the recognition of existing indigenous law of a colonised territory if the were regarded as 'civilised.' One example of the application of the concept of *terra nullius* by the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (UK) in relation to its colonies is the case of *In re Rhodesia*.<sup>4</sup> The Privy Council in London, when it was still the Court of final instance for the then British colony of Southern Rhodesia that is present day Zimbabwe, dismissed

---

1 Gudmundur Alfredsson, Greenland and the Law of Political Decolonisation, German Yearbook of International Law, Duncker & Humblot/Berlin, volume 25 1982, 290 at page 299.

2 *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, page 12 at paragraphs 79 and 80.

3 Kulchyski, Peter *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, 1994 Oxford University Press.

4 *In re Rhodesia* 1919 AC 211 PC.

Ndebele land rights as 'irreconcilable with the legal ideas of a civilised society.' The Privy Council stated:

'The estimation of the rights of aboriginal tribes is always inherently difficult. Some tribes are so low in the scale of social organisation that their usages and conceptions of rights and duties are not reconciled with the institutions or the legal ideas of civilised society'. Such a gulf cannot be bridged. It would be idle to impute such a people with some shadow of the rights in our law and then transmute it into the substance of transferable rights of property as we know them.'<sup>5</sup>

The ICJ rejected the concept of *terra nullius* in its Advisory Opinion on *Western Sahara*, declaring it 'a legal term of art'.<sup>6</sup> Judge Ammoun stated in his separate opinion in the Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* that 'it was a monstrous blunder and a flagrant injustice to consider Africa south of the Sahara as *terra nullius*, to be shared out among the [western] powers for occupation and colonization, when even in the sixteenth century [Queen] Victoria had written that the Europeans could not obtain sovereignty over the Indies by occupation, for they were not *terra nullius*.'<sup>7</sup> Countries like New Zealand, Canada and Australia used to disregard rights of indigenous people over land and natural resources in their territories through the use of the concept of *terra nullius*. The landmark Australian case of *Mabo v Queensland (no 2)*<sup>8</sup> has since discredited this concept as a legal fiction based on racist attitudes towards the rights of aboriginal people and their legal system of land tenure. This case has since been followed in several jurisdictions.<sup>9</sup> The concept of aboriginal title in Canada recognises that indigenous people have title to land and natural resources that remains intact until expressly extinguished by the State.

### *Cession*

Under customary international law sovereignty over a territory could also be legally transferred from one colonial State to another by way of a treaty of cession between two

---

5 At pages 233 – 234.

6 *Western Sahara* at paragraph 79.

7 *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion, separate opinion by Judge Ammoun, page 86. Judge Ammoun went on to discuss the history of civilization on the African continent, the empires built long before the advent of the slave trade and colonialism. He also made reference to the intellectual heritage of the continent to argue that the claim that African states were 'uncivilised' and therefore *terra nullius* to be acquired by European countries was a fallacy.

8 *Mabo v Queensland (no 2)* [1992] 175 CLR 1 (Australia).

9 *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 153 DLR [4th] 193 (Canada).

States, provided the State transferring the territory had authority to do so.<sup>10</sup> At the time when competition among colonial powers vying for control over Africa, Asia and the Americas took place, Britain, France, Spain and Germany went to war with each other at different times. They took over and lost control of the different colonised nations as a consequence. The method by which they would pass dominion over a conquered territory to the next colonial power was by way of entering a treaty of cession. Two examples being dealt with in this study are the Treaty of Paris in 1814 in terms of which the UK gained sovereignty over the Chagos Archipelago - which was at the time administered as part of the territory of Mauritius, from France- and the Treaty of Utrecht of 1713 in terms of which Spain ceded sovereignty over Gibraltar to the UK.

In terms of international law, transfer of sovereignty over a territory can only be legally done with the consent of the population inhabiting the territory. Therefore any inter-State agreement that is contrary to the will of the population concerned will fall foul of the principle of self-determination. For example, the annexation of East Timor by Indonesia in 1975 without securing the 'free and genuine expression of the will of the people concerned' as stipulated by the ICJ in the *Western Sahara* case<sup>11</sup> was therefore unlawful and incapable of extending Indonesian sovereign (legal) title over the territory.<sup>12</sup> As per the judicial decision in the Australian case of *Mabo v Queensland* (no 2), the method of acquisition of a territory is no longer the only determinant of its status.<sup>13</sup>

Judge Dillard famously stated in his dissenting opinion in the ICJ Advisory Opinion *Western Sahara* that: 'It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory to determine the destiny of the people.' The ICJ decided in its Advisory Opinion in *Legal Status of South West Africa* that States could not unilaterally change the political status of a territory without the consent of the United Nations (UN) and especially in violation of the right of the inhabitants to self-determination.<sup>14</sup>

International law does not condone acquisition of territory in violation of the rights of self-determination. The ICJ, in the case of *East Timor (Portugal v Australia)*;<sup>15</sup> opined that acquisition of sovereignty over a territory in breach of the right of self-

---

10 See Joshua Castellino, *International Law and Self-Determination*, at page 186, Territories acquired by cession that are discussed in detail in this study are the Falkland Island (Malvinas); Gibraltar; and British Indian Ocean Territory (BIOT).

11 ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1975, at page 12.

12 *The Right to self-Determination in Operation*, at page 188.

13 *Mabo v Queensland* (no 1) [1992] 175 CLR 1 [Australia].

14 *International Status of South West Africa*, ICJ Reports 1950, at pages 141 – 145.

15 *East Timor (Portugal v Australia)*, Judgment, ICJ Reports 1995 at page 90.

determination is not legal because of the now well-established rule that the free and genuine will of the people of the territory should be respected.

International law does not condone the use of force by States in order to deny colonised people or people under foreign or racist domination the right of self-determination. Similarly, actions aimed at preventing or frustrating people from exercising their right of self-determination, for example setting up institutional and other coercive mechanisms, fall foul of the right to self-determination. While States are allowed to provide assistance to colonised people to attain self-determination by way of providing technical, financial and logistical support to liberation movements, it is illegal under international law to provide substantial assistance to an oppressive State that is forcibly opposing the right of the people under its control from exercising this right.<sup>16</sup>

The ICJ has found that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter of the UN and from UN practice has an *erga omnes* character. It has also found that the principle of self-determination has been recognised by the UN Charter and jurisprudence by the ICJ, notably in the *Western Sahara* and *Namibia* cases.<sup>17</sup>

The principle of self-determination, which is regarded a *jus cogens* and now *erga omnes* as per the ICJ Advisory Opinion on *Namibia* in 1971, has reshaped the rules governing State responsibility. A rule of *jus cogens* is a rule from which no State may derogate, even by the conclusion of a treaty with another State. Consent is not a justification for the breach of fundamental legal standards and all States may take remedial action against a State that breaches such standards. The breach of *erga omnes* is the concern of all States. Bilateral treaties falling foul of *jus cogens*, for example a treaty between the UK and US governments making provision for the forcible transfer of the population of the Chagos Archipelago, are liable to be declared null and void by either of the two contracting parties on account of it militating against the peremptory norm of *jus cogens*, which self-determination has become.

*Jus cogens* refer to a set of principles that are regarded to be of such importance that no State may derogate from them for any reason. Article 53 of the Vienna Convention on

---

<sup>16</sup> *The Right to Self-Determination: Impact on Traditional International Law* at page 198.

<sup>17</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 176 (1970)* ICJ Reports 1971 at page 31 [*Namibia*].

the Law of Treaties states that a treaty is void if it at the time of its conclusion it conflicts with peremptory norm of general international law.<sup>18</sup>

The Vienna Diplomatic Conference on the Law of Treaties saw the principle of self-determination included among other principles regarded as *jus cogens*. Apart from the Vienna Diplomatic Conference the principle was included, at an international level, in the UN Charter 1945; the 1960 UN Resolution 1514 (XV) containing the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples;<sup>19</sup> the 1960 UN Resolution 1541 (XV) on Principles which should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit the Information called for Under Article 73e of the Charter; and the 1970 UN Resolution containing the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the UN.

At a regional level the African Charter on Human and Peoples Rights adopted in 1981 states that one of the principles underpinning the African Charter is the right of peoples still under colonial domination to self-determination. Article 20 of the African Charter deals with the right of 'peoples' to self-determination. The 1963 Charter of the Organisation of African Unity (OAU), the forerunner of the African Union, expressly commits members of the OAU to eradicate all forms of colonialism. One of the principles that governed members of the OAU was 'absolute dedication to the total emancipation of the African territories which are still dependent'.

### *What does self-determination mean?*

There are different views about what self-determination should mean in this era of post-colonialism. Its initial application, especially at the height of the decolonization process, is less ambiguous. Self-Determination applied to territories that had still not been freed from colonial rule, whose people experienced foreign domination. Under the so-called 'salt-water' theory, UN practice was that a territory which was still under foreign domination should also be separated by sea water from the metropolitan State. The territory under domination was typically in a distinct geographic area.

---

18 Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties states:  
'A Treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognised by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.'

19 Resolution 1514 (XV) of the General Assembly of the United Nations GAOR 1514 (XV) of 1960 unanimously adopted 89 – 0 – 9.

Although the British Indian Ocean Territory (BIOT)/Chagos Archipelago were never placed on the UN list of non-self-governing territories, it does in fact satisfy all the requirements for such listing. It is highly unlikely that the UK will voluntarily place it on the UN list given the political processes involved. There is also the expected objection by Mauritius to the listing of the BIOT, as happened in the case of Western Sahara where Morocco does not support the decolonization process for the territory.

Gudmundur Alfredsson states that the principle of self-determination is broad, elastic and popular. He argues that it may be taken to mean, among other things:

1. The right of a State population to determine the form of government and to participate in the government, sometimes including internal self-determination;
2. The rights of a State to maintain its national unity and territorial integrity and to govern its affairs without external interference and violation of its boundaries;
3. The right of a minority within or even across State boundaries to special rights, not only protection and non-discrimination, but possibly the right to cultural, educational, social and economic autonomy for the preservation of group identities. See discussion of indigenous people and their demand for the recognition of their languages, culture, systems of law and land and property rights;
4. The right of a State and of a State population, especially claimed by developing countries, to cultural, social and economic development; and
5. Sometimes termed external self-determination, the right of an entity or State to determine its international status.<sup>20</sup>

Rodolfo Stavenhagen argues that self-determination means different things to different people. He asserts that: 'self-determination has become, indeed is a social and political fact in the contemporary world, which we are challenged to understand and master for what it is: an *idée force* of powerful magnitude, a philosophical stance, a moral value, a social movement, a potent ideology, that may also be expressed, in one of its many guises, as a legal right in international law.'<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Gudmundur Alfredsson, *Greenland and the Law of Political Decolonisation* at page 294.

<sup>21</sup> Rodolfo Stavenhagen, *Self-Determination, Right or Demon*, in Donald Clarke and Robert Williamson, *Self Determination: International Perspectives*, Macmillan Press, 1996, at page 2. At page 4 He refers to the study by the Carnegie Endowment for International Peace that proposes new categories of self-determination, namely, anti-colonial self-determination, sub-state self-determination, trans-state self-determination, self-determination of dispersed peoples, indigenous self-determination, and representative self-determination as different sources of the claims to self-determination and various possible outcomes. See Morton H Halperin, David J Schefer and Patricia L Small, *Self-Determination in the New World Order*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 1992, referenced by Stavenhagen.



Despite some views that self-determination is a 'principle' and not a right as such,<sup>22</sup> the *right* to self-determination has developed into a binding rule of international law. Some say it is a collective or human right under international law particularly relevant to colonised and oppressed people,<sup>23</sup> while others have argued that emphasising the human rights and democratic aspects of self-determination shows that although the concept has evolved from being an aspirational principle to a right, through decolonisation processes to human rights treaties like the ICCPR<sup>24</sup> and the ICESCR, it has not changed in its essential description. The concept has apparently been extended by the Human Rights Committee to cover not only territories awaiting decolonisation but also peoples within independent States.<sup>25</sup>

### *Self-determination versus territorial sovereignty*

The UN, formed as it was after World War II, was particularly concerned about maintaining international peace and stability. Article 2(4) of the UN Charter states that

'All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the UN.'

Article 2(6) requires non-members of the UN to act in accordance with the principles of the UN to ensure the maintenance of international peace and security. Resolution 1514 (XV) seems to subject the exercise of the right of colonised people to self-determination to the requirement that such exercise should not be at the expense of stability.<sup>26</sup> This appears to be based on the fear that the exercise of the right of self-determination could be disruptive to international peace and security. Territorial integrity, like political decolonisation, has emerged as binding rules of international law, binding upon States. It is respected not only by former colonial States but also by emerging independent States through the principle of *uti posseditis*. This principle developed from the practice in Latin America whereby the boundaries of former Spanish colonies were retained at the time of independence. This practice was also adopted during the decolonisation process of African States.

---

22 Patrick Thornberry, *Self-Determination and Indigenous People: Objections and Responses*, in *Operationalizing the Right of Indigenous People to Self-Determination*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, Abo, 2000, 39 at page 40.

23 Stavenhagen, *Self-Determination, Right or Demon* at page 3.

24 G.A Res, 2220 A (XXI), 21 U.N. Doc., GOAR Supp NO 16, a 52, U.N Doc A/6316 (1966).

25 General Comment 12(21), on Article 1 of the ICCPR, UN doc. A/39/40 pp 122 - 143

26 The preamble to the Resolution 1514 (XV) states:

'Conscious of the need for the creation of conditions of stability and well being...' Some have argued that the exercise of the right to self-determination in the case of the former Yugoslavia had the effect of precipitating the disintegration of the territory and the bloodshed and genocide against Bosnian Muslims that ensued. See also Castellino, *Ibid* at page 22 and cases from the UN International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY).

While the 1960 UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples was primarily concerned with creating conditions for the colonised peoples to exercise their right of self-determination, it also reaffirmed the principle of territorial integrity of States. Paragraph 6 of Resolution 1514 (XV) coming immediately after paragraph 5 of the Resolution, reaffirmed the principle of territorial integrity. It states:

'6. Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the UN.'<sup>27</sup>

This clause does not refer to the territorial integrity of former colonial powers but to the territories that were to be decolonised. It was seen as important to ensure that in the exercise of the right to self-determination as part of the decolonisation process the territorial integrity of States is not impaired or disrupted. This clause is seen by State parties to the UN, an international system that is preoccupied with the need for international peace and security, as an important limitation to the exercise of the right of self-determination.<sup>28</sup> The law of political decolonisation remains the only legally sanctioned violation of national boundaries, otherwise regarded as inviolable in international law, to allow for the break-up of colonial empires.

The 1963 Charter of the OAU, the forerunner of the African Union, expressly commits members of the OAU to 'respect the borders existing on their achievement of national independence.'<sup>29</sup> In 1964 the Assembly of Heads and Governments of the OAU passed a resolution formally adopting the principle of *uti possidetis*.<sup>30</sup> The OAU was established in 1960 a time when the decolonisation process was gaining momentum. Only a small number of African States had already attained independence from their former European powers. Predictably, the Charter of the OAU placed a lot of emphasis on the need to

---

27 Operative Paragraph 5 of the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples states:

'5. Immediate steps shall be taken, in Trust and Non-Self-Governing Territories or all other territories which have not yet attained independence, to transfer all powers to the peoples of those territories to, without any conditions or reservations, in accordance with their freely expressed will and desire, without any distinction as to race, creed or colour, in order to enable them to enjoy complete independence and freedom.'

28 Castellino at page 26.

29 Indigenous Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA) and the African Commission on Human and Peoples Rights (ACHPR), *Framework Conceptual Document on Indigenous Populations in Africa*, 2005.

30 Chanda, *The Organisation of African Unity: An Appraisal*, in *Zambian Law Journal* 1989 – 1992, page 5. See also Organisation of African Unity, Meeting of Experts for the Preparation of the Draft African Charter of Human and Peoples' Rights, Dakar, Senegal, 28 November to 8 December 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1. The opening statement of the document states: 'The present document was drafted in implementation of Decision 115(XVI) Rev.1, by which the Assembly of Heads of State and Government requested the Secretary General of the Organisation of African Unity, at its Sixteenth Ordinary Session held in Monrovia, (Liberia) from 17 to 20 July 1979 to organise as soon as possible in an African capital, a restricted meeting of highly qualified experts to prepare a preliminary draft of an "African Charter of Human and Peoples' Rights providing, *inter alia*, for the establishment of bodies to promote and protect human and peoples' rights.'

decolonise remaining colonial African States and the right of 'peoples' to self-determination. It also placed emphasis on the need to defend sovereignty and territorial integrity of Member States. Article II of the OAU Charter stated five purposes of the OAU as:

1. To promote unity and solidarity of the African States;
2. To coordinate and intensify their cooperation and efforts to achieve a better life for all peoples of Africa;
3. To defend their sovereignty, their territorial integrity and independence;
4. To eradicate all forms of colonialism; and
5. To promote international cooperation, having due regard to the Charter of the UN and the UDHR.

Article III of the OAU Charter outlines the seven principles that were to govern the relations among member States of the OAU and with the rest of the world thus:

1. Sovereign equality of all Member States;
2. Non-interference of internal affairs of States;
3. Respect for sovereignty and territorial integrity of each State and for its inalienable right to independent existence;
4. Peaceful settlement of disputes by negotiation, mediation, conciliation or arbitration;
5. Unreserved condemnation in all its forms of political assassinations as well as subversive activities on the part of neighbouring States;
6. Absolute dedication to the total emancipation of the African territories which are still dependent; and
7. Affirmation of a policy of non-alignment with regard to all blocks.

The Charter of the AU, the successor to the OAU, also makes explicit reference to the need to respect national boundaries existing at the time of decolonisation. Article 4 of the Constitutive Act of the AU, entitled 'Principles' states: The AU shall function in accordance with the following principles:

- (a) ..
- (b) Respect of boundaries existing on attainment of independence.'

Despite some controversy over whether the principle of *uti possidetis* is a 'rule of regional customary law binding those States which unilaterally declared their acceptance of the principle of the status quo as at the time of independence'<sup>31</sup> because it was

---

31 I Brownlie, *African Boundaries*, 11 quoted in *Self-Determination in Operation* at page 192.

adopted by the OAU by way of the 1964 resolution, it has however become a general rule of international law.

### *Law of political decolonization*

The three main 'sources' of the law of self-determination in the context of decolonisation are: the UN Charter; resolutions of the UN General Assembly; as well the consultative opinions of the ICJ. The ICJ cases of *Western Sahara*, *Namibia* and *East Timor* will be analysed below to show that self-determination is no longer just a political principle but has become a binding rule of international law, especially in the context of decolonisation.

Self-determination first developed as a political principle that later became a binding rule of international law to the benefit of colonised peoples and their territories. Some scholars argue that the political principle developed from the American and French Declarations that 'only the consent of the governed can make a government legitimate' and the 'father of modern self-determination', Former US President Wilson.<sup>32</sup> In his statement to US Congress in February 1918 he stated that 'self-determination is not a mere phrase. It is an imperative principle which Statesmen will henceforth ignore at their peril'.<sup>33</sup>

The League of Nations, set up after World War I, was more concerned with eliminating war. It therefore did not concern itself with the issue of self-determination. Its successor, the UN established in 1945, was from its inception concerned about maintaining international peace and security after World War II.<sup>34</sup> The concept of self-determination was at the time seen as a political principle rather than a legal right.

The founding document of the UN, the UN Charter, makes reference to the concept of self-determination. Article 1(2) of the UN Charter states one of the purposes of the UN as being to develop 'friendly relations among nations based on the respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.' The full text of the Article states that the purposes of the UN are:

---

32 Joshua Castellino, *International Law and Self-determination*, Martinus Nijhoff, 2000 Kluwer Law International, at page 42.

33 President Woodrow Wilson in a speech to the US Congress, 18 February 1918 quoted by Rodolfo Stavenhagen, *Self-Determination: Right or Demon* at page 1 in reference to its citation in W. Otuatay-Kodjoe, *The Principle of Self-Determination in International Law*, New York: Nellen Publishing, 1977.

34 Preamble of the UN Charter states that one of the purposes of the UN is 'to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind...'

- '(a) To maintain international peace and security, and to that end; to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;
- (b) To develop friendly relations among nations based on *respect for the principles of equal rights and self-determination of peoples*, and take other appropriate measures to strengthen universal peace;
- (c) To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural and humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and
- (d) To be the centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.' (emphasis added)

Article 55 of the UN Charter makes reference to the need to create conditions of stability that are necessary for the self-determination of peoples. It states:

' With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations and based on respect for principle of equal rights and self-determination of peoples, the UN shall promote:

- (a) Higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;
- (b) Solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and
- (c) Universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion.'

Article 56 of the Charter of the UN states:

'All Members pledge themselves to take joint and separate action in cooperation with the [UN] for the achievement of the purposes set forth in Article 55.'

Chapter XI of the Charter of the UN, containing Articles 73 and 74, is entitled the Declaration Regarding Non-Self-Governing Territories. Article 73 of the UN Charter requires that Member States that still hold colonial power over territories that have not

yet attained self-government must accept as a sacred trust the obligation to promote the well-being of the inhabitants and must take steps to assist such territories or peoples to attain self-government.<sup>35</sup> Article 73b of the Charter requires States that have assumed responsibility for the administration of non-self-governing territories to: “accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories.” It also requires them to submit report to the Secretary General of the UN regarding measures they have taken to assist people of such territories to achieve self-government.

The three UN General Assembly resolutions dealing with decolonization are: the General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples; the UN General Assembly Resolution 1541 (XV) of 15 December 1960 on the Principles which should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit the Information called for Under Article 73e of the Charter; and the General Assembly Resolution 2625 (XXV) of 1970 containing the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the UN.

---

35 The full text of Article 73 of the UN states:

‘Members of the UN which have or assume responsibilities for administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognise the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and *accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories*, and, to this end:

- a. To ensure, with due respect for the culture of the people concerned, their political, economic, social and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;
- b. *To develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;*
- c. To further international peace and security;
- d. To promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialised international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic and scientific purposes set forth in this Article; and
- e. To transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.’ (Emphasis added)

*Resolution 1514 (XV)*

Article 2 of Resolution 1514 (XV) provides that:

'All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.'<sup>36</sup>

Article 5 of Resolution 1514(XV) states:

'Immediate steps shall be taken, in Trust and Non-Self-Governing Territories or all other territories which have not yet attained independence, to transfer all powers to the peoples of those territories, without any conditions or reservations, in accordance with their freely expressed will or desire, without any distinction as to race, creed or colour, in order to enable them to enjoy complete independence and freedom.'

The opening statement of the UN General Assembly Resolution 1514 (XV) makes reference to the Charter of the UN and fundamental human rights.<sup>37</sup> It has been argued that references to 'better standards of life and freedom' in the text of Resolution 1514 (XV) suggests that the norm of self-determination was already accepted to a certain extent as being one that promoted better standards of life and freedom.<sup>38</sup>

Resolution 1514 (XV) refers to the yearning of colonised people to freedom; recognises that the increased number of conflicts is due to the denial of people of their freedoms and rights, 'a menace' that "constitutes a serious threat to world peace." The Resolution also states that 'people may freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit and international law'.<sup>39</sup>

The resolution made the principle of self-determination, then becoming a 'right of colonised people' an issue of fundamental human rights, by linking it to the issue of discrimination, which is contained in the UDHR.<sup>40</sup> Subjugation, domination and exploitation of people therefore constitute a denial of their human rights and are contrary to the Charter of the UN.<sup>41</sup>

---

36 UN GAOR 1514 (XV).

37 The opening statement of Resolution 1514 (XV) states: 'Mindful of the of the determination proclaimed by the peoples of the world in the Charter of the UN to reaffirm faith in fundamental human rights....'

38 Joshua Castellino, page 22.

39 The preamble to Resolution 1514 (XV).

40 UDHR, 1948.

41 Castellino, at page 25.

The UN General Assembly adopted Resolution 1514 (XV) unanimously in 1960, a time when the system of colonialism was universally condemned and India had already attained independence. All members of the UN accepted it, making it a binding rule of international law. Focussing as it did on the situation of colonialism, Resolution 1514 (XV) is one of the clearest statements on self-determination in international law. As indicated by Judge Dillard in the *Western Sahara* Advisory Opinion, self-determination has come to be regarded as a customary norm of international law. Some have argued that it has become a norm of *jus cogens*.<sup>42</sup>

### *Resolution 1541 (XV)*

Resolution 1541 (XV) provides for three options available to non-self-governing peoples when they wish to exercise their right to self-determination, namely:

1. Emergence as a sovereign independent State;
2. Free association with an independent State; or<sup>43</sup>
3. Integration with an independent State.<sup>44</sup>

Resolution 1541 (XV) supplements Resolution 1514(XV) especially with regard to the right of self-determination. Resolution 1541 (XV) emphasised the obligation of Member States that still had colonial territories to report to the UN in terms of Article 73e of the UN Charter. It applies to a territory that is 'geographically separate and is distinct ethnically and/or culturally from the country administering it';<sup>45</sup> whose people have not yet attained 'full measure of self-government.'<sup>46</sup> Full measure of self-government is defined, for the purposes of Resolution 1541 (XV) as such measures that result in a decision where the people concerned vote in free and fair elections to decide whether to: (a) constitute themselves as a sovereign independent State; (b) associate freely with an independent State; or (c) integrate with an independent State already in existence.<sup>47</sup>

Principle VII of Resolution 1541 (XV) emphasises that should the people exercising the right of self-determination choose free association they should do so following a

---

42 Ibid at page 22.

43 Principle VII prescribes the process to be followed when the choice of free association is exercised.

44 Principle IX prescribes the process to be followed when the choice of integration is to be taken by a non-self-governing territory.

45 Principle IV of Resolution 1541 (XV).

46 Principle I and II of Resolution 1541 (XV). Greenland's integration with Denmark in 1953 through constitutional amendment purported to be the exercise of the people of Greenland of their right to self-determination had the effect of removing the territory from the UN list of non-self-governing territories. See Gudmundur Alfredsson, *Greenland and the Law of Political Decolonisation*, at page 300.

47 Principle V of Resolution 1541 (XV).



democratic process.<sup>48</sup> Principle IX states that the associated State or territory should be allowed to develop its own internal constitution free from outside interference.<sup>49</sup>

### *Resolution 2625 (XXV) of 1970 on Friendly Relations*

The UN General Assembly Resolution 2625 (XXV) of 1970 containing the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the UN<sup>50</sup> includes a fourth option available to non-self-governing territories exercising the right of self-determination, namely any other political status. It provides:

'The establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitutes modes of implementing the right of self-determination by that people.'

Resolution 2625(XXV) also provides that:

'Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principles of equal rights and self-determination of peoples in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the UN in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:

(a) ....

(b) To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned.'

### *The ICCPR and the ICESCR of 1966*

The common article 1 of the ICCPR and the ICESCR provides that:

'All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they (shall) freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.'

---

48 Principle VII states that: "Free association should be the result of a free and voluntary choice by the peoples of the territory concerned expressed through informed and democratic processes.'

49 '(b) Integration should be the result of the freely expressed wishes of the territory's peoples acting with full knowledge of the change in their status, their wishes having been expressed through informed and democratic processes, impartially conducted and based on universal adult suffrage. The UN could, when it deems it necessary, supervise these processes.'

50 UN Resolution 2625 (XXV) UN Doc A/8082, adopted on 24 October 1970.

Article 1(2) of the ICCPR and ICESCR states:

'All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit and international law. In no case may a people be deprived of its subsistence.'

The UDHR, the ICCPR and the ICESCR, termed the international bill of rights, have had the effect of couching the right of self-determination as a 'primary' human right of all peoples. The fact the right of self-determination is included in both the ICCPR and the ICESCR signifies that it is not only limited to civil and political rights but that it is also relevant to economic, social and cultural rights. This implies that the attainment of self-determination is important for the enjoyment of economic, social and cultural rights.

Article 1(3) of the ICCPR and ICESCR places a duty on States that are administering non-self-governing territories to promote the realization of the right to self-determination. It states:

'The State Parties to the present Covenant, including those having responsibility for administering non-self-governing and trust territories, shall promote the realization of the right to self-determination, and shall respect that rights, in conformity with the provisions of [Article 73] of the Charter of the UN.'

On the issue of the binding effect of Security Council resolutions, the ICJ in Advisory Opinion *Namibia* recalled its Advisory Opinion on *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the UN*<sup>51</sup> that decisions or resolutions of the Security Council are binding on all members of the UN. It held:

'The Charter has not been content to make the Organisation [of the UN] created by it merely a centre 'for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends'. (Article 1 para. 4) It has equipped that centre with organs, and has given it special tasks. It has defined the position of the Members in relation to the Organization [of the UN] by requiring them to give it assistance in any action undertaken by it (Article 2, para. 5) and to accept and carry out the decisions of the Security Council.'<sup>52</sup>

---

51 *Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Reports 1949, at page 178.

52 *Ibid.*

*How do territories get on the UN list of non-self-governing territories?*

Historically, non-self-governing territories were placed on the UN list of non-self-governing territories by voluntary acts of the administering powers. The UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, contained in the General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, is not explicit about how and when territories can be included in the list of non-self-governing territories nor the 'trust' territories. Operative paragraph 5 of the Declaration simply states that immediate steps shall be taken to assist the peoples in trust, non-self-governing territories and all other territories that have not yet attained independence to enjoy complete independence and freedom.

This paragraph seems not to limit the right to self-determination to colonised territories but to extend it to '...other territories which have not yet attained independence.' This implies that the people do not have to be under 'classical colonialism'. As long as their territory has not yet attained independence, the people are under to 'subjugation, domination or exploitation' it appears that they have a right to self-determination. UN practice in ending the system of apartheid in South Africa and Namibia and ending the colonial situation in East Timor despite Indonesia declaring that it had annexed the territory and Australia recognizing such annexation shows that the UN General Assembly reserves to itself the right to decide which territories belong on the list of non-self-governing territories and which do not.

The ICJ noted in its Advisory Opinion *Western Sahara* that the right of self-determination allows the General Assembly discretion on the form and procedures to be followed when the right is exercised.<sup>53</sup> It also held in the Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* that South Africa did not have the competence to alter the political status of the territory without the consent of the General Assembly. The Trusteeship system of the UN regulated how territories that had been under the Mandate system under the League of Nations would be carried over to the Trusteeship system and assisted to attain self-government. The process of getting any new territories on the list of non-self-governing territories would probably require a resolution taken by the UN Special Committee of 24 (Decolonisation), which would need to be ratified by the UN General Assembly.

The mandate of the UN Special Committee of 24 (Decolonisation) has evolved over time. Operative paragraph 8 of the General Assembly Resolution 1080 (XVII) specified the

---

53 *Western Sahara*, at paragraph 71.

mandate of the Committee.<sup>54</sup> The mandate was renewed more recently by the General Assembly Resolution 59/136 of 10 December 2004 to continue to seek suitable means to eradicate colonialism in all territories.<sup>55</sup>

Namibia was the last big country, in terms of geographic size of territory and population, to attain independence. There are currently only 16 small territories left on the list, 10 administered by the UK, three by the USA, one by New Zealand, one by France and Western Sahara which was previously administered by Spain but is now contested by Morocco, which maintains it is part of its territory.<sup>56</sup> Most of these territories may soon achieve independence or exercise their right to free association, autonomy or retention of the *status quo*. Despite having the biggest number of territories on the list that they are still administering, the UK and the US no longer participate in the sessions of the Special Committee of 24 (Decolonisation) whose current membership does not include a single Member State from Western Europe. There is only one from Eastern Europe and

---

54 UN General Assembly Resolution 1080 stated the mandate as:

- (a) To continue to seek the most suitable ways and means for the speedy and total application of the Declaration to all Territories which have not as yet attained independence;
- (b) To propose specific measures for the complete application of the Declaration;
- (c) To submit to the General Assembly in due course; and not later than its eighteenth session, a full report containing its suggestions and recommendations on all the territories mentioned in paragraph 5 of the Declaration;
- (d) To appraise the Security Council of any development in those Territories which may threaten international peace and security.

55 Operative paragraph 8 of the Resolution states:

*Requests* the Special Committee to continue to seek suitable means for the immediate and full implementation of the Declaration and to carry out the actions approved by the General Assembly regarding the International Decade for the Eradication of Colonialism in all Territories that have not yet expressed their right to self-determination, including independence, and in particular:

- (a) To formulate specific proposals to bring about an end to colonialism and to report thereon to the General Assembly at its sixtieth session;
- (b) To continue to examine the implementation by member States of Resolution 1514 (XV) and other resolutions on decolonisation;
- (c) To continue to examine the political, economic and social situation in the Non-Self-Governing Territories, and to recommend, as appropriate, to the General Assembly the most suitable steps to be taken to enable the populations of those Territories to exercise their right to self-determination, including independence, in accordance with relevant resolutions on decolonisation, including resolutions on specific Territories;
- (d) To finalise before the end of 2005 a constructive programme of work on a case-by-case basis for the Non-Self-Governing Territories to facilitate the implementation of the mandate of the Special Committee and the relevant resolutions on decolonisation, including resolutions on specific Territories;
- (e) To continue to dispatch visiting missions to the Non-Self-Governing Territories in accordance with relevant resolutions on decolonisation, including resolutions on specific Territories;
- (f) To conduct seminars, as appropriate, for the purpose of receiving and disseminating information on the work of the Special Committee, and to facilitate participation by the peoples of Non-Self-Governing Territories in those seminars;
- (g) To take all necessary steps to enlist worldwide support among governments, as well as national and international organisations, for the achievement of the objectives of the Declaration and the implementation of the relevant resolutions of the United Nations; and
- (h) To observe annually the Week of Solidarity with the Peoples of Non-Self-Governing Territories.

The Annual Week of Solidarity with the Peoples of Non-Self-Governing Territories is announced in UN Resolution 54/91.

56 The 10 non-self-governing territories administered by the United Kingdom are Pitcairn, Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Falklands Islands (Malvinas), Gibraltar, Montserrat, St Helena, Turks and Caicos Islands; the three administered by the US are American Samoa, Guam and US Virgin Islands, New Zealand administers Tokelau and France administers New Caledonia.

most of the African States do not participate on a regular basis.<sup>57</sup> Getting a territory put on the list of non-self-governing territory is a procedural matter riddled with many political hurdles. Any territory wishing to be listed must muster the support of 191 Member States of the UN. The situation is made more complex by the fact that some members of the Special Committee of 24 (Decolonization) may not wish to place a new territory on the list of non-self-governing territories due to their own internal political problems (for example Russian and Papua New Guinea).

### *Removal from list of non-self-governing territories*

The removal of territories from the UN list of non-self-governing territories is done by the General Assembly on the advice of the Special Committee of 24 (Decolonisation). In the case of East Timor (Timor Leste) it was done by way of a resolution of the Security Council being passed. In the case of Puerto Rico, although the territory had exercised its right to self-determination in 1963 to become a freely associated State to the USA, in 1980 [1972] the UN Special Committee of 24 (Decolonisation) resolved to put Puerto Rico back on the list of non-self-governing territories after a discussion on the matter. This is unprecedented. The General Assembly reaffirmed in Resolution 61/122 adopted on 14 December 2006 that in the absence of a decision by the General Assembly itself that a non-self-governing territory has attained a full measure of self-government in terms of Chapter XI of the Charter the administering power should continue to transmit information under Article 73e.<sup>58</sup>

### *Self-determination has become a binding rule of international law*

Judge Dillard, in his dissenting opinion on the *Western Sahara*, elaborated on the issue of whether self-determination had become a binding rule of international law as follows:

'At one extreme is the contention that even if a particular Resolution of the General Assembly is not binding, the cumulative impact of many Resolutions when similar in content, voted for by overwhelming majorities and frequently repeated over a period of time may give rise to a general *opinio juris* thus constitute a norm of customary international law. According to this view, this is the precise situation manifested by the long list of resolutions which, following in

---

<sup>57</sup> See Article 1(4) of the First Additional Geneva Protocol of 1977.

<sup>58</sup> UN, Resolutions and Decisions adopted by the UN General Assembly during its sixty-first session, Volume I Resolutions 12 September to 22 December 2006, General Assembly Official Records, sixty-first session, supplement No 49, A/61/49 at page 227.

the wake of Resolution 1514 (XV), have proclaimed the principle of self-determination to be an operative right in the decolonization of non-self-governing territories.

At the opposite pole are those who, resisting generally the law-creating powers of the General Assembly, deny that the principle has developed into a 'right' with corresponding obligations or that the practice of decolonization has been more than an example of the usage dictated by political expediency or convenience and on which, in addition, has been neither constant nor uniform.

I need not dwell on the theoretical aspect of this broad problem which, as everyone knows, commands an immense literature. *Suffice it to call attention to fact that the present Opinion is forthright in proclaiming the existence of the 'right' in so far as the present proceedings are concerned.* This is made explicit in paragraph 56 and is fortified by calling into play two dicta in the *Namibia* case (ICJ Reports 1971, page 31) to which are added an analysis of the numerous Resolutions of the General Assembly dealing in general with its decolonization policy and in particular with those resolutions centering on the Western Sahara (Opinion, para 60-65).

The pronouncements of the Court thus indicate, in my view that a norm of international law has emerged applicable to the decolonization of those non-self-governing territories which are under the aegis of the UN.

It should be added that the force of these pronouncements is in no way diminished by virtue of the theoretically non-binding character of an advisory opinion. It is a misconception, no less real for being widely held, that in this respect an advisory opinion differs markedly from a judgement in a contentious case. This follows because, as with a declaratory judgement and also a judgement in a contentious case, it is in its statement of the law along with its assessment of the facts that the Court fulfils its principal function.'<sup>59</sup> (Emphasis added).

---

59 *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, at page 122. There is still some controversy on the issue of resolutions of the General Assembly and the Security Council as sources of law. Prof Brownlie takes the view that resolutions are not binding on persistent objectors while Prof Anand argues that the and the majority rule dictate that if the majority of members of the General Assembly vote in favour of a resolution such a resolution should be binding even on persistent objectors. He argues that to hold otherwise would violate the basis of the UN system, which is based on principle of equality of members of the United Nations. Resolution 1514 (XV) of 01960 was however adopted unanimously, making the issue irrelevant since all members of the UN accepted it by voting in favour of the right of peoples of self-determination.

*State responsibility for the violation of the right to self-determination*

Under customary international law, a State was obliged to pay reparations to another State for causing hardship to it or failure to comply with an international obligation. This related mostly to invasion of another territory, refusing to grant immunities to its diplomats, etc. Failure to make good the damage caused or give full satisfaction could be dealt with by way of imposing economic or military sanctions. Needless to say this form of 'punishment' only worked if the offended party had capacity to give effect to such sanctions, the matter remaining 'private' between the offending party and the offended one while the rest of the world did nothing. Although the breach was one of an internationally wrongful act the resolution of the matter was considered to be a bilateral issue to be dealt with by the two States. Alternatively the offended party could 'consent' to the unlawful act by the offending State thereby annulling the wrongful nature of international delinquencies.<sup>60</sup>

As far as the British Indian Ocean Territory (BIOT) matter is concerned, neither the US nor the UK is however likely to ask for the bilateral treaty to be declared null and void. It is also highly unlikely that any third State would use the optional clause, namely Article 36 of the Statute of the ICJ, to institute proceedings against either the US or the UK to ask the Court to declare that the two States have entered into a treaty that is contrary to an obligation *erga omnes* and/or *jus cogens* and should denounce the treaty or refrain from complying with it.

While the ICJ does not have jurisdiction to declare the treaty null and void it could pronounce on its compatibility with an *erga omnes* obligation and whether or not either of the States are under an obligation to denounce or uphold implementation of the treaty.<sup>61</sup> There is currently no jurisprudence from the ICJ declaring null and void any treaty bearing upon self-determination on account of being in conflict with the a peremptory norm of international law. The decision on *East Timor (Portugal v Australia)* was one such an opportunity; however the ICJ declined to exercise jurisdiction because one of the parties to the treaty with Australia concerning the Timor Gap, namely Indonesia, was not a party to the case before the ICJ and had not consented to the jurisdiction of the Court to hear the matter.

Where a people under colonial or foreign domination assert the right to self-determination the issue ceases to be one of non-interference in internal domestic affairs

---

60 *The Right to Self-Determination in Operation, Impact on Traditional International Law*, at page 177.

61 *Ibid* at page 174.

but rather one in which the international community becomes involved. The ICJ Advisory Opinions on the *International Status of South West Africa* in 1950 and the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 176 (1970)* in 1971 [the Namibia case] are two such examples where the UN asserted that South Africa did not have the right to unilaterally change the international status of South West Africa and that South Africa's continued occupation of Namibia despite resolutions of both the General Assembly and the Security Council of the UN was illegal because South Africa imposed the system of *apartheid* on the people of Namibia in violation of their right to self-determination.

Article 19 of the draft International Convention on State Responsibility divided international wrong into 'international crimes' and 'international delicts' of States. Values such as the right of self-determination and respect for human dignity contributed towards a two-tiered system of State responsibility. Article 19(3) includes the grave breach of the right of peoples towards self-determination among the list of international wrongdoings that are classified as international crimes of States.<sup>62</sup> Practice has shown that the UN may react more strongly to some cases of breach of the right to self-determination compared to others. The authoritarian and racist *apartheid* government in South Africa was referred to as a 'crime against humanity' while the Israeli occupation of the Arab territories in 1967 was also condemned by the UN. It would appear however that not all situations of 'alien domination' and 'racist regimes' might be classified as international crimes. Article 18 of the Convention refers to self-determination in colonial situations.

### *'Peoples' have a right of self-determination*

The right of peoples to self-determination has traditionally been applied to people under colonial rule. UN practice has traditionally defined colonies as overseas, territorial and political entities under colonialism. Self-determination is therefore a right of 'peoples.' It is a collective right. It is not applicable to minorities who have 'group rights' and not 'collective rights'. Minorities are regarded as groups who exercise individual rights as members of a group. Minorities do not have rights to self-determination.

The 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples has done away with the debate whether indigenous people have a right to self-determination and addressed the issue of territorial integrity of States. While the International Labour Organisation (ILO)

---

62 Ibid at page 178.



Convention 169 of 1989 had qualified the right of indigenous people as 'peoples' for purposes of international law, Article 1 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples clarifies that indigenous people have rights as individuals and as a collective.

### *Prohibition of forcible transfer of populations*

A number of international human rights standards, starting from the Geneva Convention of 1949 to the recent Rome Statute on the International Criminal Court (ICC) of 2002, prohibit the displacement of civilian populations and the destruction of their property unless this is totally necessary during times of war or military operations. Even during times of war, civilian populations may not be made to leave their territory forcefully. Should the displacement of civilian populations or the destruction of their property be necessary due to a state of war or military operations, this has to be done in a manner that takes into account the inherent dignity of the human person and should be done as less disruptively as possible. Once the hostilities have ceased the people need to be returned to their homes and their property be returned as soon as possible.

Articles 19 and 20 of the International Law Commission's Code of Crimes against Peace and Security of Mankind include genocide and *apartheid* respectively as examples of mass violations of human rights. Common Article 3 of the Geneva Conventions of 12 August 1949 stipulates minimum humanitarian standards which must be respected 'at any time and in any place whatsoever'. It categorically prohibits the following acts: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilations, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrage upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are recognised as indispensable by civilised peoples.'

The Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) prohibits activities that result in the arbitrary displacement of people and destruction of property, even in time of war. Article 33 prohibits pillage;<sup>63</sup> Article 53 prohibits destruction of real and personal property belonging individually or collectively to private persons or to the State unless such destruction is required by military

---

<sup>63</sup> Article 33 of the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in time of War (1949) states that:

'No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited. Pillage is prohibited. Reprisal against protected persons and their property are prohibited.'

operations;<sup>64</sup> and Article 49 requires that persons evacuated during war should be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.<sup>65</sup> Article 17 to Protocol II to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (1977) prohibits the displacement of civilian populations for reasons related to the conflict unless the security of the civilians or imperative military reasons demand it.<sup>66</sup>

The remedy of restitution (reparations) has been included in a number of instruments establishing international tribunals, for example the Rome Statute on the ICC makes provision for reparations for its decisions, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) allows for the restitution of property as a possible remedy; and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) regards the destruction of property as one of the grounds for prosecution for acts of genocide.

It has also been included in a number of agreements concerning the voluntary repatriation of refugees and internally displaced persons at the end of national conflicts and crises. A number of UN agencies, notably the UN High Commissioner for Refugees, encourage their officers to include restitution measures as important parts of their mandates when addressing issues of voluntary repatriation and return of refugees, persons displaced beyond the borders of their national territories as well as internally displaced persons.

The concept of crimes against humanity has become a rule of customary international law dating back from 1945 in terms of Article 6(c) of Charter of the Nuremberg International Military Tribunal of 1945 set up after World War II and more recently elaborated on in Article 5 of Statute of the ICTY; Article 3 of the Statute for the ICTR, as well as Article 7 of the Rome Statute for the ICC. The definition of crimes against humanity includes deportation or forcible transfer of a population, murder,

---

64 Article 53 of the same Convention provides:

'Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organisations, is prohibited, except where such destruction is rendered necessary by military operations'

65 Article 49 of the same Convention provides:

'...Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased...the Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.'

66 Article 17 of the 1977 Protocol II to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts provides:

(1) The displacement of the civilian population shall not be ordered for reasons related to the conflict unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand. Should such displacement have to be carried out, all possible measures shall be taken in order that the civilian population may be received under satisfactory conditions or shelter, hygiene, health, safety and nutrition

(2) *Civilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons not connected with the conflict.* (Emphasis added).

extermination, enslavement, imprisonment, torture, rape, persecution and other inhuman acts directed against any civilian population, when committed in a widespread or systematic basis.

The 1945 Charter of the Nuremberg International Military Tribunal specifically mentioned deportation and 'persecution on political, racial or religious grounds' as examples of crimes against humanity. Article 7(2)(d) of the Rome Statute of the ICC defines the crime of 'deportation or forcible transfer of population' as the 'forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law' while 7(2)(g) states that 'persecution' means 'the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity'.

While the requirement that a crime against humanity be 'widespread and systematic' was not included in the Charter of the Nuremberg International Military Tribunal of 1945, Article 3 of the Statute of the ICTR and Article 7 of the Rome Statute of the ICC<sup>67</sup> require that the alleged offences be committed in the context of a widespread or systematic attack against any civilian population.

Although the Statute of the ICTY contains no corresponding requirement in its Article 5, the Tribunal decided in *Prosecutor v. Tadic*, Trial Judgment, 7 May 1997, paragraph 644 – 648 that the 'widespread' or 'systematic' criteria is what distinguishes crimes against humanity from ordinary crimes under national criminal law. While there is no source that identifies a precise definition of the terms widespread or systematic under customary international law, these terms have however been considered and applied in a numerous cases, particularly by the ICTR and the ICTY. According to this jurisprudence a widespread attack requires a large number of victims, whereas a systematic attack suggests a common or methodical plan. The ICTR decided in *Prosecutor v Akayesu* Trial Judgement on 2 September 1998 at paragraph 580 that:

'The concept of "widespread" may be defined as massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims. The concept of "systematic" may be defined as thoroughly organised and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement

---

<sup>67</sup> The ICC was only established on 1 July 2002. A successful prosecution for the crime against humanity would only be achieved in the Chagos case if the continued refusal by the UK government to allow the Chagossian people to return to their homeland is regarded as a crime against humanity, alternatively that at the time of their deportation in the 1960s and 1970s the forcible deportation and expulsion of an entire population was already a crime against humanity under international customary law. See memorandum by Cynthia Morrel of Minority Rights Group (MRG) International addressed to Richard Gifford of Sheridans Solicitors dated 18 October 2004.

that this policy must be adopted formally as the policy of a State. There must however be some kind of preconceived plan or policy.'

### *Genocide*

Article II of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide defines 'genocide' as:

1. Killing members of the group;
2. Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
3. Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
4. Imposing measures intended to prevent births within the group; and
5. Forcibly transferring children of the group to another group'

The Statute for the ICTR defines genocide and crimes against humanity in the following terms:

- ' 1. The ICTR shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this Article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this Article.
2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:
  - (a) Killing members of the group;
  - (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
  - (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
  - (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
  - (e) Forcibly transferring children of the group to another group.
3. The following acts shall be punishable:
  - (a) Genocide;
  - (b) Conspiracy to commit genocide;
  - (c) Direct and public incitement to commit genocide;
  - (d) Attempt to commit genocide; or
  - (e) Complicity in genocide.

### Article 3: Crimes against Humanity

'The ICTR shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation;
- (e) Imprisonment;
- (f) Torture;
- (g) Rape;
- (h) Persecutions on political, racial and religious grounds; or
- (i) Other inhumane acts.'

The test for whether a crime of genocide has been committed is whether there was specific intent (*dolus specialis*) on the part of the perpetrators to destroy 'in whole or in part' a specific group positively defined in terms of characteristics such as nationality, race, ethnic group and religious affiliations, etc.

The ICJ rendered an opinion on the application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the matter of *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro*.<sup>68</sup> The Court ruled by thirteen votes to two that:

'Serbia has not committed genocide, through its organs or persons whose acts engage its responsibility under customary international law, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.'<sup>69</sup>

The ICJ held that since the object and purpose of the Convention as a whole is to prevent intentional destruction of groups, the part targeted by the perpetrators of genocide for destruction 'must be significant enough to have an impact on the group as a whole.'<sup>70</sup>

The ICJ held that although it had been established by overwhelming evidence that massive killings were perpetrated throughout Bosnia and Herzegovina during the conflict, the Court was on the basis of the evidence presented before it 'not convinced that those killings were accompanied by the specific intent on the part of the perpetrators to destroy, in whole or in part, the group of Bosnian Muslims.'<sup>71</sup> Acknowledging that the killings may amount to war crimes and crimes against humanity, the ICJ found that it does not have jurisdiction to determine whether this was so or not

---

68 ICJ, in the matter of *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro* dated 26 February 2007 <<<http://www.icj-cij.org>>> visited on 26 February 2007.

69 Page 19 of the summary.

70 Page 8 of the summary.

71 Page 10 of the summary.

the case. The ICJ did find however that the crime of genocide had been committed by the main staff of the VRS, the army of the short-lived Republika Srpska, since they had had the specific intent to destroy in part the group of Bosnian Muslims of Srebrenica in or around Srebrenica from about 13 July 1995.

On the obligation to prevent genocide the ICJ found that States are not under obligation to succeed in preventing genocide, whatever the circumstances. Instead the obligation on the part of States is to 'employ all means reasonable available to them, so as to prevent genocide as far as possible.'<sup>72</sup> In finding that the crime of genocide had been committed in Srebrenica, the ICJ concluded that given the information in their possession the Yugoslav federal authorities should 'have made all the best efforts within their power to try and prevent the tragic events then taking shape, whose scale, though it could not have been foreseen with certainty, might at least have been surmised'.<sup>73</sup> President Milosevic had been aware of the deep-seated hatred that reigned between the Bosnian Serbs and Muslims of Srebrenica at the time.

The ICJ also considered the issue of reparations. The principle of customary international law required that for a ruling on reparations the ICJ must ascertain whether and to what extent the injury asserted by Bosnia and Herzegovina is the consequence of wrongful conduct by Serbia (Montenegro had been part of the territory in 1995 but had since attained independence, hence Serbia was the only real Respondent at the time of the judgment) for which the latter should be required to pay reparations. The question became whether the genocide at Srebrenica would have taken place even if Serbia had acted in compliance with its legal obligations to prevent it. The Court could not conclusively find a causal nexus between Serbia's violations of its obligation to prevent the genocide that took place at Srebrenica.

The Court therefore found that the remedy of *restitutio in integrum* was not possible under the circumstances. The question became whether financial compensation could be claimed. The ICJ quoted the case of *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia) to the effect that:

'It is a well-established rule of international law that an injured State is entitled to obtain compensation from the State which has committed an internationally wrongful act for the damages caused by it.'<sup>74</sup>

---

72 Page 16 of the summary.

73 Ibid.

74 Page 18 of the summary.

The ICJ found that financial compensation was not the appropriate form of reparations for the breach of the obligation to prevent genocide. It found that the most appropriate form of reparations was a declaration that Serbia had failed to comply with its obligation imposed by the Convention to prevent genocide. They did not find it appropriate to give effect to Bosnian and Herzegovina's request for an order for symbolic compensation in respect of non-compliance with the Court's Order of 8 April 1993 on provisional measures to prevent genocide.<sup>75</sup>

### *The forcible removal and displacement of Chagossian people*

This study concerns the forcible removal and displacement of the Ilois people,<sup>76</sup> who now prefer to be called Chagossian people from their homeland to make way for the US military base on their land, the Chagos Archipelago, today called BIOT. Their forcible removal was in violation of several international instruments and human rights law that prohibit the forcible transfer of populations and forced exile.

The Ilois people, who now prefer to be called Chagossians, had lived in the Chagos Archipelago for just under 200 years prior to their forcible removal. Their forcible removal was in fact a population transfer by the current colonial power, the Government of the UK in the 1960s. Their presence and occupation of the Chagos Archipelago predates British colonisation of the territory in 1814 when France ceded the territory to the UK pursuant to the Treaty of Paris. They had therefore for a period of just less than 200 years established rights of occupancy and possession of the territory prior to British colonisation of the territory. They do not have to satisfy the definition of 'indigenous people' for them to be able to claim the right to return to the territory as well as claim restitution (reparations) from the Government of the UK.<sup>77</sup>

The Chagossians are a 'people' in accordance with the international law of political decolonization. Further, their forcible removal and the denial of their right to return to their homeland amounts to a violation of their right of self-determination. They constitute a 'people' of a non-self-governing territory. In accordance with resolution 2625 (XX) of 1970 on Friendly Relations they retain a distinct identity as a people in Mauritius and in the UK. Although the term 'people' has not been defined, international law states that people under foreign domination or colonial administration should be

---

75 Ibid.

76 It is not clear what the source of the name 'Ilois' is. Some accounts state that it is a derivative of the French term 'ilot' meaning small island while others state that it is possibly the pejorative term 'ilote' a figurative term for serf or slave. See Carlton Anyangwe, at page 10.

77 See for example, Sir Robert Scott: *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies* as well as Richard Edis: *The Pick of Limuria: the Story of Diego Garcia*.

allowed to exercise their right to self-determination. The development of the principle to the right of self-determination means that States are no longer the only subjects of international law.

The forced deportation and exile of the Chagossian people followed a political decision and a methodological plan on the part of functionaries of the UK Government to depopulate the Chagos Archipelago at the request of the US government for the purposes of establishing a US military base on Diego Garcia, the main island in the Chagos Archipelago. The military base was established at the height of the Cold War and was considered by the US Air Force, Navy and the Pentagon to be necessary to keep Soviet influence in the Indian Ocean under check. The government of the US specifically required that the Chagos Archipelago be kept free of any civilian population. The displaced Chagossian people currently live in enforced exile in Mauritius and Seychelles. Some live in the UK since being granted British passports in accordance with the British Overseas Territories Citizenship Act of 2002.

The UN General Assembly, at its meeting on 16 December 1965 passed Resolution 2066 (XX) of 1965 (Mauritius) that the dismemberment of Mauritius to establish a military base was in contravention of Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. The relevant part of the UN General Assembly Resolution 2066 (XX) of 1965 (Mauritius) states:

'The General Assembly,

*Noting with deep concern* that any step taken by the Administering Power to detach certain islands from the Territory of Mauritius for the purposes of establishing a military base would be in contravention of the Declaration [o the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples] and in particular of paragraph 6 thereof.'

In the early 1970s States like India and Sri Lanka voiced serious concern regarding the establishment of a military base in the Indian Ocean, which had until that time been viewed as a Zone of Peace.<sup>78</sup> The Non-Alignment Movement passed a political declaration in 1983 supporting Mauritian claim of sovereignty over the Chagos Archipelago and opposing the establishment of the military base on Diego Garcia.<sup>79</sup> It

---

<sup>78</sup> Stephen Allen, *Looking Beyond the Bancoult Cases: International Law and the Prospect of Resettling the Chagos Islands*, Human Rights Law Review, Oxford University Press, 441 – 482, at page 455.

<sup>79</sup> The 1983 Political Declaration of the Non Aligned Movement Resolution is quoted in the Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly Port Louis, Mauritius June 1983 Appendix P at page 63. Appendix P is an extract from the Minutes of Proceedings of the Meeting of the [Mauritius] Council of Ministers held on 5 November 1965 Appendix X at page 71.



states that the Heads of States and Governments offer their full support to Mauritius's claim if sovereignty over the Chagos Archipelago, which was detached from its territory in violation of resolution 1514 (XV) and resolution 2066 (XX) of the General Assembly of the UN. The international community was therefore against the establishment of the BIOT. Resolution 2357 (XXII) of 1967 was however the last General Assembly on the subject. The UK has consistently stated at UN forums that it intends to return the Chagos Archipelago to Mauritius once the territory is no longer needed for defence purposes of the UK and the US.

While the UN General Assembly had initially opposed the establishment of the BIOT and passed the two resolutions discussed above, the fact that no new General Assembly resolutions have been passed subsequent to 1967 suggests that the international community may have accepted the UK claim of sovereignty over the territory. While this may be true for the UN, the argument does not necessarily follow when it comes to the African Union. The OAU passed the 'Resolution on the Diego Garcia' at the 17th Ordinary Session of African Heads of States and Government in Sierra Leone from 1 to 4 July 1980.<sup>80</sup>

It noted that Article 1 paragraph 2 of the Charter of the OAU stipulates that the OAU includes continental States of Africa, Madagascar and other islands surrounding Africa. The resolution considered that one of the fundamental principles of the OAU was the respect for the sovereignty and territorial integrity of each Member State. It also noted the fact that Diego Garcia had always been an integral part of Mauritius, which is a Member State of the OAU. The most pertinent part of the resolution for present purposes is the one stating that the OAU 'Demands that Diego Garcia be unconditionally returned to Mauritius and that its peaceful character be maintained'. More recently the AU adopted a resolution in July 2001 where it also calls for the return of Diego Garcia to Mauritius. It states that the Council of the African Union:

*'Reiterates its unflinching support to the Government of Mauritius in its endeavours and efforts to restore its sovereignty over the Chagos Archipelago, which forms an integral part of the territory of Mauritius and calls upon the UK to put an end to its continued unlawful occupation of the Chagos Archipelago and to return it to Mauritius thereby completing the process of decolonisation.'*<sup>81</sup>

---

80 AHG/Res. 99 (XVII) quoted as Appendix E in the Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly Port Louis, Mauritius June 1983 Appendix P at page 63. Appendix P is an extract from the Minutes of Proceedings of the Meeting of the [Mauritius] Council of Ministers held on 5 November 1965 at page 51.

81 CM/Dec. 26 (LXXIV) 2001.

By the early 1970s the issue had come to public attention in the UK. When called upon to discuss the issue in Parliament, the UK Government indicated that the US military 'facility' on Diego Garcia was 'desirable in the general western interest to balance increased Soviet activities in the Indian Ocean'.<sup>82</sup> The position of the US government was that the military base on Diego Garcia was of strategic importance. It was therefore very important that it be kept free of any civilian population as this was desirable and in the interests of the two governments, namely the US and the UK.

Subsequent to the 11 September 2001 terrorist attacks in the US and subsequent to the passing of the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council, Mr. Lincoln P. Bloomfield Jr, the US Assistant Secretary of State for Political-Military Affairs wrote to Mr. Robert N. Culshaw, the Director of the Americas and Overseas Territories, Foreign and Commonwealth Office that 'Diego Garcia is a vital platform and indispensable to US military operations on the planet.'<sup>83</sup>

British officials were aware of the permanent population on the Chagos Archipelago. By the time that the plans to enact the 1971 Immigration Ordinance were advanced, officials in the UK Government knew beyond doubt that there was a permanent population in the territory going back several generations. British officials were not ambiguous about the purpose of enacting the 1971 BIOT Immigration Ordinance.

The legal adviser within the UK Government, Mr Aust, stated in a letter on 23 October 1968 on how to deal with the rights of the people of the Chagos Archipelago as follows:

"There is nothing wrong in law or in principle to enacting an immigration law which enables the Commissioner to deport inhabitants of BIOT. Even in international law there is no established rule that a citizen has a right to enter or remain in his country of origin/birth/nationality etc. A provision to this effect is contained in Protocol No 4 to the European Convention on Human Rights but that has not been ratified by us [NB as I understand it, it still has not] and thus we do not regard the [UK] as bound by such a rule. In this respect *we are able to make up the rules as we go along and treat the inhabitants of BIOT as not 'belonging' to it in any sense.*"<sup>84</sup> [Emphasis added by Justice Laws in *Bancoult (1)*].

The issue of sovereign immunity has arisen in US courts, for example in the cases brought by the people of the Republic of the Marshall Islands (RMI) for damages they

---

82 Hansard, 5 February 1974, Written Answers, at pages 276 - 277.

83 Judge Hooper in *Bancoult (2)* at paragraph 96.

84 *Bancoult (1)* at paragraph 16.

suffered as a result of the nuclear testing programme on their land. It also arose in the British courts when the Chagossian people litigated on their right to return to the Chagos Archipelago and for adequate financial compensation arising from their forcible removal. Justice Ouseley state in the group litigation case between the *Chagos Islanders and the Attorney General, Her Majesty's BIOT Commission* that:

'It is clear from *Bancoult (1)* that the defence needs of the UK, and its colonies as parts of the world which shares its security and defence interests, *entitled the Sovereign to permit the creation of the US defence facilities and to evict the entire population of BIOT in order to advance their effectiveness in protecting the interests of the UK*. The issue was only whether, in order to give effect to that, albeit upon the creation of a colony with the express intention that it should be used for precisely such defence purposes, it was sufficient to give the Commissioner power to legislate for 'peace, order and good government' of the territory or whether some other legislative power had to be invoked. *There was no issue as to whether it could be done at all*. Mr Howell correctly pointed out that the constitutional reality was that the external affairs of BIOT were the responsibility of the Crown; the colony had been created for the collective security of the UK, its colonies and her allies.'<sup>85</sup> (Emphasis added)

Judge Ouseley relied on the Privy Council decision in the case of *Thornton v The Police*<sup>86</sup> that nothing in the British Nationality Act 1948 'precludes either the UK or any of the colonies from enacting such legislation as they chose to regulate and control entry into their territory or residence therein of persons whatever their status may be.' He held that:

'There is no obligation to consult before legislation is proposed or enacted in the absence of a statutory duty or promise to do so. Neither is it alleged to have existed here if there were, as claimants say, any obligation to carry out an assessment, as a Government, of the consequences of the setting up of the base, and there plainly was such assessment pursued over time, that does not itself oblige consultation about those consequences more generally.

I think that in the late sixties and early seventies there would have been some surprise at the thought that there could be some enforceable legal duty to consult at all, let alone over defence matters. Even were the Claimants to succeed in establishing that there had been a duty to consult the Ilois over whether there should be a defence facility on Diego Garcia, it is not conceivable that it would

---

85 *Chagos Islanders* at paragraph 266.

86 *Thornton v The Police* [1962] AC 339 PC .

have made the remotest difference to the outcome. *It must have been perfectly obvious to the Defendants that the Ilois would wish for no change for the worse in their situation but their desires were not important in this context.* They were given an element of choice about where to go when Diego Garcia [on the Chagos Archipelago] was evacuated'.<sup>87</sup> (Emphasis added).

Judge Hooper decided in *Bancoult* (2) that the powers of the Queen to make Orders in Council could be subject to judicial review. He decided that the 2004 BIOT Constitutional Order in Council was unlawful. The basis for his finding was that royal prerogative is not unfettered and that it does not allow the Queen to exile an entire population of her subjects.

This issue arose again in the recent case of *Bancoult* (3), which was decided on 23 May 2007. Judge Sedley accepted the submission that 'the royal prerogative, while the common law accords it a very large area of judgement and discretion in colonial matters, is not unlimited or unreviewable.'<sup>88</sup> He found that what is termed exercise of royal prerogative by way of the Queen passing the 2004 Constitution and Immigration Orders in Council was in reality an act of the executive (the Crown). He held that although the governance of each colonial territory 'is in principle a discrete function of the Crown... the permanent exclusion of an entire population from its homeland for reasons unconnected to their collective well being cannot have that character and accordingly cannot be lawfully accomplished by use of the prerogative power of governance.'<sup>89</sup> The Court concluded that the 2004 BIOT Orders in Council were illegally made.<sup>90</sup>

The Chagossians lost the recent judgement of *Bancoult* (4) when the House of Lords held on 22 October 2008 that it was the competence of the executive branch of government to make policy decisions in relation to foreign and military issues. It held further that since UK Government has no intention to allow the Chagossians to return to their homeland they therefore do not have a right to return to their homeland.

International law supports the right of Chagossians to return to their homeland. Chagossians have the right to reparations and restitutions. The UK is signatory to both the International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International

---

87 Paragraph 306.

88 Paragraph 65.

89 Paragraph 67.

90 Paragraph 78.

Convention on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966. It submitted its letter of ratification on 20 May 1976, excluding the BIOT from the list of territories.<sup>91</sup> Both conventions are applicable to the Chagossian people because, unlike the European Convention, the ICCPR and the ICESCR do not contain territorial clauses that limit their application to territories that are listed in the instruments of ratification but rather apply to all individuals within the jurisdiction of the State that has ratified the conventions.<sup>92</sup>

Chagossians have rights in terms of these conventions and should use them to force the UK Government to allow them to return to their homeland. The Chagossian people could use these Conventions to compel the UK government to implement a resettlement programme and continue to make funding available to the BIOT, to ensure that among others their right to housing, education, food, work, etc, are realized.

Political will on the part of the UK government is a prerequisite before the restitution process as undertaken in former British colonies, of Australia, Canada and New Zealand, including South Africa, could be undertaken in the Chagos Archipelago. These countries provide useful models, with necessary adaptation, of how the restitution process could be undertaken. Policy decisions would need to be taken on the scope of the programme and how much money the UK government is willing to set aside for the process.

For the Chagossians to return to the outlying islands of Salomon and Peros Banhos, the islands must be made habitable. They need homes and a social security system to allow them to earn a living there. Prior to their forcible removal they used to enjoy a relatively comfortable standard of living thanks to the copra (coconut) plantations.

While the military base on Diego Garcia will allow them to earn a living working there, the UK Government must establish an economic system there. The government must also observe its obligations in terms of the ICCPR and ICESCR to ensure that they are able to live there. This is especially because the UK Government was directly responsible for the socio-economic situation in which they currently find themselves. Their forcible removal was accompanied by massive violations of their human rights.

It is to be noted that the *Returning Home* proposal by the Chagos Refugees Group<sup>93</sup> is very modest as far as the amount of money required for resettlement is concerned. Once the people have returned there is a need to agree on what form of land tenure would be

---

91 See Letter of the Director of General Legal Division, Office of Legal Affairs, 29 June 1976, C.N.193.1976. Treaties-6.

92 Stephen Allen, note 78 at page 463.

93 Chagos Refugees Group and Chagos Support group, UK, *Returning Home: a Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, March 2007, at page 13.

practised. The *Returning Home* proposal envisages a form of communal land tenure system because of the size of the land available and the realities of living on a small island.

### *The BIOT is a non-self-governing territory*

BIOT is a non-self-governing territory in accordance with the definition of such territories. The colonial power, the UK, still holds sovereignty over the BIOT, which it acquired through cession in terms of the Treaty of Paris of 1814. The principle of self-determination, as originally applied to colonised territories, should apply to the BIOT. Although BIOT was never placed on the list of the UN non-self-governing territories, this does not mean that the principle of self-determination does not apply to it. Its inclusion on the list would accelerate the process of decolonization. The listing is a procedural requirement to enable the UN General Assembly to begin the debate the matter and pass resolutions on how it should be resolved. The ICJ stated in its consultative opinion on the *Legal Status of South West Africa* that only the UN General Assembly has the power to remove a territory from the list of non-self-governing territories.

The treaties between Mauritius and the UK and the Seychelles and the UK to excise some their islands from their territories to establish the BIOT over the Chagos Archipelago; and those between the US and the UK to establish a military base on Diego Garcia, are clearly contrary to the rule of *jus cogens*. The treaties could be declared null and void if raised the before the ICJ under Article 66(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Few Member States of the UN may be willing to bring the matter to the ICJ.

The Chagos matter represents a case of unfinished business of decolonization. There are serious implications for the Chagossians depending on how the matter is resolved. The manner in which the UN has dealt with the Western Sahara, East Timor and Namibia represent different approaches that the UN took to resolve a conflict between the rights to self-determination against opposition by one of the States based on the principle of territorial integrity of States. The armed struggle undertaken by the PLOISARIO Front has helped the people of Western Sahara to gain recognition by the OAU and later the AU despite the objections by Morocco. It has not however led to the matter being resolved speedily. It has been more than 30 years since the consultative opinion of the ICJ in the matter of Western Sahara in 1975. Namibia and East Timor have however become independent States and members of the UN in a relatively short space of time.

The international law of self-determination in the context of political decolonization allows the Chagossian people the option of independent Statehood, integration or to become an associated State with any independent State. The 1970 General Assembly on Friendly Relations allows them to choose any political status that best suits their situation. Independent Statehood is unlikely to be practicable for some years to come. Integration or becoming an associated State with the UK may prove materially beneficial.

The House of Lords held in *Bancoult (4)* that the UK Human Rights Act 1998 does not apply to BIOT. It says the reason is that when the UK made a declaration in 1953 in terms article 56 of the European Convention it included Mauritius on the list of territories for which the UK was responsible for international relations. This declaration fell away when Mauritius gained independence in 1968. The UK never made a declaration to include BIOT on the list for which it was responsible for international relations. Lord Hoffman states that although BIOT was part of Mauritius until it was excised in 1965 the declaration made to extend applicability of the European Convention applies to a political entity and not to the land which may or may not have been part of the territory. He states finally that BIOT became a separate political entity since 1965 to which the European Convention was never extended.

The right of the Chagossian people to self-determination poses a direct challenge to the quest by Mauritius to regain sovereignty over the Chagos Archipelago. Mauritius contends that the territory was illegally excised by the UK to form a new colony at the time of granting Mauritius independence. Mauritius is unlikely to support the quest by the Chagossian people to exercise their right to self-determination as a colonised people of the Chagos Archipelago. Should Mauritius regain sovereignty over the Chagos Archipelago (BIOT), this would have the effect of turning the Chagossian people into an indigenous people within an independent State (Mauritius). The question of whether indigenous people have a right to self-determination in international law was an issue of considerable debate in the process of drafting the UN Declaration on Indigenous People, which could not be finalized by the time of expiry of the Decade on Indigenous People from 1994 to 2004. The Declaration has since been adopted in September 2007.

### *Scope of the Study*

The Chagos matter raises a number of important questions in international law that, if taken separately, are major areas of study in themselves. Some scholars may wish to undertake a study on whether the Chagossian people would satisfy the international 'definition' of indigenous people since their occupancy of the Chagos Archipelago predates British colonisation of the territory, they are currently in exile in independent countries to which they were brought against their will and are still subject to the colonial power of the UK Government as citizens. The central argument in the current study does not hinge on whether the Chagossian people satisfy the 'definition' of indigenous people developed by the UN since it asserts that they are a 'people' entitled to self-determination in the context of decolonization. They could assert this right once they are able to enforce their right to return, which they had successfully established in national law, until the October 2008 decision of the House of Lords in *Bancoult* (4).

The legality or otherwise of how Mauritius lost sovereignty over the Chagos Archipelago will probably interest scholars for some time to come. The contention of Mauritius that she be allowed to resume sovereignty over the Chagos Archipelago (BIOT) is in itself a major area of research, which goes beyond the scope of the current study.

Given the central role played by the government of the United States in the forced removal and displacement of the Chagossian people to Seychelles and Mauritius, it holds moral responsibility to finance the restitution process. The US paid for the cost of their forcible removal and displacement through disguised transactions to the UK who in turn passed money to the Mauritius and Seychelles. A book, *Island of Shame: the Secret History of the US Military Base on Diego Garcia*, was published by David Vine on 20 May 2009 detailing the role of the US government in the displacement of the Chagossians.<sup>94</sup> He argues that the US government should allow the Chagossians to return and financially assist them to rebuild their lives on their homeland. Indeed the US government bears moral responsibility for what happened to the Chagossians and the continuing abuse of their human rights. As a matter of law however, the UK government bears the legal responsibility for providing restitution to the people of the Chagos Archipelago. This study therefore focuses on the responsibility of the UK to provide restitution and reparations to the Chagossian people. Once they return to their homeland they may choose to exercise their right to self-determination.

---

<sup>94</sup> David Vine, *Island of Shame: the Secret History of the US Military Base on Diego Garcia*, Princeton University Press, 2009.



## TITLE 1

### SELF-DETERMINATION IN THE CONTEXT OF POLITICAL DECOLONIZATION

Title I will examine the international law applicable to acquisition of territories by colonial powers and what their responsibilities are towards the territories and the indigenous populations inhabiting them. We will also examine the law of political decolonization with a focus on the exercise of the right of self-determination as it has developed in international law. This will show that the principle of self-determination has now become a binding rule of international law based on the accumulation of international instruments, UN practice and the decisions of the ICJ, specifically the 1975 Advisory Opinion on *Western Sahara*; the 1995 decision in the matter of *East Timor (Portugal v Australia)*; the 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*; and the 1971 Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. This is to lay a theoretical foundation for application, in chapters 2 and 3, of the right of self-determination to the BIOT (Chagos Archipelago) and the people of this territory, who now prefer to be called the Chagossian people.

## CHAPTER I DECOLONISATION AND THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION

Some scholars define 'colonialism' as not just any relationship between masters and servants, 'but one in which an entire society is robbed of its historical line of development, externally manipulated and transformed according to the needs and interests of the colonial rulers.'<sup>95</sup> David Vine defines imperialism as 'the creation of and maintenance of hierarchical relationships of formal or informal rule, domination, or control by one people or socio-political entity over a significant part of the life of multiple other peoples or socio-political entities such that the stronger shapes or has the ability to shape significant aspects of the ways of living (political, economic, social or cultural) of the weaker.'<sup>96</sup> Ediberto Roman and Theron Simmons argue that imperialism, which includes colonialism 'mean [s] the extension of sovereignty or control, whether direct or indirect, political or economic, by one government, nation or society over another together with the ideas justifying or opposing this process'.<sup>97</sup> Tayyab Mahmud argues that economic exploitation and territorial expansion based on racist notions of the peoples to be conquered lay at the heart of the colonial process.<sup>98</sup>

UN practice defines colonialism as a situation whereby an overseas territory is separated by a body of salt water from another (foreign) State exercising dominion over it and therefore lacks the ability to govern itself and enter into international relations. The so-called salt-water theory holds that the dependent territories or colonies are those whose populations are ethnically and/or culturally distinct from the country administering them. Alfredsson states that there are three basic characteristics of colonial status, namely overseas territory, separate geographic and political entity and foreign domination.<sup>99</sup>

According to the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples contained in Resolution 1514 (XV), colonialism 'prevents the development of international economic cooperation, impedes social, cultural and economic development of dependent peoples and militates against the UN ideal of universal peace.'

---

<sup>95</sup> Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied: Subordination and Subjugation under US Expansionism*, San Diego Law Review, Volume 39 No 2, 2002 at page 455.

<sup>96</sup> David Vine, *Empire's Footprint: Expulsion and the US Military Base on Diego Garcia*, unpublished PhD thesis, Graduate Faculty in Anthropology, City University of New York, 2006 at page 36.

<sup>97</sup> Ediberto Roman, *Membership Denied* at page 446, quoting George H Nadel and Perry Curtis, *Colonialism and Imperialism* 3 (1964).

<sup>98</sup> Tayyab Mahmud, *Colonialism and Modern Constructions of Race: A Preliminary Enquiry*, University of Miami Law Review, Volume 53, Number 4 at page 1219 and Tayyab Mahmud, *Migration, Identity and the Colonial Encounter*, Oregon Law Review, Volume 76, Number 3 at page 633. Melissa Steyn, *Whiteness Seen Through Whiteness: Another Look at South Africa*, State University of New York Press, Albany, New York, 2001.

<sup>99</sup> Gudmundur Alfredsson, Greenland and the Law of Political Decolonisation, German Yearbook of International Law, Duncker & Humblot/Berlin, volume 25 1982, at page 299.

Colonialism in Africa was ushered in by the Berlin Conference of 1844, which led to the so-called 'scramble for Africa' where a number of European countries vied for political influence through military conquest over the continent for the purpose of growing their own economies back in Europe. The process of colonialism and empire building saw the UK, France and Germany becoming big empires. Spain and Portugal concentrated on South America. Colonialism practiced in the 1800s comprised of the military takeover of land, settling European populations on the land of the conquered, imposing political institutions and systems of law based on western values as well as exploiting the natural resources of the colonised territory to build their own economies back home. This Chapter will examine the development of the right of self-determination in international law.

### Section I: Development of the right of self-determination in International Law

Most of the big former colonized countries have been decolonized and its people exercised their right to self-determination. This has led to declaration of independence and Statehood in most of them. Namibia was the last big country to be freed from colonial rule by South Africa in 1990. South Africa in turn was freed from apartheid, termed 'colonialism of a special type' in 1994. East Timor, one half of the island of Timor, recently gained independence and became a member of the UN under the name Timor Leste in May 2002.<sup>100</sup>

Jurisprudence from the ICJ on Western Sahara, South West Africa, Namibia and East Timor will now be discussed to show that self-determination is no longer just a principle but has become a binding rule of international law. The matter of *Western Sahara* will be analysed to show that the ICJ has rejected the concept of *terra nullius*. The matter of *East Timor (Australia v Portugal)* will show that international law does not support acquisition of sovereignty over a territory in violation of the right to self-determination. The matter of *International Status of South West Africa* will show that only the UN may change the political status of a territory while the *Namibia* matter will show that the UN terminated the mandate of South Africa to administer Namibia when it extended the system of *apartheid* to the people of Namibia. The meaning of self-determination and how the 'principle' developed into a binding rule of law was discussed in the introduction. Self-determination is now a 'right' of peoples. The adoption of the UN Declaration on Indigenous Rights in September 2007 has done away with the debate of whether indigenous people have a right to self-determination.

---

<sup>100</sup> *Basic Facts about the United Nations*, Department of Public Information, United Nations, 2002, New York, 2004, at page 292.

As indicated above, self-determination has become a binding rule of international law. The three UN resolutions dealing with this are: the 1960 UN Resolution 1514 (XV) containing the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples; the 1960 UN Resolution 1541 (XV) on Principles which should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit the Information called for Under Article 73e of the Charter; and the 1970 UN Resolution containing the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

The UN General Assembly Resolution 1514 (XV) made the principle of self-determination, then becoming a 'right of colonised people' an issue of fundamental human rights, by linking it to the issue of discrimination, which is contained in the UDHR. Subjugation, domination and exploitation of people therefore constitute a denial of their human rights and are contrary to the Charter of the UN.<sup>101</sup>

The ICJ, in paragraphs 54 to 59 of the *Western Sahara* Advisory Opinion, discussed what it calls the policy of the UN General Assembly regarding decolonization of non-self-governing territories. It traced its development from Article 1 paragraph 2, which is elaborated in Article 55<sup>102</sup> and Article 56<sup>103</sup> of the Charter of the UN, which have particular relevance to non-self-governing territories dealt with in Chapter XI of the Charter. At paragraph 52 in the *Namibia* matter the ICJ quoted paragraph 54 of its previous Opinion in the *Western Sahara* case, which states:

'... The subsequent development in international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the UN, made the principle of self-determination applicable to all of them. [The concept of the sacred trust was confirmed and expanded to 'all territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government' [Article 73 of the Charter of the UN]]. Thus it clearly embraced territories under a colonial regime. Obviously the sacred trust continued to apply to the

---

101 Castellino, at page 25.

102 Article 55 of the Charter of the UN states:

With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations and respect for principle of equal rights and self-determination of peoples, the UN shall promote:

- a. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;
- b. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and
- c. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language and culture.

103 Article 56 of the Charter of the UN states:

All Members pledge themselves to take joint and separate action in cooperation with the [United Nations] for the achievement of the purposes set forth in Article 55.

League of Nations mandated territories on which an international status had been conferred earlier.]<sup>104</sup>

The ICJ continued in the *Namibia* case:

'A further important stage in this development was the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly 1514 (XV) of 14 December 1960), which embraces all peoples and territories which 'have not yet attained independence'. [Nor is it possible to leave out of account the political history of mandated territories in general. All those which did not acquire independence, excluding Namibia, were placed under trusteeship. Today only two of fifteen, excluding Namibia, remain under UN tutelage. This is but a manifestation of the general development which has led to the birth of so many new States.]'<sup>105</sup>

It continued further:

'...[That is why, viewing the institutions of 1919] the court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the UN and by way of customary law.'<sup>106</sup>

The ICJ concluded:

'In the domain to which the present proceedings relate, the last fifty years, as indicated above, have brought important developments. These developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust was the self-determination and independence of the peoples concerned. In this domain, as elsewhere, the *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.'<sup>107</sup>

#### A *Western Sahara, 1975*

The ICJ considered the issue of *terra nullius* in its Advisory Opinion on *Western Sahara* delivered on 16 October 1975.<sup>108</sup> The ICJ was asked by the General Assembly of the UN,

---

104 Paragraph 52 of *Namibia*.

105 Paragraphs 52 *Namibia* case and paragraph 56 of *Western Sahara*.

106 Paragraph 53 at *Namibia* case and paragraph 56 of *Western Sahara*.

107 Ibid.

108 *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, page 12.

following the adoption of Resolution 3292 (XXIX) adopted on 13 December 1974,<sup>109</sup> to provide an advisory opinion on the following question:

Was Western Sahara (Rio de Oro and Sakiet El Hamra) at the time of colonization by Spain a territory belonging to no one (*terra nullius*)?

If the answer to the first question is in the negative:

What were the legal ties between this territory and the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity?

The intention of the General Assembly was to receive an advisory opinion from its judicial arm, the ICJ, on the questions posed above in order to decide on the process to be followed when accelerating the decolonization of the Western Sahara (Rio de Oro and Sakiet El Hamra). A legal controversy had arisen during the discussions at the UN General Assembly regarding the decolonization process for the Western Sahara because there was a contest between Morocco and Mauritania over sovereignty over the territory of Western Sahara, each claiming that although they accepted that the principle of self-determination applied to Western Sahara, the territory belonged to them and therefore should be returned as part of the decolonization process. One of the issues for consideration was whether the Western Sahara was *terra nullius*, meaning a territory belonging to no one, at the time of its colonisation by Spain.

Spain contested the jurisdiction of the ICJ to hear the matter since it considered that the question was not a legal one but a factual one and that the issues should be decided using the political process followed at the General Assembly rather than the judicial process to be followed through the ICJ. Spain also argued that the issues raised in Resolution 3292 (XXIX) were already being considered by itself and the Government of Morocco following a letter from the Ministry of Foreign Affairs from the latter and therefore the ICJ should not consider the same question because Spain had not provided its consent to the jurisdiction of the ICJ. The ICJ found that it does have jurisdiction

---

109 The text of the resolution states:  
Resolution 3292 (XXIX)  
The General Assembly,  
Recalling its resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples.

(competence) in terms of Article 65 of the Statute of the ICJ to provide an advisory opinion to the General Assembly on the questions posed by Resolution 3292 (XXIX).<sup>110</sup>

The ICJ was unanimous in its opinion that the Western Sahara was not *terra nullius* at the time of colonisation by Spain in 1884 when the latter declared a protectorate over the territory.<sup>111</sup> It found that the territory had a civilised social and political organisation hence it was not *terra nullius* at the time of colonisation. This was in light of the fact that the people of the territory, even though nomadic, had an established land tenure system that recognised land tenure rights of its members even though they seasonally migrated from one place to another over the entire territory.<sup>112</sup> Spain therefore did not acquire sovereignty over the Western Sahara through conquest or occupation but rather through proclaiming a protectorate over the territory in 1884 as per the Royal Order of 26 December 1884 on the basis of agreements it had entered into with the local rulers of the territory.<sup>113</sup>

The issue of self-determination versus territorial integrity arose in the *Western Sahara* matter. Morocco argued that Western Sahara was an integral part of her territory. It argued further that when Spain passed municipal legislation declaring Western Sahara, along with its other territories in Africa over which Spain exercised sovereignty, to be one of the provinces of Spain it acted contrary to international law and violated Morocco's territorial integrity.<sup>114</sup> Soon after becoming a Member of the UN Mauritania had also claimed Western Sahara as part of its national territory.<sup>115</sup> Both Morocco and Mauritania were therefore claiming to have exercised sovereignty over the territory of Western Sahara at the time of its colonization by Spain. The issue for consideration by the ICJ was whether at the time of its colonization by Spain, Western Sahara was *terra nullius*. Morocco argued that the decolonization of Western Sahara should lead to the territory being reintegrated as a province of Morocco while Mauritania argued that the principle of self-determination should not be applied in a manner that would violate Mauritania's national unity and territorial integrity.<sup>116</sup>

Algeria took a different approach by focussing instead on the right of self-determination and how it should be applied in the case of Western Sahara. She argued that the

---

110 Paragraph 20. The ICJ noted at paragraph 30 that since Spain is a Member of the UN and has accepted the provisions of the UN Charter and the Statute of the ICJ it has therefore given its consent to the jurisdiction of the ICJ on advisory opinions as opposed to its contentious jurisdiction.

111 *Western Sahara*, paragraphs 75 to 83.

112 Paragraph 88.

113 Paragraph 80.

114 Paragraphs 34 and 35.

115 Paragraph 37.

116 Paragraphs 49 to 50.

'self-determination of peoples is the fundamental principle governing decolonization, enshrined in Article 1 and 55 of the Charter [of the UN] and in the General Assembly Resolution 1514 (XV) [containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples]; that, through successive resolutions which recommended that the population should be consulted as to its future, the General Assembly has recognised the right of the people of Western Sahara to exercise free and genuine self-determination... In light of these considerations... the Court should not disregard the fact that the General Assembly, in Resolution 3292 (XXIX); has itself confirmed its will to apply Resolution 1514 (XV), that is to say, a system of decolonization based on self-determination of the people of the Western Sahara.'<sup>117</sup>

The ICJ found the claim by neither Morocco nor Mauritania of sovereignty over the Western Sahara to be valid. The ICJ considered several resolutions of the General Assembly from 1966 to 1969 addressing themselves to the decolonization of Western Sahara.<sup>118</sup> Those passed from 1969 continued to call for the acceleration of the decolonization process through the holding of a referendum under the auspices of the UN. Resolution 3292 (XXIX), in terms of which the advisory opinion of the ICJ was sought, requested Spain as the administering power of the territory to postpone the referendum until the General Assembly decides on the policy to be followed in order to accelerate the decolonization process in Western Sahara.<sup>119</sup>

On 11 December 1975 Morocco and Mauritania sent troops to Western Sahara, prompting the 27 February 1976 formation of the Popular Front for the Liberation of Sanguia el-Hamra and Rio de Oro (POLISARIO), a liberation movement which undertook an armed struggle fighting for the rights of the people of Western Sahara to self-determination, unilaterally proclaiming the creation of the Saharan Arab Democratic Republic (SADR). Mauritania gave up its claim to the Western Sahara in August 1979. In 1979 the OAU passed a resolution calling for a referendum to enable the people of Western Sahara to exercise their right to self-determination.

In 1980 the OAU recognised the SADR as the legitimate government of the Western Sahara. Morocco withdrew from the OAU when the SADR was seated at the OAU summit in 1984 as a member. Morocco contested that the Western Sahara remains part of its

---

117 Paragraph 51.

118 Initially the Resolutions dealt with the territories of Ifni and Western Sahara together. Ifni was decolonised in 1969 as per Resolution 2229 (XXI) to accelerate its decolonization. In the case of Western Sahara the Resolution asked for the holding of a referendum under the auspices of the UN to allow the indigenous population to freely exercise its right to self-determination to be conducted in Western Sahara January 1992. This has not yet taken place.

119 *Western Sahara*, at paragraph 66.



territory and the recognition of this territory as a separate State by the OAU is in violation of Morocco's territorial integrity and sovereignty. The African Union (AU), the successor of the OAU, also recognises the SADR as the legitimate government of the Western Sahara and as a Member State of the AU. The President of the SADR is a signatory to the Constitutive Act of the AU. Morocco chose not to be a member of the AU as a result.

The UN for its part also recognises the right of the people of Western Sahara to self-determination and independent Statehood. The General Assembly passed two Resolutions in 1983 and 1984 respectively in that regard. It also called for Morocco and the POLISARIO Front to negotiate a ceasefire following the holding of a referendum.

The Security Council passed Resolution 690 on 29 April 1991 creating the UN Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO) for the purpose of facilitating the referendum. While a ceasefire came into effect on 6 September 1991, the referendum has not yet taken place due to the continued dispute between Morocco and SADR on how it should be conducted and how to implement a peace plan brokered by the Security Council.<sup>120</sup> The Special Committee of 24 (Decolonization) has been tasked to continue to consider the situation in Western Sahara and to report to the next session of the General Assembly at its next session.

The General Assembly adopted Resolution 61/126 at its sixty-first session on 14 December 2006 on the Question of the Western Sahara in which it stressed that the lack of progress in the settlement of the dispute on Western Sahara continues to cause suffering to the people Western Sahara.<sup>121</sup> More than 30 years later the people of Western Sahara are yet to exercise their right to self-determination.<sup>122</sup>

---

120 *Basic Facts about the UN 2004* at page 294.

121 United Nations, Resolutions and Decisions adopted by the General Assembly during its sixty-first session, Volume I Resolutions 12 September to 22 December 2006, General Assembly Official Records, sixth-first session, supplement No 49, A/61/49 page 230.

122 *Basic Facts about the United Nations*, page 292. See also the recent newspaper article 'No End in Sight for 32-year Impasse' *Mail and Guardian*, dated 22 to 28 June 2007, page 16 referring to the report of the UN Office of the High Commissioner for Human Rights on the matter.

*B East Timor (Portugal v Australia), 1995*

The ICJ, in the case of *East Timor (Portugal v Australia)*;<sup>123</sup> opined that acquisition of sovereignty over a territory in breach of the right to self-determination is not legal because of the now well-established rule that the free and genuine will of the people of the territory should be respected. The case concerned an application by Portugal, as an administering power over East Timor against Australia for a declaratory order that Australia had by its conduct 'failed to observe... the obligation to respect the duties and powers [of Portugal] as the administering power [of East Timor] ..and ...the right of the people of East Timor to self-determination and related rights'.<sup>124</sup> Portugal also asserted that as a result Australia had 'incurred international responsibility vis-à-vis both the people of East Timor and Portugal'.<sup>125</sup> Australia questioned the jurisdiction of the Court to hear the matter due to fact that the outcome of the case would affect another party, namely Indonesia, that was not part of the proceedings and that had not consented to the jurisdiction of the Court to hear the matter. The issue raised by Portugal was that Australia had entered into a treaty with Indonesia that would have had an impact on the territorial integrity of East Timor without consulting the people of East Timor and thereby violate their right to self-determination.

Portugal requested the ICJ to declare that Australia had violated the rights of the people of East Timor to self-determination, to territorial integrity and that Australia should respect the powers and duties of Portugal as the administering power of the Territory of East Timor.<sup>126</sup>

The political history of the island of Timor is that of being administered by two different colonial powers. The western part was a Dutch colony and became part of Indonesia upon the latter attaining independence. East Timor was under colonial rule by Portugal until 1975. The UN General Assembly placed East Timor on the list of non-self-governing territories in 1960 and Portugal became its administering power. Portugal recognised the right of the people of the territory to self-determination and independence and in 1974 sought to establish a provisional government and a popular assembly.<sup>127</sup> Portugal left the territory on 8 December 1975 after civil war broke out between the newly formed political parties and the military intervention by Indonesia. On 17 July 1976 Indonesia annexed East Timor by way of passing legislation to incorporate East Timor as part of its

---

123 *East Timor (Portugal v Australia)*, Judgment, ICJ Reports 1995, at page 90.

124 Ibid at paragraph 1.

125 Ibid.

126 Paragraph 3.

127 *Basic Facts about the United Nations*, 2004, at page 290.

territory.<sup>128</sup> Indonesia argued that the people of East Timor had not yet exercised their right to self-determination while Portugal argued that the process of decolonisation had been completed by way of reintegrating East Timor into Indonesia.

The Security Council and the General Assembly condemned Indonesia's occupation of East Timor after Portugal left and continued to recognise Portugal as the administering power over the territory. Two Security Council Resolutions and eight General Assembly Resolutions were passed between 1975 and 1982 concerning Indonesia's continued occupation of East Timor. General Assembly Resolutions 31/53 of 1 December 1977 and 32/34 of 28 November 1977 rejected Indonesia's purported incorporation of East Timor because the people of the territory had not been able to exercise their right to self-determination and independence.<sup>129</sup> Despite these UN resolutions Australia *de fact* recognised the incorporation of East Timor as part of Indonesia on 20 January 1978. Australia indicated however that it did not recognise the means by which the incorporation was effected. In 1979 Australia began negotiations with Indonesia concerning the delimitation in relation to what was termed the Timor Gap for the purpose of establishing joint exploration and exploitation of the resources of an area on the continental shelf. On 11 December 1989 the two parties concluded a treaty. Australia enacted a law in 1990 to give effect to the 1989 Treaty.

Portugal asserted in the case before the ICJ that Australia was violating its rights as the administering power over East Timor and the rights of the people of East Timor to self-determination and to permanent sovereignty over its natural resources through concluding the 1989 Treaty and continuing to negotiate with Indonesia to implement the terms of the Treaty.

Australia indicated that while it did recognise the right of the people of East Timor to self-determination Portugal did not have standing (*locus standi*) to bring the case and could not represent the interests of the people of East Timor. Australia indicated further that the case would lead to a finding on the competence of Indonesia to enter into the 1989 Treaty with Australia whereas Indonesia was not a party to the court case and had not granted its consent to the jurisdiction of the ICJ to hear the matter.

The ICJ found that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter of the UN and from UN practice has an *erga omnes* character.<sup>130</sup> The ICJ also

---

128 *East Timor (Portugal v Australia)* paragraph 12 – 13.

129 Paragraph 15.

130 Paragraph 29.

found that the principle of self-determination has been recognised by the UN Charter and jurisprudence by the ICJ, notably in the *Western Sahara* and *Namibia* cases.<sup>131</sup>

The ICJ noted that the General Assembly –which reserves to itself the determine which territories can be regarded as non-self-governing territories and which not for the purposes of applying Chapter XI of the UN Charter- has continued to treat East Timor as a non-self-governing territory.<sup>132</sup> It also noted that the Security Council Resolutions 384/1975 and 389/1976 “had expressly called for the respect for the territorial integrity of East Timor as well as the inalienable right of its people to self-determination in accordance with General Assembly resolution 1514 (XV).”<sup>133</sup>

In his dissenting opinion, Judge Skubiszweski concluded that the Court’s decision not to exercise jurisdiction on the matter ‘cannot be regarded as weakening the concept of non-self-governing-territories...it would be better if the Court assumed jurisdiction: better for the prospective developments [on non-self-governing territories and decolonization], better for the rule of law.’<sup>134</sup> The Judge continued at paragraph 157:

‘ It is to be regretted that, in its operative part, the judgement does not recite as relevant the prohibition of force; non-recognition; the self-determination of peoples; the status of East Timor under UN law; including the rule that only the [UN] can change that status; the position of Portugal as administering power; the duty of States to respect that status; in particular the duty of States which enter into some arrangements with the Government in control of the Territory to consult, when these arrangements reach a certain level of political and legal importance, with Portugal, with representatives of the East Timorese people and with the UN. It is not only appropriate but also highly significant that the reasons for the Judgement affirm some of these principles. But the subject matter is too important for a cautious presentation of the reasons. The Court’s responsibility and function are also involved.’<sup>135</sup>

The Security Council adopted Resolution 1246 (1999) on 11 June 1999<sup>136</sup> to establish the UN Mission in East Timor (UNAMET) until 31 August 1999 to ‘organize and conduct a popular consultation, scheduled for 8 August 1999, on the basis of a direct, secret and universal ballot, in order to ascertain whether the East Timorese people accept the

---

131 Ibid.

132 Paragraph 31. At paragraph 35 the ICJ concluded however that it cannot exercise jurisdiction in the case because doing so would entail making a decision on the competence of Indonesia to enter into the 1989 Treaty with Australia whereas Indonesia had not consented to the jurisdiction of the ICJ to hear the matter.

133 Ibid.

134 Ibid dissenting opinion by Judge Skubiszweski, at paragraph 156.

135 Ibid.

136 Security Council Resolution 1246 (1999) UN Doc S/Res/1246 (1999) page 2.

proposed constitutional framework providing for a special autonomy for East Timor within the unitary Republic of Indonesia or reject the proposed special autonomy for East Timor, leading to East Timor's separation from Indonesia, in accordance with the General Agreement and to enable the Secretary General to discharge his responsibility under paragraph 3 of the Security Agreement.'<sup>137</sup> UNAMET organised a referendum in East Timor in 1999 to offer the people of the territory a choice between autonomy with Indonesia and independence. The majority voted in favour of independence but the militias opposing it started violent activities resulting in loss of life.

The Security Council adopted Resolution 1272 (1999) on 25 October 1999 to establish the UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET) which was endowed with overall responsibility for administering East Timor with full legislative and executive authority, including the administration of justice. The mandate of UNTAET was:

1. To provide security and maintain law and order throughout the territory of East Timor;
2. To establish an effective administration;
3. To assist in the development of civil and social services;
4. To ensure the coordination and delivery of humanitarian assistance, rehabilitation and development assistance;
5. To support capacity-building for self-government; and
6. To assist in the establishment of conditions for sustainable development.<sup>138</sup>

UNTAET administered East Timor with full executive and legislative authority from October 1999 until the elections on 30 August 2001 and the adoption of the first Constitution on 22 March 2002. East Timor became independent on 20 May 2002 and adopted the name Timor Leste. It became a member of the UN on 27 September 2002.<sup>139</sup> In April 2007 the Government of Timor Leste held Presidential elections, won by the then Prime Minister Jose Ramos-Horta and on 30 June 2007 it held the first democratic Parliamentary elections since independence in 2002.

### *C International Status of South West Africa, 1950*

Prior to the *East Timor* case, the ICJ had earlier considered the issue of acquisition of a territory in breach of the right of self-determination in its Advisory Opinion in the *Namibia matter*. The case came before the ICJ pursuant to the Security Council Resolution 284 (1970) adopted on 29 July 1970 requesting the ICJ to provide an opinion

---

137 Ibid.

138 Security Council Resolution 1272 (1999) UN Doc S/RES/1272 (1999) at page 2.

139 *Basic Facts about the United Nations*, 2004 at page 292.

on the question: What are the legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) in order to assist the Security Council in further consideration of the question of Namibia.<sup>140</sup>

As indicated in the 1950 ICJ Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*<sup>141</sup> the Union of South African, which was at the time a British colony, became responsible for the territory of South West Africa, as Namibia used to be called, under a Mandate conferred in terms of Article 22 of the Covenant of the League of Nations. The Mandate for the territory of South West Africa was confirmed by the Council of the League of Nations on 17 December 1920.<sup>142</sup> The Territory of South West Africa had been a German overseas possession until it was passed to the Union of South Africa by Mandate following the Treaty of Versailles in terms of whose Article 119 Germany

- 
- 140 Paragraph 1 of the *Namibia* matter quotes the text of Resolution 284 (1970) as follows:  
The Security Council  
*Reaffirming* the special responsibility of the UN with regard to the territory and the people of Namibia;  
*Recalling* Security Council resolution 276 (1970) on the question of Namibia,  
*Taking note* of the report and recommendations of the *Ad Hoc* Sub-Committee established in pursuance of Security Council resolution 276 (1970),  
*Taking further note* of the recommendation of the *Ad Hoc* Sub-Committee on the possibility of requesting an advisory opinion from the ICJ,  
*Considering* that an advisory opinion from the ICJ would be useful for the Security Council in its further consideration of the question of Namibia and in furtherance of the objectives the Council is seeking
1. *Decides* to submit, in accordance with Article 96(1) of the [United Nations] Charter, the following question to the ICJ with the request for an advisory opinion which shall be transmitted to the Security Council at an early date:  
'What are the legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 176 (1970)?'
  2. *Requests* the Secretary-General to transmit the present resolution to the ICJ, in accordance with Article 65 of the Statute of the Court, accompanied by all documents likely to throw light upon the question'
- 141 *International Status of South West Africa*, at page 128. The Advisory Opinion was sought by the General Assembly pursuant to a resolution adopted on 6 December 1948 that stated:  
The General Assembly,  
Recalling its previous resolutions 65 (I) of 14 December 1946, 141 (II) of 1 November 1947 and 22 (III) of 26 November 1948 concerning the territory of South West Africa;  
Considering that it is desirable that the General Assembly, for its further consideration of the question, should obtain an advisory opinion on its legal aspects,
1. *Decides* to submit the following question to the ICJ with a request for an advisory opinion which shall be transmitted to the General Assembly before its fifth regular session, if possible:  
'What is the international status of the Territory of South West Africa and what are the international obligations of the Union of South Africa arising there from, in particular:
    - (a) Does the Union of South Africa continue to have international obligations under the Mandate for South West Africa and if so, what are those obligations?
    - (b) Are the provisions of Chapter XII of the Charter [of the United Nations] applicable and if so, in what manner, to the Territory of South West Africa?
    - (c) Has the Union of South Africa the competence to modify the international status of the Territory of South West Africa, or in the event of a negative reply, where does competence rest to determine and modify the international status of the Territory?
  2. *Requests* the Secretary-General to transmit among these documents the text of Article 22 of the Covenant of the League of Nations; the text of the Mandate for German South West Africa, confirmed by the Council of the League on 17 December 1920; relevant documentation concerning the objectives and functions of the Mandates System; the text of the resolution adopted by the League of Nations on the question of Mandates on 18 April 1946; the text of Articles 77 and 80 of the Charter and data on the discussion of these articles in the San Francisco Conference and the General Assembly; the report of the Fourth Committee and the official records, including the annexes, of the consideration of the question of South West Africa and the fourth session of the General Assembly'.
- 142 *International Status of South West Africa*, at paragraph 2.

renounced all her rights and titles in favour of the Principal Allied and Associated Powers after World War I.

The Mandates System of the League of Nations, created by Article 22 of the League of Nations, was based on the principles of non-annexation and well-being and development of the people of the territories that did not yet have a full measure of self-government as a 'sacred trust of civilization.' Such territories were to be placed under a system of tutelage by 'advanced nations'. The Territory of South West Africa was placed under the tutelage of "His Britannic Majesty, the King of England", to be administered on his behalf by the Union of South Africa that was still a British colony at the time. The Mandate allowed the Union of South Africa full administrative and legislative powers over the territory of South West Africa. The Mandate system did not allow, however for the cession of the territory or transfer of sovereignty to the Mandatory, in this case the Union of South Africa. The case came about because the Union of South Africa argued that its mandate in respect of the territory of South West Africa had elapsed with the demise of the League of Nations that was succeeded by the UN.<sup>143</sup> The ICJ found that the obligations that the Union of South Africa undertook in relation to the territory had not lapsed with the demise of the League of Nations.<sup>144</sup> Instead it was continued until replaced under the Trusteeship System of the UN as per Article 80 of the Charter of the UN.<sup>145</sup> Article 77 of the UN Charter states that the trusteeship system shall apply to territories then held under mandate, like South West Africa at the time. One of the objectives of the Trusteeship system is to promote the progressive development of the inhabitants of trust territories towards self-government.<sup>146</sup>

---

143 ICJ The Court quoted Resolution of the League of Nations adopted on 18 April 1946 on page 134 as follows:

*Recalling* that Article 22 of the Covenant [of the League of Nations] applies to certain territories placed under Mandate the principle that the well-being and development of peoples not yet able to stand alone in the strenuous conditions of the modern world form a sacred trust of civilisation:

.....

3. *Recognising* that, on the termination of the League's existence, its functions with respect to the mandated territories will come to an end, but notes that Chapters XI, XII and XIII of the Charter of the UN embody principles corresponding to those declared in Article 22 of the Covenant of the League,  
4. *Takes note* of the expressed intentions of the Members of the League now administering territories under Mandate to continue to administer them for the well-being and development of the peoples concerned in accordance with the obligations contained in the respective mandates, until other arrangements have been agreed between the UN and the respective mandatory Powers.

144 *International Status of South West Africa* at page 133.

145 Article 80 of the UN Charter states:

1. Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79 and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any states or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the UN may respectively be parties.

2. Paragraph 1 of this Article shall not be interpreted as giving grounds for delay or postponements of the negotiation and conclusion of agreements for placing mandated and other territories under the trusteeship system as provided for in Article 77.

146 Article 76 states the basic objectives of the trusteeship system as follows:

The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the UN laid down in Article 1 of the present Charter, shall be:

- a. To further international peace and security

The ICJ concluded in the 1950 Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* that the General Assembly of the UN had the legal power to take over supervisory powers of the League of Nations in relation to territories under Mandate, including the Territory of South West Africa, and to require the Union of South Africa to submit reports to it as per the provision of Article 73e of the Charter of the UN.<sup>147</sup> The ICJ also found that the people of the territory of South West Africa retained the same rights, as per Article 80 of the UN Charter, as they had under the Mandate System of the League of Nations.<sup>148</sup> By implication they now had the right to self-determination as per Articles 1(2), 55 and 56 of the UN Charter.

Apart from arguing that the mandate to administer the territory of South West Africa had lapsed with the demise of the League of Nations, the Union of South Africa also sought to alter the international status of the territory by way of requesting international recognition of the territory of South West Africa as an integral part of the Union of South Africa. It had sent several letters to the Secretary General of the UN and made declarations in the Fourth Committee of the UN General Assembly dealing with decolonization declaring this intention to integrate the territory.

Prior to the decision of the ICJ in the *International Status of South West Africa* in 1950 but following the request by the Union of South Africa to integrate the territory of South West Africa as part of its national territory, the UN General Assembly had passed Resolution 65 (I) on 14 December 1946 declining the request. Resolution 65(I) while noting 'with satisfaction that the Union of South Africa, by presenting this matter to the UN, recognises the interests and concern of the UN in the matter of the future status of the territories now held under mandate' declared that it was 'unable to accede to the incorporation of the South West Africa in the Union of South Africa.'<sup>149</sup> The resolution went on to recommend that the territory be placed under the international trusteeship system of the UN. General Assembly Resolution 141 (II) adopted on 1 November 1947

- 
- b. To promote the political, economic, social and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each trusteeship agreement;
  - c. To encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the interdependence of the peoples of the world; and
  - d. To ensure equal treatment in social, economic, and commercial matters for all Members of the UN and their nationals, and also equal treatment for the latter in the administration of justice, without prejudice to the attainment of the foregoing objectives and subject to the provisions of Article 80.

147 Ibid at page 137 and 143.

148 Ibid.

149 Quoted in *Namibia* at page 31.



noted that the Union of South Africa had decided not to proceed with the incorporation of the territory.

The ICJ concluded that the Union of South Africa did not have the competence to unilaterally alter or modify the international status of the territory of South West Africa. Such competence rested with the government of the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations.<sup>150</sup>

#### *D Namibia Matter, 1971*

The issue for discussion in the 1971 Advisory Opinion in the *Namibia* matter was that despite several General Assembly resolutions and Security Council Resolution 276 of 1970 condemning South Africa's occupation of the territory of Namibia, as South West Africa came to be known, and ordering it to leave the territory, South Africa continued to occupy it and impose the system of apartheid over its inhabitants.

South Africa continued to contest that it had the right to administer the territory despite the 1950 ICJ Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*. For example, South Africa stated in the course of the proceedings at the ICJ on 15 March 1971 that its right to administer South West Africa was not based on the Mandate, which it contended had lapsed with the demise of the League of Nations, but based on: '(a) its original conquest; (b) its long occupation; (c) the continuation of the sacred trust basis agreed upon in 1920; and finally (b) because its administration is to the benefit of the inhabitants of the territory and is desired by them. In these circumstances the South African government cannot accept that any State organisation can have a better title to the Territory.'<sup>151</sup> Several General Assembly resolutions were passed between 1950 and 1970 on the question of Namibia and calling on the Union of South Africa to desist from administering the territory against decisions of the UN and not to subject the people of Namibia to the system of apartheid.<sup>152</sup>

When none of these resolutions and negotiations produced any desired effect, the UN General Assembly adopted Resolution 2145 (XXI) on 27 October 1966 to terminate the Mandate of the Union of South Africa to administer South West Africa and placing it 'henceforth' under the responsibility of the UN.<sup>153</sup> This was an unprecedented decision

---

150 Ibid from pages 141 - 145.

151 Ibid at page 43.

152 Judge Ammoun in his dissenting opinion discusses at length what the system of racial segregation that the government of South Africa implemented in both South Africa and entailed. See pages 79 to 85 of his dissenting opinion.

153 The relevant parts of Resolution 2145 state:

by the UN, which had never before taken direct responsibility to administer a territory. Typically this responsibility is undertaken by an administering power and not the UN itself. After Namibia, the territory of East Timor was also administered by the UN as part of the process towards granting it independence.

When South Africa failed to withdraw from the territory as per General Assembly Resolution 2145 (XXI) of 1966 the General Assembly enlisted the assistance of the Security Council, which in turn passed four resolutions, one in 1968 and three in 1969 condemning South Africa's continued presence in Namibia. In 1970 the Security Council passed Resolution 276 (1970) declaring the continued presence of South Africa in Namibia as illegal and called upon Member States of the UN to act accordingly. Security Council Resolution 284 (1970) in turn asked the ICJ to give the Advisory Opinion in the *Namibia* matter.

The ICJ decided in its 1971 Advisory Opinion on *Namibia* that the UN General Assembly Resolution 2145 (XXI) of 1966 had therefore terminated or repudiated the mandate of South Africa due to a breach of the one of the fundamental principles of international law that if a party to an international relationship does not fulfil its obligations it loses the rights that arise from that relationship.<sup>154</sup> The ICJ also decided that 'the continued presence of South Africa being illegal, South Africa is under obligation to withdraw its administration from Namibia immediately and thus put an end to its occupation of the Territory.'<sup>155</sup> Namibia was administered by the UN from 1978 to 1989 by the Secretary General's special representative to Namibia under the UN Transition Assistance Group (UNTAG) when Namibia attained independence from South Africa in 1990.<sup>156</sup>

---

'*Convinced* that the administration of the Mandated Territory by South Africa has been conducted in a manner contrary to the Mandate, the Charter of the UN and the UDHR

*Declares* that South Africa has failed to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants of South West Africa and has, in fact, disavowed the Mandate.'

...that all the efforts of the UN to induce the Government of South Africa to fulfil its obligations in respect of the administration of the Mandated Territory and to ensure the moral and material well-being and security of the indigenous inhabitants have been to no avail.'

154 Paragraph 91 of *Namibia*.

155 Paragraph 133.

156 *Basic Facts about the United Nations*, 2004 at page 289. UNTAG supervised the holding of the first national elections, the demobilization of all military forces, the establishment of the constituent assembly and the adoption of the Constitution in February 1990. Namibia became independent in March 1990.

## Section II: 'People' are entitled to the Right of Self-Determination

The right of 'peoples' to self-determination has traditionally been applied to territories and people under colonial rule. UN practice has traditionally defined colonies as overseas, territorial and political entities under colonialism. The Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993, extended the right of self-determination to peoples under alien or foreign occupation or domination.<sup>157</sup> Article 2 of the Vienna Declaration states:

'All peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status, and freely pursue their economic, social and cultural development.

Taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, the World Conference on Human Rights recognises the right of peoples to take any legitimate action, in accordance with the Charter of the United Nations, to realize their inalienable right to self-determination. The World Conference on Human Rights considers the denial of the right of self-determination as a violation of human rights and underlines the importance of the effective realization of this right.'

The Vienna Declaration extended the right of self-determination to people under alien domination and foreign occupation. This includes people of the occupied Arab territories of Palestine and black South Africans under the repressive and racist apartheid regime. It is perhaps this type of formulation of the right to self-determination that makes it attractive to very diverse groups who believe that they are under alien domination.

The Durban Declaration adopted at the World Congress against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and other Forms of Racial Intolerance in August 2001 states:

"The UN, having met in Durban, South Africa, from 31 August to 8 September 2001, *reaffirming* the principles of equal rights and self-determination of peoples and recalling that all individuals are born equal in dignity and rights, stressing that such equality must be protected as a matter of the highest priority and recognizing the duty of States to take prompt, decisive and appropriate measures with a view to eliminating all forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance.'<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> United Nations, World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, 31 ILM 1669 (1993). See also E/CN.4/2005/1/Add.1 Item 5 at page 9.

<sup>158</sup> Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 August - 8 September 2001, UN Doc A/CONF.189/12.

Much debate preceded the adoption of the Durban Declaration because indigenous people were asserting their right to be regarded as 'peoples' for purposes of the right to self-determination. UN practice has applied the term 'self-determination' to the apartheid regime in South Africa and the occupied Arab territory of Palestine to put an end of foreign domination or racist and oppressive policies. Beneficiaries of political decolonisation are therefore colonise peoples deprived of self-government as well people subject to foreign occupation or domination.

The UN Education Scientific and Cultural Organization (UNESCO) have defined 'people' as:

'A group of individual human beings who enjoy some of the following features: a common historical tradition, racial or ethnic identity, cultural homogeneity, linguistic unity, religious or ideological affinity, territorial connection, a common economic life.'

The UN and other regional human rights organizations have shied away from coming up with a precise definition of 'people' for purposes of international law of political self-determination. In reality many different groups of people find the term useful in their quest to attain other rights, hence the long debate about whether indigenous people should be regarded as 'peoples' for purposes of international law. The 'definition' that has evolved sees 'peoples' for the purposes of the right of self-determination, as a population of a separate political unit, with delimited territory and with a background in mainly colonial history or recent occupation by a foreign power.<sup>159</sup>

Alfredsson argues that emphasis seems to be on the geographic element, e.g. the colony, occupied territory, the federal province rather than on the nation, the people, and the ethnic group. For example the provisions in the UN Charter making reference to non-self-governing territories; the 1960 Resolution 1514 (XV) containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, the 1960 Resolution 1541 (XV) and the concept of *Uti Possidetis* adopted by the OAU Charter.<sup>160</sup> Others have argued that international law has typically defined 'people-hood' by reference to the territorial parameters of the colonial entities. The UN system developed a list of non-self-governing territories for purposes of allowing the people of the non-self-governing territory the exercise of their right of self-determination. Judge Dillard has famously stated in the *Western Sahara* Advisory Opinion that 'It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people.'

---

159 Gudmundur Alfredsson, 'Different Forms of and Claims to the Right of Self-Determination' in *Self-Determination: International Perspectives*, Donald Clarke and Robert Williamson, 1996, at page 59.

160 Ibid.

Self-determination is therefore a right of peoples. It is a collective right. It does not apply to minorities who enjoy 'group rights.' Minorities are seen as groups, which enjoy individual rights as members belonging to a group or groups. Minorities do not have a right of self-determination since this is a right that applies to 'people' or 'peoples' under colonialism or foreign domination. The UN Special Rapporteur, Caportorti, in a UN Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities defines a minority as:

'A group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion and language' <sup>161</sup>

The four characteristics of a minority are therefore:

1. A group that is small in size in comparison to the rest of the population;
2. Existing within a State;
3. In a non dominant position; <sup>162</sup>
4. Maintains or wishes to preserve ethnic, religious and linguistics characteristics different from the majority population

The UN system protects the rights of minorities under Article 27 of the ICCPR, which states:

'In those States in which ethnic, religious and linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.'

### *Paragraph 1 Protection of collective rights in the African system of human rights: the African Charter on Human and People's Rights*

One of the guiding principles of the OAU is the need to eradicate colonialism and the total emancipation of African territories and peoples from colonialism. The African Union

---

<sup>161</sup> F Caportorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1977, UNP Sales No E.91.XIV.2. Other UN Treaties that protect the rights of minorities include the 1948 Convention on Genocide; the 1960 UNESCO Convention against Discrimination in Education; the 1965 UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; etc.

<sup>162</sup> The white population during *apartheid* in South Africa would not be able to claim protection in the international system as a minority because although they were small in size in comparison to the majority Black population, it was in a dominant position and forced the majority to take the position of 'inverse minority.' The UN declared 'apartheid' a crime against humanity, adopting the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid in 1973.

(AU), the successor of the OAU, also makes reference to peoples' rights. Article 3(h) of the Constitutive Act of the AU states that one of the objectives of the AU is the protection of human and peoples' rights, in accordance with the African Charter on Human and Peoples' Rights.

The African Charter on Human and Peoples Rights (African Charter) was adopted in 1981 and came into force on 21 October 1986, some 20 years since the adoption of the ICCPR and the ICESCR in 1966. Unlike the 1996 UN Covenants, namely the ICCPR and the ICESCR, the African Charter does not place a hierarchy on human rights in terms of 'first generation' and 'second generation' rights as is the case with the UN system that sees civil and political rights as first generation rights and social, economic and cultural rights as second generation rights.

The term 'peoples' appears in a number of articles in the African Charter, notably articles 19 to 24, including the Preamble. This shows that right from the beginning the instrument was meant to protect collective rights. The meeting of experts for the Draft African Charter sheds some light on what the thinking was about the term 'peoples' that is part of the African Charter. The governing principle was that the African Charter must reflect the African conception of human rights, reflecting the African philosophy of law<sup>163</sup> and meeting the needs of Africa. The principle of peoples' equality was asserted. It is 'opposed to every attempt by one people to dominate another no matter the importance attached to people'.<sup>164</sup>

#### *A Collective rights contained in Article 19 – 23 of the African Charter*

Articles 2- 8 of the African Charter recognise 'individual rights.' For example 'every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognised and guaranteed in the present Charter without discrimination of any kind...' <sup>165</sup> The second part of the African Charter, namely Articles 19 - 24 recognises 'collective rights'.

---

163 Organisation of African Unity, Meeting of Experts for the Preparation of the Draft African Charter of Human and Peoples' Rights, Dakar, Senegal, 28 November to 8 December 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1. The document states 'the conception of an individual who is utterly free and utterly irresponsible and opposed to society is not consistent with African philosophy.'

164 Ibid.

165 Article 2 of the African Charter. The full text states:

'Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognised and guaranteed in the present Charter without discrimination of any kind such as race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any opinion, national, social origin, fortune, birth or other status'.

## Article 19

'All peoples shall be equal; they shall enjoy the same respect and shall have the same rights. Nothing shall justify the domination of a people by another.'

## Article 20: self-determination

'1. All peoples shall have the right to existence. They shall have the unquestionable and inalienable right to self-determination. They shall freely determine their political status and shall pursue their economic and social development according to their policy that they have freely chosen.

2. Colonised or oppressed peoples shall have the right to free themselves from the bonds of domination by resorting to any means recognised by the international community.

3. All peoples shall have the right to the assistance of the State Parties to the Charter in their liberation struggle against foreign domination, be it political, economic or cultural.'

## Article 21 states:

'1. All peoples shall freely dispose of their wealth and natural resources. This right shall be exercised in the exclusive interest of the people. In no case shall the people be deprived of it.

2. In case of spoliation the dispossessed people shall have the right to the lawful recovery of its property as well as to an adequate compensation.

3. The free disposal of wealth and natural resources shall be exercised without prejudice or obligation of promoting international economic cooperation based on mutual respect, equitable exchange and the principles of international law.'

Article 22 states:

- '1. All peoples shall have the right to economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind.
2. States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development.'

Article 23(1) state:

'All peoples have the right to national and international peace and security. The principles of solidarity and friendly relations implicitly affirmed by the Charter of the UN and reaffirmed by the OAU shall govern relations between States.'

### *B Jurisprudence from the African Commission on the concept of peoples' rights*

The African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) was established in terms of Article 30 of the African Charter.<sup>166</sup> Despite its mandate to interpret all provisions of the Charter as per the provisions of Article 45(3) of the African Charter,<sup>167</sup> the African Commission initially shied away from interpreting the concept of 'peoples'. The African Charter itself does not define the concept. Initially the African Commission did not feel at ease to develop jurisprudence on the concept of 'peoples' because there was little concrete international jurisprudence. Neither the ICCPR nor the ICESCR defines 'peoples'.<sup>168</sup> Some may argue that the jurisprudence from the African Commission refers to rights of groups and not the collective rights of peoples as such or that the African Commission has blurred the line group rights and collective rights.<sup>169</sup>

The African Commission has taken decisions that involve the protection of rights of a specific sector of the population within an independent State. For example, when it adjudicated in the case against the government of Mauritania on allegations of

---

<sup>166</sup> Article 30 provides:

'An African Commission on Human and Peoples' Rights, herein after called the 'the Commission' shall be established within the Organisation of African Unity to promote human and peoples' rights and ensure their protection in Africa'.

<sup>167</sup> Article 45(3) provides that the mandate of the African Commission is:

'to interpret all provisions of the present Charter at the request of a State Party, an institution of the OAU or an African Organisation recognised by the OAU.'

<sup>168</sup> Murray, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems', *African Human Rights Law Journal* 1 Centre for Human Rights, 2000 Juta Law, at page 2.

<sup>169</sup> Gudmundur Alfredsson, *Autonomy and Human Rights*, at page 39.



discrimination against its black population it interpreted of Article 17 of the African Charter thus: <sup>170</sup>

'Language is an integral part of the structure of culture; it in fact constitutes its pillar and means of expression par excellence. Its usage enriches the individual and enables him to take an active part in the community and in its activities. To deprive a man of such participation amounts to depriving him of his identity.'<sup>171</sup>

The African Commission interpreted Article 19 of the African Charter,<sup>172</sup> which protects a 'people' from domination by another 'people' to mean that the discrimination against black Mauritians was a domination of one group over another group. The African Commission interpreted Article 23(1),<sup>173</sup> which gives 'peoples' the right to peace and security to protect the villages of black Mauritians against attack by other sectors of the population. In another example, the African Commission decided that Shari'a law should not be applied to non-Muslims.<sup>174</sup>

As far as Article 20 on self-determination is concerned, the African Commission received Communication 75/92 *Katangese Peoples' Congress v Zaire*.<sup>175</sup> The President of the Katangese People's Congress had brought a communication in terms of Articles 20(1) of the African Charter to assert the right of the people of Katanga in former Zaire (now Democratic Republic of Congo) to self-determination. While the African Commission did not decide on the issue of self-determination due to technical reasons- it could not be proved that the President of the Katangese People's Congress had a mandate to bring the matter on behalf of the Katangese people as a whole- the fact that the African Commission had accepted the Communication implies that it was prepared to decide on the issue of the rights of 'people' within national boundaries of independent African States.

---

170 Article 17 of the African Charter provides:

(2) Every individual may freely take part in the cultural life of his community

(3) The promotion and protection of morals and traditional values recognised by the community shall be duty of the State'

171 *Collectif des Veuves et Ayants-droits, Association Mauritanienne des Droits de l'homme v Mauritanis*, discussed in the *Thirteenth Activity Report of the African Commission 1999-2000*, ACHPR/RTP/13th, Annex V, at paragraph 137.

172 Article 19 provides:

'All peoples shall be equal; they shall enjoy the same respect and shall have the same rights. Nothing shall justify the domination of a people by another'

173 Article 23(1) provides:

'All peoples have the right to national and international peace and security. The principles of solidarity and friendly relations implicitly affirmed by the Charter of the UN and reaffirmed by that of the Organisation of African Unity shall govern relations between States'

174 See *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference for East Africa v Sudan* in *Thirteenth Activity Report of the African Commission 1999-2000*, ACHPR/RTP/13th, Annex V.

175 *Compilation of Decisions on Communications of the African Commission and Peoples' Rights, Extracted from the Commission's Activity Reports 1994-1999*, Third Printing, 2000 Institute for Human Rights and Development.

Article 62 of the African Charter requires Member States to submit reports every 2 years on the measures they have taken to implement the provisions of the Charter.<sup>176</sup> The African Commission set out the General Guidelines Regarding the Form and Contents of Reports to be submitted by Member States regarding the Meaning, Scope and Weight of the Rights of Peoples' Recognised by Articles 17(2), 19 to 20 of the Charter. The guidelines require States to take specific measures aimed at the promotion of cultural identity. States are required to take measures and programmes aimed at 'promoting awareness and enjoyment of the cultural heritage of national ethnic groups and minorities and of indigenous sectors of the populations'.<sup>177</sup> The African Commission has stated that the rights contained in Articles 21 and 22, which respectively deal with the right of peoples to dispose of their natural resources and their right to economic, social and cultural development:

'Consist in ensuring that the material wealth of the countries are not exploited by aliens to no or little benefit to the African countries. Establishment of machinery would monitor the exploitation of natural resources by foreign companies and strictly contrasted to the economic and material benefit accruing to the country.'<sup>178</sup>

On the right to development, which is a right of 'peoples', the African Commission has stated that it:

'reaffirms that the right to development includes the right of individuals is an inalienable human right by virtue of which every human person is entitled to participate in, contribute to and enjoy the economic, social and political development of the society'.<sup>179</sup>

### *C African Commission practice on the concept of indigenous rights*

While the discussion at the UN has for a long time centred on whether indigenous people are 'peoples' for the purposes of international law, implying they could claim the right to self-determination, the debate at the African Commission has been about whether the concept of indigenous people applies to the continent at all. A similar debate has been taking place in Asia as well. Many African politicians continue to argue that all Africans

---

176 Article 62 of the African Charter provides:  
'Each State Party shall undertake to submit every two years, from the date the present Charter comes into force, a report on the legislative or other measures taken with a view to giving effect to the rights and freedoms recognised and guaranteed by the present Charter.'

177 *African Commission 1990* at pages 417-418.

178 *African Commission Second Activity Report*, ACHPR/RTP/2ND, Annex XII, paragraph II.6

179 Quoted by Murray, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems', *African Human Rights Law Journal* Centre for Human Rights, Juta Law, 2001 at page 2.

are indigenous to the continent hence no group could claim the status of being indigenous.

The African Commission has recently taken bold steps to tackle the issue despite the hostility from a number of African politicians that the concept of indigenous people does not apply to the continent. The African Commission resolved at its 25<sup>th</sup> Ordinary Session meeting in Bujumbura, Burundi, to undertake a study on protection of indigenous people in Africa.<sup>180</sup> At its 28<sup>th</sup> Ordinary Session it adopted the Resolution on the Rights of Indigenous People/Communities in Africa at Cotonou, Benin, 23 October to 6 November 2000.<sup>181</sup>

During State reporting at its 29<sup>th</sup> Ordinary Session, the African Commission for the first time questioned States on what measures have they taken to address the human rights situation of indigenous people in their countries.<sup>182</sup> Since then the item 'indigenous

---

180 *Indigenous Affairs*, International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA) April May June 1999, at page 53. While he was the Chairperson of the African Commission, Professor Pityana was instrumental in raising an agenda item on the Rights of Indigenous Peoples in Africa to the 26<sup>th</sup> Ordinary Session of the African Commission at Kigali, Rwanda, 1-15 November 1999. This was in line with the Arusha Resolutions adopted at the International Conference on Indigenous Peoples in East, Central and Southern Africa in Arusha, Tanzania from the 18 to 22 January 1999. Dr Pityana saw the task facing the African Commission as the need to: (a) define or clarify the issues as they apply to Africa; (b) identify the scope, application and meaning of Articles 19 – 24 of the African Charter [dealing with rights of 'peoples' among others the right to self determination]; and (c) find ways in which African states can be sensitised about the importance of these issues if ethnic tensions, civil strife and human rights violations are to be avoided. The African Commission has since adopted the Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous populations/Communities published by the African Commission and IWGIA in 2005. See also *The Indigenous World, 2004*, IWGIA, 2004. In 2005 the Working Group undertook country visits to Botswana and Namibia. It also carried out research and information visits to Burundi, Libya and the Democratic Republic of Congo. See *The Indigenous World, 2005*, IWGIA, 2005.

181 See *Fourteenth Annual Activity Report (2000- 2001) of the African Commission to the Assembly of Heads of State and Government of the OAU, 37th Ordinary Session/Fifth Ordinary Session of the AEC, 9 to 11 July 2001, Lusaka, Zambia, AHG/229 (XXXVIII)*. The resolution reads:

The African Commission on Human and Peoples' Rights meeting at its 28<sup>th</sup> Ordinary Session in Cotonou Benin from 23<sup>rd</sup> October to 6<sup>th</sup> November 2000.

*Recalling* that at its 26<sup>th</sup> Ordinary Session held in Kigali Rwanda it constituted a committee made up of three Commissioners to consider the issue of indigenous people in Africa and advice accordingly.

*Having reconsidered* the issue and its implications,

Resolved to:

1. Establish a working group of experts on the rights of indigenous people or communities in Africa;
2. Set up a working group made of two members of the African Commission, one of whom should be designated as convener and two African experts in the field of human rights and indigenous issues;
3. Assign the following mandate to the working group:
  - Examine the concept of indigenous people and communities in Africa
  - Study the implications of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the well being of indigenous communities especially with regard to:
    - The right to equality (Articles 2 and 3)
    - The right to dignity (Article 5)
    - Protection against domination (Article 19)
    - Self-determination (Article 20) and
    - The promotion of cultural development and identity (Article 22)
    - Consider appropriate recommendations for the monitoring and protection if the rights of indigenous communities
4. Have a funding proposal prepared with a view to raising donor funds to meet the costs of the work of the working group;
5. Have a progress report submitted at the 30<sup>th</sup> Ordinary Session of the Commission'.

182 Internal IWGIA Report on the 29<sup>th</sup> Session of the African Commission, at page 9.

people' has remained a standing item on the agenda of the sessions of the African Commission. The African Commission adopted its Conceptual framework Document in Niamey, Niger in 2003. The Commission has also encouraged indigenous peoples to, among other things, apply for observer status in the African Commission, bring communications before it for consideration as well as lobby the members of the Commission who come from areas where there are indigenous peoples.<sup>183</sup> By 2006 a number of organisations representing indigenous people have been accredited by the African Commission.

*Paragraph 2 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*

Prior to September 2007 the applicability of the right of self-determination to indigenous peoples was highly contested.<sup>184</sup> The growth of the movement aimed at developing the rights of indigenous peoples in the UN system has seen a number of academics and indeed the indigenous peoples themselves argue that the concept of self-determination is applicable to them and that any attempt to deny them this right is 'racist'. For example, at the 5<sup>th</sup> session of the Working Group on the Draft Declaration, the Indigenous Caucus (made up of indigenous representatives) provided their view on the term indigenous peoples. They proposed an Annex to the final 'official' report of the session but this was only done in the report of the 6<sup>th</sup> session as Annex II, entitled 'Proposal by Indigenous Representatives'. An Explanatory Note to Annex II states, among other things:

'There can be no doubt that we are peoples with distinct historical, political and cultural identities. We are united by our histories as distinct societies, by our language, laws, and traditions. In addition, the profound social, cultural, economic and spiritual relationships of indigenous peoples with our lands, territories and resources are unique. Indigenous peoples are unquestionably peoples in every legal, political, social, cultural and ethnological meaning of the term. It would be discriminatory, illogical and unscientific to identify us in the United Nation Declaration on the Rights of Indigenous Peoples as anything less than peoples...

---

183 Pityana, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Issue of Indigenous Peoples, Indigenous Affairs April May June 1999* IWGIA, 1999 at page 49.

184 James Anaya, *Self-Determination as a Collective Human Rights Under Contemporary International Law*, in *Operationalizing the Right of Indigenous People to Self-Determination*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku, Abo, 2000 at page 3; Erica-Irene A Daes, *The Spirit and Letter of the Right to Self-Determination of Indigenous Peoples: Reflections on the Making of the UN Draft Declaration*, *Ibid* at page 67, Benedict Kingsbury, *Reconstructing Self-Determination: A relational Approach*, *Ibid* at page 19 and Patrick Thornberry, at page 51.

We continue to insist that the UN apply its own standards universally and equally, that it accord us the same rights as other peoples in the world, that it act without prejudice and without discrimination. We cannot agree, now or at any future time in consideration of the Declaration, to any qualification, explanation, definition, bracketing, parenthesizing or footnoting of the term indigenous peoples or peoples.

The term indigenous peoples is well established in international and national legal practice and has been consistently employed by the UN own expert human rights treaty bodies. Finally, since the establishment of the Commission on Human Rights Working Group on the Declaration in 1995, numerous States have accepted the usage of the term indigenous peoples.’<sup>185</sup>

Before analysing the claim of to the right of self-determination, we will look briefly at ‘who’ are these indigenous people who are making the claim to the right of self-determination. The UN system does not define who are ‘indigenous’ peoples. Two UN instruments contain ‘rights’ of indigenous peoples, namely ILO Convention 107 of 1957<sup>186</sup> and the ILO Convention 169 of 1989.<sup>187</sup> Although it is entitled the Convention on Indigenous and Tribal *Peoples* and uses the term ‘peoples’, Article 1 of ILO Convention 169 of 1989 specifically states that its use has no implications in international law.<sup>188</sup>

In 1986 the UN published a report by Mr José Martínez Cobo who was appointed in 1971 by the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities

---

185 Quoted in the *Indigenous World 2000-2001*, IWGIA at page 444.

186 ILO Convention 107 of 1957, entitled, *Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries* states that it applies to:

- (a) Members of tribal or semi-tribal populations in independent countries whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;
- (b) Members of tribal or semi-tribal populations in independent countries which are regarded as indigenous on account of their descent from populations which inhabited the country belongs, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation and which, irrespective of their legal status, live more in conformity with social, economic and cultural institutions of that time than with the institutions of the nation to which they belong.

187 ILO Convention 169 of 1989, entitled ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples states that it applies to:

- (a) Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations.
- (b) Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographic region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.

188 The text of the Article paragraph 3 states:

‘The use of the term ‘peoples’ in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law.’

to Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations. His report produced a definition of indigenous peoples that stated that:

'Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with the pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.'

This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present, of one or more of the following factors:

- (a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them;
- (b) Common ancestry with the original occupants of these lands;
- (c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyles, etc);
- (d) Language (whether used as the only language, as mother tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred habitual, general or normal language);
- (e) Residence in certain parts of the country, or in certain regions of the world;<sup>189</sup>

In 1995 the Working Group on Indigenous Populations developed a 'working definition' of indigenous people based in a set of guidelines. It stipulates a number of factors that do not have to be present at a given situation. The four factors are:

- (a) Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory;
- (b) The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organisation, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions;
- (c) Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and

---

<sup>189</sup> The report, which was completed in 1983 but was published in 1986, reflects the approach taken in the ILO Convention of 107 of 1957. It is the approach that emphasises original occupancy of a territory at the time of colonisation or conquest. See E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 para.379 entitled 'UN Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (Jose R. Martinez Cobo, Special Rapporteur).

- (d) An experience of subjugation, marginalisation, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist.<sup>190</sup>

The Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples was debated at the Working Group on Indigenous Populations (WGIP) set up the inter-sessional working group in 1992 to come up with the draft declaration. It generated a lot of debate and controversy because of the insistence by indigenous people that the concept of self-determination should apply to them as 'peoples' without any qualification. Draft article 3 of 1993 version of the Draft Declaration on Rights of Indigenous Peoples has gone as far as use the same formulation of common article 1 of the ICCPR and the ICESCR replacing the words 'all peoples' with 'indigenous peoples'. Draft Article 3 therefore read:

'Indigenous peoples have a right to self-determination. By virtue of that right they (shall) freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.'<sup>191</sup>

Draft Article 31 went on to state:

'Indigenous peoples, as a specific form of exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal or local affairs, including culture, religion, education, information, media, health, housing, employment, social welfare, economic activities, land and resource management, environment and entry by non-members, as well as ways and means for financing these autonomous functions'<sup>192</sup>

This formulation, equating indigenous people to 'peoples' for the purposes of claiming the right to self-determination, has led to serious debates, which in turn led to the impasse in moving forward on the draft declaration. Below are some of the academic debates on the issue until the General Assembly adopted the Declaration on Rights of Indigenous Peoples on 12 September 2007.<sup>193</sup>

---

190 Erica-Irene Daes, *Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People* E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Stephen Allen, in his article *Looking Beyond the Bancoult Cases* at page 429 summarized the proposed different criteria by academics like Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury and former Rapporteur for the UN Working Group on Indigenous Populations, Erica-Irene Daes and came up with seven criteria, namely:

- (a) Communal attachments to 'place';
- (b) Historical precedence;
- (c) Experience of severe disruption, dislocation and exploitation;
- (d) 'Historical continuity';
- (e) Ongoing oppression/exclusion by dominant societal groups;
- (f) Distinct ethnic/cultural groups; and
- (g) Self-identification as indigenous peoples.

191 UN Doc E/CN.4/Sub.2/1993/29, Annex 1.

192 Ibid.

193 The Declaration on the Rights of Indigenous People was adopted by the UN General Assembly at its sixty-first session as agenda item 68, 12 September 2007. See UN Doc A/61/L.67.

Several international law academics offered their views on this matter. Amongst them were James Anaya, Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury and Erica-Irene Daes. James Anaya argued that self-determination should be seen as a human right and therefore taken beyond the realm of States and their relations with one another.<sup>194</sup> He argued further that that the term 'peoples' who are the beneficiaries of self-determination should be seen as flexible, applying to human beings. According to Anaya, the implications of this approach were that:

- '(1) Self-determination be seen as a 'a right that inheres in human beings themselves, although collectively as 'peoples' in the broadest sense of the term';
- (2) Like all human rights it applies universally and equally to all segments of humanity; and
- (3) It cannot be viewed in isolation from other human rights norms.'

This approach saw self-determination as a concept that had evolved within the UN practice from its initial application to decolonization and later to UN declaring the racist regime in apartheid South Africa illegitimate on the grounds of self-determination. Anaya therefore argued that self-determination should be applicable to indigenous people because of the practice of the UN to date. This approach was based on the concepts of freedom and equality that were seen as applicable to all segments of humanity, individually and as groups.<sup>195</sup> Separating what he called the substantive form of self-determination –the decolonization process and the dismantling of apartheid in South Africa- the remedial aspect of self-determination is said to point towards 'context specific arrangements to ensure survival of these peoples' own historically rooted cultures and institutions within the framework of States within which they live.'<sup>196</sup>

Benedict Kingsbury argued that self-determination should be reconstructed to move away from an end-state approach, which saw self-determination as almost always ending in independence, to a relational approach to self-determination, which saw self-determination as a relation between the State and the community.<sup>197</sup> He argued: 'relations between autonomous entities (and their institutions) and the State (and its institutions) require a complex governance framework, often embodied in a formal agreement or in constitutional or legislative provisions, which although formally unilateral, may over time be understood as requiring the consent of all affected groups before amendment.'<sup>198</sup> Examples of a relational approach to self-determination were expressed as when the UN Human Rights Committee in its consideration of reports by

---

194 S James Anaya at page 5.

195 Ibid at page 8.

196 Ibid at page 13.

197 Benedict Kingsbury at page 26.

198 Ibid at page 28.



States under the ICCPR applies common article 1 in the ICCPR and the ICESCR to indigenous peoples.<sup>199</sup> The slow increase of a number of States supporting the applicability of the concept of indigenous peoples was provided as example that there was growing acceptance of its applicability.<sup>200</sup>

Former Chairperson-Rapporteur of the UN Working Group on Indigenous Populations, Erica-Irene Daes argued that self-determination should be seen as a process that is endless to allow all people to be able to continually renegotiate the terms of their relationships, thereby making it easy for them to coexist peacefully.<sup>201</sup> This approach sees self-determination as the 'freedom for indigenous peoples to live well, to live according to their own values and beliefs and to be respected by their non-indigenous neighbours.'<sup>202</sup>

Patrick Thornberry also argued that the Human Rights Committee has extended the concept of self-determination from its application strictly to territories awaiting decolonization to people within independent States, which may well include indigenous people.<sup>203</sup> He asserted that while there were certain benefits and advantages in the strategy by indigenous people to continue to couch their rights within the concept of self-determination, it is possible to move self-determination away from a fascination with secession towards broader notions of human dignity and solidarity.<sup>204</sup> Rodolfo Stavenhagen saw self-determination as a right that should be available to be exercised at different times and not only once as if it was consumable.<sup>205</sup>

The need to balance the right of self-determination with the principle of non-violability of State boundaries was one of the arguments that States levelled against attempts to extend the unqualified right of self-determination to indigenous people living within independent States. There were fears that this could lead to secession.<sup>206</sup> Indigenous people consistently argued however that they were not motivated by the need to secede from their States but were asserting their right to self-determination, as a right available to all 'peoples', including themselves.<sup>207</sup>

---

199 Ibid. See UN Doc. A/39/40 at pages 142 -143.

200 Kingsbury, at page 32.

201 Erica-Irene A Daes, *The Spirit and Letter of the Right to Self-Determination of Indigenous Peoples: Reflections on the Making of the UN Draft Declaration*, at page 79.

202 Ibid.

203 Patrick Thornberry at page 47.

204 Ibid at page 64.

205 Stavenhagen at page 5.

206 Stavenhagen states that this confusion between self-determination and separatism or secession is unfortunate. See Stavenhagen, at page 3.

207 This fear that granting indigenous people the right to self-determination could lead to secession is seen as unjustified. See Erica-Irene A Daes at page 78.

Gudmundur Alfredsson gave examples of external self-determination as follows: political decolonisation; liberation of occupied territories; and separation or unification of States by agreement; and claims by indigenous people. He argued that systematic non-representation in national government and rights of indigenous people could have an internal and external aspect. The following claims were then categorised as internal self-determination: (a) autonomy for minorities; (b) cultural and economic self-determination; (c) democracy and other political rights; and (d) political systems and other national arrangements.<sup>208</sup>

He asserted that what indigenous people seemed to be asserting when they claimed the right to internal self-determination was in fact an expression of the right to autonomy, which arises in the context of political rights at the local level, for example self-government, self-management, home rule, etc.<sup>209</sup> Alfredsson argued that it did not help the cause of indigenous people to couch their demand in the form of self-determination and that it was more appropriate to call things by their names, e.g., self-determination is a right of 'peoples' and indigenous people should not claim autonomy under the banner of self-determination.<sup>210</sup> He took the view therefore that indigenous people were in fact 'groups' for the purposes of international law, with group rights being the foundation of autonomy considerations.<sup>211</sup> Group rights may be territorial or personal.

He argued further that the territorial aspect applies where a group was concentrated in a specific geographic area while the personal aspect was applicable when members of a group are spread in a large area or intermix with members of another group.<sup>212</sup> One example of personal autonomy are given is when Sámi members of the Sámi Assembly (Parliament) in Norway are allowed to run for office in the Sámi Assembly or vote for it irrespective of where they live in Norway.<sup>213</sup> Alfredsson posed the question whether the Greenlandic Home Rule that Denmark had developed is not a mechanism to avoid decolonisation and 'the more far-reaching external self-determination question'.<sup>214</sup> He asked whether the Greenlanders and other indigenous groups are not a people 'for the

---

208 Gudmundur Alfredsson, 'Different Forms of and Claims to the Right of self-Determination' in *Self-Determination: International Perspectives*, Donald Clarke and Robert Williamson, 1996 at page 58.

209 Gudmundur Alfredsson, *Autonomy and Human Rights* at page 39. See also Thornberry at page 56 presenting a hypothetical discussion between a student and a professor trying to understand what indigenous, when making a claim to the right to self-determination, are in fact claiming in terms of existing international law.

210 Alfredsson, *Autonomy and Human Rights* at page 40.

211 Ibid at page 36.

212 Ibid at page 40.

213 Ibid. See also Gudmundur Alfredsson, *The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries*, in *Heidelberg Journal of International Law*, Max Planck Institute for International Human and People's Rights, Sonderabdruck aus Band 59, No 2, 1999 page 529 at page 530.

214 Ibid at page 531.

purpose of external self-determination rather than indigenous people within the respective countries.’<sup>215</sup>

The 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples has done away with the debate whether indigenous peoples have a right to self-determination and addressed the issue of territorial integrity of States. While ILO Convention 169 of 1989 had qualified the right of indigenous people as ‘peoples’ for purposes of international law, Article 1 of the Declaration on the Rights of Indigenous People clarifies that indigenous people have rights as individuals and as a collective. The argument by Gudmundur Alfredsson that indigenous rights are actually group rights for purposes of international law therefore does not hold anymore. Article 1 also extends all rights contained in international human rights law to indigenous peoples without any qualification. Article 1 states that:

‘Indigenous peoples have the right to the full enjoyment, as a collective or as individuals, of all human rights and fundamental freedoms as recognized in the Charter of the UN, the UDHR and international human rights law.’

Article 2 deals specifically with the fact that indigenous people have the rights that all other peoples have. It states

‘Indigenous peoples and individuals are free and equal to all other peoples and individuals and have the right to be free from any kind of discrimination, in the exercise of their rights, in particular that based on their indigenous origin or identity.’

Article 3 uses the same language of common article 1 in the ICCPR and ICESCR to indigenous people, quoting it almost verbatim. It is very similar to the 1993 version of the Draft Declaration, which was highly debated during sessions of the UN Working Group on Indigenous Populations and led to much of the delay in adopting the Declaration. It states:

‘Indigenous peoples have the right to self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.’

Articles 4 and 5 address the rights of indigenous peoples to self-determination, autonomy and self-government. Article 4 states:

‘Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions.’

---

215 Ibid.

Article 5 allows them to maintain their political, social, cultural and legal institutions while at the same time having the choice to participate in the political life of the State:

The text of the Article reads:

'Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions, while retaining their right to participate fully, if they so choose, in the political, economic, social and cultural life of the State.'

Some may argue that Article 4 actually limits the exercise of the right of indigenous peoples to self-determination to autonomy and self-government in matters of local and internal affairs and therefore does not really allow them the right to 'external self-determination.' Others like Gudmundur Alfredsson may argue that the Declaration has blurred the line between self-determination 'proper' and autonomy.

The anxiety of States that indigenous people may exercise their right to self-determination in a manner that may threaten the territorial integrity of States has been addressed in Article 46 of the Declaration, which states:

'Nothing in this Declaration may be interpreted as implying for any State, people, group or person any right to engage in any activity or to perform any act contrary to the Charter of the UN or construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States.'

The right of indigenous peoples to self-determination therefore has to be balanced with the protection of territorial integrity of sovereign and independent States. The limitation clause, namely article 46(2), states that any limitation on the rights included in the Declaration should be in accordance with international human rights obligations, should be non-discriminatory and strictly necessary or solely for the purpose of securing due recognition of rights and freedoms of others.

**CHAPTER 2: APPLICATION OF RIGHT OF SELF-DETERMINATION TO NON-SELF-GOVERNING TERRITORIES SITUATED ON SMALL REMOTE ISLANDS**

Although the UK has shed most of its non-self-governing territories that now form part of the 'Commonwealth' with the Queen as its nominal head, it still has a number of 'overseas' territories most of which are small non-self-governing-territories. Some Commonwealth countries like Jamaica still have the Privy Council in London as the final court of appeal for their judiciary. The UK 'overseas territories' are: the Falkland Islands (Malvinas), Guernsey, Jersey, Anguilla, British Virgin Islands, Cayman, Gibraltar, Montserrat, St. Helena & dependencies, Turks and Caicos. Now that it can longer impose crude colonialism over its 'overseas territories' in this era of decolonisation, the question is why is the UK still holding on to those territories. As far as the Chagos Archipelago is concerned the intention is to provide its old ally, the US, access to influence over the Indian Ocean free of political control by any African or Asian State.

It would appear that the motivation of the UK to hold on to some of its current overseas territories is to protect the interests of its settler populations on such territories who are mainly of European descent. The UK has been prepared to defend, by military means where necessary, what she considered an attack on her sovereignty over the Falkland Islands (Malvinas). The UK argue that in so doing it is acting in the interests of the population, whose interests and rights have to be protected. Apart from sustaining the contest on Argentine claim of sovereignty over the Falkland Islands (Malvinas) for more than three centuries, the UK has been to war against Argentina for the latter's unilateral declaration of sovereignty over the territory in the early 1980s.<sup>216</sup>

After the World War II and international opinion firmly opposed to slavery and colonialism, the US realised it could not use similar strategies/policies to build itself as the new political and economic super power. While the UK, together with other colonial powers, had become involved in running a number of large overseas territories and therefore had to invest a lot of resources in building parallel political institutions and became involved in many bloody disputes with the indigenous populations, the US opted for less obvious forms of colonialism. It acquired several small, sparsely populated remote islands to meet its strategic interest of having access to sources of crude oil and undertaking military activities unhindered. The US therefore has several 'possessions' in the Pacific, Indian and Caribbean Oceans. This Chapter will look at some these territories, which are not yet independent States, to see how the US has approached the

---

216 Rudolf Dolzer, *The Territorial Status of the Falklands (Malvinas): Past and Present*, Oceana, 1993; Peter Beck, *The Falkland Islands as an International Law Problem*, Routledge, 1988; Ian J. Strange, *The Falkland Islands*, David and Charles, 1985; Barry Gough *The Falkland Island/Malvinas*, Athlone, 1992.

issue of self-determination on those territories, given the fact that the US is not considered a colonial power but rather an 'imperial power.' A lot of these remote island territories were acquired and continue to be kept by the US to safeguard its military and economic purposes.

The question arises whether territories like the BIOT, Gibraltar and Falklands Islands (Malvinas) qualify for the right of self-determination. Several areas of contention are: (1) all three territories were not acquired by conquest but by treaties of cession; (2) does a lack of an indigenous population mean that all three territories do not qualify for the right of self determination; (3) does a lack of a permanent civilian population, as in the case of the Chagos Archipelago/BIOT, mean that the territory is not considered a non-self-governing territory, despite the fact that the lack of a permanent population is a result of the UK forcibly removing the Chagossians and denying them the right to return; (4) what is the position where, as in the case of Gibraltar and the Falklands Islands (Malvinas), there is a permanent population in a territory but the population is not made up of an indigenous population but rather by descendants of British colonists; and (5) can the UK, which is still a colonial power in several territories like BIOT, claim a right of self determination on behalf of its own citizens in Falklands (Malvinas) and Gibraltar who are descendents of British colonists. Two ancillary questions are: (1) Argentina is a country whose dominant and ruling population is mainly composed of former colonists (Spaniards); and (2) both Spain and the UK are former colonial powers. Spain and Argentina insist that the continued British presence on Gibraltar and the Falklands Islands (Malvinas) violates Spanish and Argentine territorial integrity. Is there a hierarchy between the right of peoples to self-determination and the right of States to territorial integrity? Does the right of self-determination inhere in the people and not the territory? If as judge Ammoun has famously stated that it is not for the territory to determine the destiny of the people but it is for the people to determine the destiny of the territory, then Chagossians have a right of self-determination even if they have been forcibly removed from their territory.

*Paragraph 1 'Self-determination' on island territories of the US*

After the Spanish-American War the US acquired island territories as 'spoils of war'. Current US 'possessions' include the territories of Puerto Rico, American Samoa, Guam, the Northern Mariana Islands, the US Virgin Islands, Micronesia, the Republic of the Marshall Islands and Palau. These are territories whose relationship with the US does not fit in neatly with the concept of colonialism. Even though some of them have been granted status such as 'commonwealth' or 'freely associated states' they are all still

under the political control of the US government, this political control being more obvious in some than in others.

Apart from granting political status to these territories aimed at disguising its continued control over such territories, the US has also granted citizenship and nationality to the inhabitants of these territories as well as deliberately make them economically dependent on the US to minimise their aspirations for full independence and Statehood.<sup>217</sup>

It is to be noted that the US managed to impose its military activities on the Marshall Islands despite the territory being under UN trusteeship. This is despite the 'sacred trust' placed by the UN over administering powers to ensure the well-being of the people of the territories. From 1946 to 1958 the Marshall Islands were subjected to devastation of its environment and the health of its people during the US nuclear test programme in the territory. The Marshall Islands was at the time part of the US Trust Territory of the Pacific Islands (TTPI).<sup>218</sup>

Ediberto Roman and Theron Simmons argue that the US uses three hegemonic tools to gain dominance over the peoples of its island territories with very little, if any, opposition from either the international community or the people of those territories. These tools are: (a) granting less than full US citizenship to the people of the territories and thereby creating the impression of them 'belonging' to the US; (b) granting some of the territories political status like 'commonwealth,' 'freely associated states', etc, which is close enough to independence but in reality one that allows the US to continue to rule the territories to meet its strategic interests; and (c) making the territories economically dependent on the US to minimise their quest for independence.<sup>219</sup>

When granting Palau the political status of a 'freely associated' State, the US retained the power to exercise eminent domain (expropriation) over Palau for military purposes.<sup>220</sup> The US has refused to negotiate a nuclear-free constitution for Palau arguing that it must have 'the right to transport nuclear-powered ships as well as ships and aircraft armed with nuclear weapons in order to carry out its defense obligations'.<sup>221</sup> The US has undertaken similar actions in relation to the territories of Guam, the Marshall Islands, Puerto Rico, etc. The US dictates the terms under which such island territories

---

217 Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 447.

218 The Marshall Islands, which were at the time part of Micronesia was placed under US trusteeship as a Trust Territory of the Pacific Islands (TTPI). The US was granted the power to administer the islands until they attained self-government. It also had the power to establish military bases on the territory. The US Navy had direct administrative control over the islands until 1951. David Vine, *Island of Shame* at page 53.

219 Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 441.

220 Ibid at page 485.

221 Ibid.

would attain 'self-determination' to ensure that the outcome does not jeopardise its strategic interests.

The country known today as the USA came about as a result of domination of the indigenous peoples of the territory, the American Indians, also called Native Americans, by means ranging from genocide, military conquest as well as the signing of several treaties with Indian tribes, most of which were subsequently disregarded. The 'founding fathers' of the US reserved the right of the US as then composed to expand and admit new States. The nineteenth and twentieth centuries saw the US expanding from 13 States to 50 States, through the use of the 'Territorial Clause' in the US Constitution.<sup>222</sup> The Territorial Clause, a preserve of the federal government, was primarily aimed at acquiring new territories to join the US body politic. There was no guarantee however those territories would later be fully incorporated as States and become equal members of the US body politic. The race of the population of the territory being considered for incorporation was later to become one of the deciding factors on whether to incorporate the territory to become part of the US or to leave it as an unincorporated part of the US.

Island territories that were not acquired as spoils of the Spanish-America War were primarily acquired through the Territorial Clause in an effort to disguise the nature of the political arrangement as something other than colonialism. A newly acquired territory would undergo a period of 'tutelage' prior to incorporation. After the requisite number of males of European descent had settled in the territory and the US Congress deemed the territory ready for admission, the territory could be admitted as a member of the US, often by way of Congress passing a relevant treaty. Most territories were admitted and/or incorporated into the body politic of the USA in this way.

After the Spanish-American War the acquisition of territories that were densely populated by people who were not of European descent or deemed unsuitable for settlement by Anglo-Saxon people on account of its climate, for example Vieques in

---

<sup>222</sup> William A Sutherland, *Notes on the Constitution of the United States 596* (1904) quoted by Ediberto Roman, *Membership Denied* at page 449 and Henry Campbell Black, *Handbook of American Constitutional Law* (3rd edition, 1910) quoted by the same authors at page 452. Article IV, Section 3, clause 2 of the US Constitution provides as follows:

'The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the US; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the US, or of any particular State.'

The different terms in this clause are defined as follows:

'The term 'territory' as used in this provision is equivalent to the word 'lands' and the words 'respecting the territory' refer only to the territory owned by the US at the time of the adoption of the Constitution, subsequently acquired property being subject to the legislation of Congress as an incident to its ownership. 'to dispose of' means to make sales of lands, or otherwise to raise money from them, and 'needful rules' comprehends all appropriate legislation, including the passage of all laws necessary to secure the rights of the US to the public lands, to provide for their sale, and to protect them from taxation'.



Puerto Rico and Guam were acquired for reasons other than the intention to grant them full US Statehood.<sup>223</sup> They were acquired mainly for the purpose of US military activities and scientific experiments that proved harmful to the environment and the health of its inhabitants. The territories were offered limited forms of self-government, thereby guaranteeing the US free access for its military purposes.<sup>224</sup>

The territories that were considered unsuitable for Anglo-Saxon settlement meant little motivation for the US to extend the full right of citizenship to the inhabitants, the majority of whom were at any rate not Anglo-Saxon. For example the Philippines was relegated to a status other than full US State because the indigenous Filipinos, who were regarded as racially inferior,<sup>225</sup> and far outnumbered the descendants of the settler Spaniards within the Philippines, were considered uncivilised and un-American.<sup>226</sup>

The US Supreme Court held that territories like Puerto Rico were 'merely a possession of the New Empire'.<sup>227</sup> The US Constitution does not apply to Puerto Rico, Guam and other US small islander territories since they had not been 'incorporated'. The citizens of these territories do not have full US citizenship, they cannot participate in US Presidential elections and their congressional representative cannot vote at Congress.<sup>228</sup> Despite these factors, the inhabitants of Puerto Rico believe themselves to be US citizens and

---

<sup>223</sup> Rubin Francis Weston, *Racism in US Imperialism: The influence of Racial Assumptions on American Foreign Policy, 1893 – 1946*, at 188 - 189 (1972), quoted by Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied*, at page 452.

<sup>224</sup> The acquisition of Hawaii was different in that it was annexed by Congress just before the Spanish-American War and granted full US statehood despite being populated mainly by Chinese, Japanese as well as indigenous Hawaiians. Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 455.

<sup>225</sup> Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied*, at page 452 quote a US Congress report describing Filipinos as 'physical weaklings of low stature with black skin, closely curling hair, flat noses, thick lips and large clumsy feet'.

<sup>226</sup> Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied*, at 452. Some scholars also shared the racist inclinations of the US Congress to justify the subjugation of people who were not of European descent to a status lower than that of the full American citizenship. See for example Simeon E Baldwin, the *Constitutional Question Incident to the Acquisitions and Government by the USA of Island Territories*, 12 *Harvard Law Review* (1899) 393 at page 415 quoted by Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 454 to find the following quote:

'Our Constitution was made by a civilised and educated people. It provides guarantees of personal security which seems ill adapted to the conditions of society that prevail in many parts of our new possessions. To give the half-civilised Moros of the Philippine, or the ignorant and lawless brigands that infest Puerto Rico, or even the ordinary Filipino of Manila the benefit of such immunities ... would ... be a serious obstacle to the maintenance of efficient government.'

<sup>227</sup> Ediberto Roman, *Empire Forgotten: The US Colonisation of Puerto Rico*, 42 *VILL Law Review* 1997 at 1119.

<sup>228</sup> Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied*, at page 457. The indigenous people of the US, also called Native Americans, are not allowed to hold presidential office. Prior to the appointment of Barack Obama as US President, African Americans, although they are full American citizens, were not regarded as such by the mainstream culture. This is a legacy of US Supreme Court decisions like *Dred Scott v Sanford* 60 US (19 How.) 393 (1857). The US Supreme Court held as recently as 1896 in the case of *Plessy v Ferguson* 163 U.S at 537 that notwithstanding the provisions of the Fourteenth Amendment to the US Constitution, African Americans were not citizens in all respects. See Ediberto Roman, *Members and Outsiders: an Examination of the Models of US Citizenship as well as Questions concerning European Union Citizenship* 9 *University of Miami International and Comparative Law Review* 2000 – 2001 at page 92.

proudly serve in the US Army. The dominant culture within the US does not see Puerto Rico as part of the US but more as their 'neighbour and friends.'<sup>229</sup>

*Paragraph 2 'Self-determination' on island territories of the UK*

The impact of the principle of self-determination on the legal status of the territories curtails the rights of the administering power by imposing certain obligations and conditions on the sovereign power. The result is that once the people of the territory have exercised their right to self-determination by way of seeking independence then the title of the administering power over the territory would become extinct.

UN practice is that the population of the non-self-governing or colonized territory need to be ethnically and culturally distinct from those of the administering power. The colonized territory was typically in a geographically distinct area and faraway from the metropolitan State.<sup>230</sup> The colonized territory and the metropolitan State would also be separated by sea water. While there is sea-water between the UK and the territories of Gibraltar and the Falkland Islands (Malvinas), the populations of the territories are not ethnically and culturally distinct from the population of the metropolitan State, namely the UK. Instead, the populations are descendants of the former British settlers and not Spaniards in the case of Gibraltar or Argentineans in the case of Falkland Islands (Malvinas). The claim of the right of the populations to these territories to self-determination is therefore contentious.

The States adjoining the territories, namely Spain and Argentina, argue that their territorial integrity is being violated by British sovereignty over the territories while the UK argues that the right of self-determination applies to the population inhabiting the territories. The UK seems to support the view that these populations must be allowed to exercise such right of self-determination by way of continued British sovereignty over the territory, but not independent Statehood. This seems to be at odds with what the process of decolonization is really about.

The UK indicated in its report to the substantive session of the UN Human Rights Committee in 2000 that it had passed the White Paper on its approach to its colonies, now termed overseas territories, entitled Partnerships for Progress and Prosperity:

---

<sup>229</sup> Ediberto Roman, *Reparations and the Colonial Dilemma: The Insurmountable Hurdles and Yet Transformative Benefits*, *Berkeley La Raza Law Journal*, Volume 13 No 2, 2002 at page 369.

<sup>230</sup> Principle IV of Resolution 1541 (XV) of 15 December 1960 entitled the Principles which should Guide Members in Determining whether or not an Obligation Exists to Transmit the Information called for Under Article 73e of the Charter defined a 'non-self-governing territory' as one that was geographically separate, and ethnically/culturally distinct from the metropolitan State administering it.

Britain and the Overseas Territories, in which it encourages its 'overseas territories' to modernise their constitutions and where possible work towards full independence.<sup>231</sup> This approach allows those territories that still wish to retain their current connection with the UK to continue to do so. Gibraltar and the Falklands Islands (Malvinas) are two such examples. While the two territories are not similar in size of population both comprise of populations that are not natives from the States adjoining them. In the case of the Falklands Islands (Malvinas) the population numbers just below 3000 people who are not from Argentina, which is proximate to the islands. In the case of Gibraltar, the population is made up of about 20 000 people who are not Spaniards. The British Navy expelled the original Spanish population from the territory during the occupation. The territory is now occupied by descendants of the British workers who came to work on the military base.

We will examine these case studies to show that the BIOT is distinguishable from them. The fact that they are included on the UN list of non-self-governing territories makes for useful comparison with the BIOT that was never placed on the list. The case studies are also relevant in the context of counter-claims by Spain and Argentina of violations of their territorial integrity by the UK. The case study of the Falkland Islands (Malvinas) provides an example of the double standards employed by the UK in relation to those territories, mainly because they are occupied by descendants of former British colonists/settlers. The UK continues to take an approach of total disregard of the former permanent population of the Chagos Archipelago, who are mainly descended from African slaves. Mayotte, an 'overseas department' of France, will be used as another example of how the Chagos matter could be handled.

## *A Gibraltar*

France has never contested sovereignty over the Chagos Archipelago, now called the BIOT, after ceding it to the UK pursuant to the Treaty of Paris of 1814. Spain ceded Gibraltar to Britain under Article X of the Treaty of Utrecht of 1713, with the condition that Spain would have the right of pre-emption should Britain chose to 'grant, to sell, or by any means alienate' the territory. Gibraltar has remained under British sovereignty for many years as a colony, now called an 'overseas territory'. In 1946 the UK requested that Gibraltar be granted the status of 'non-self-governing territory' in terms of Article 73 of the UN Charter. As soon as Spain became a member of the UN in 1957 it objected

---

231 UN document E/C.12/4/Add.5 dated 4 July 2004.

to the placing of Gibraltar on the UN list of non-self-governing territories, regarding it as an integral part of its own territory.

The issue of sovereignty over Gibraltar and its status as a non-self-governing territory was considered for the first time by the UN Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, popularly known as the Special Committee of 24 (Decolonisation), in 1963 but has remained unresolved to date despite several resolutions by the UN General Assembly urging the two States to resolve the matter through negotiations.

One of these resolutions, namely Resolution 2231 (XXI) of 20 December 1966 was violated when British authorities on Gibraltar held a referendum giving the population of the territory the option to either pass under Spanish sovereignty or to voluntarily retain their link with Britain. Predictably, the greater majority opted to retain links with Britain, a country of their origin and whose language, culture and institutions they could relate to. In response to this action the UN General Assembly passed Resolution 2253 (XXII) on 19 December 1967 declaring that the holding of the referendum was in violation of Resolution 2231 (XXI) of 20 December the year before. The representative of the UK stated at the 1558<sup>th</sup> meeting of the UN General Assembly Twentieth Session of the Special Committee on Decolonisation that took place on 16 November 1965 that his government was in no doubt about its sovereignty over Gibraltar.

The main issue between Spain and the UK is whether the right of self-determination is applicable to the population of Gibraltar. Spain argues that it is not applicable to the population of Gibraltar since they are not indigenous to the territory. Spain argues the population is artificial because it is made up of descendants of British settlers and others who came from abroad to work on the British military base on Gibraltar. While accepting that the interests of the population of Gibraltar must be protected upon termination of the territory's colonial status, Spain contends that the exercise of the right of self-determination by the population of Gibraltar does not have to result in independent Statehood. Spain argues further that British sovereignty over Gibraltar constitutes a violation of Spanish territorial integrity since Gibraltar is an integral part of Spain. Spain contends further that Gibraltar is a small foreign, colonial enclave in Spanish territory and that Article X of the Treaty of Utrecht provides Spain with a right of pre-emption in case of a grant of independence by the UK to the people of Gibraltar. Spain does wish to exercise this right and recover her sovereignty over Gibraltar.

Similar to the BIOT (Chagos Archipelago), the UK passed several Orders in Council, dating back to 1873, prohibiting residence in Gibraltar to the indigenous population, namely Spaniards. As a result of the Orders in Council the Spanish labour force working in Gibraltar could not stay overnight in the territory until the sealing off of the border in 1969. The consequence was to rid the territory of all its indigenous population.

Citizens of Gibraltar are citizens of British Overseas Territories as per the provisions of the British Overseas Territories Act 2002. For their part, the population of Gibraltar oppose any joint sovereignty of Spain and the UK over Gibraltar. They held a referendum on 7 November 2002 despite the objections of Spain and the UK.<sup>232</sup> They indicated that the government of Gibraltar will never be willing to negotiate the transfer of sovereignty over the territory to Spain.

The UK insists that its legal title over Gibraltar remains valid since it derives from a regular treaty of cession that has never been rescinded. It argues that because Gibraltar is a non-self-governing territory the UK is bound by Article 73 of the UN Charter, which requires it to assist the inhabitants to reach a position when they could exercise their right of self-determination. The exercise of that right must allow them to freely decide on the international status of the territory. The UK views Article X of the Treaty of Utrecht as merely restricting choices to be made available to the inhabitants of Gibraltar in the exercise of their right of self-determination to either integration or association with either the UK or Spain but not full independence.

The population of Gibraltar insist that they do not want to pass under Spanish sovereignty. On 30 November 2006 they held a referendum, which approved and accepted an amended Constitution for the territory whose purpose was to give them 'that degree of self-government which is compatible with British sovereignty of Gibraltar and with the fact that the UK remains fully responsible for Gibraltar's external affairs.'<sup>233</sup> On 24 December 2006 the amended Constitution of Gibraltar was adopted by way of an Order in Council at the Buckingham Palace, United Kingdom, entitled the Gibraltar Constitution Order 2006. The preamble of the Constitution states:

'Whereas Gibraltar is part of Her Majesty's dominions and Her Majesty's Government has given assurances to the people of Gibraltar that Gibraltar will remain part of Her Majesty's dominions unless and until an Act of Parliament

---

<sup>232</sup> See Report to the UN Special Committee of 24 (Decolonization) dated 8 April 2004 UN Doc. A/AC.109/2004/7. Their representative at the Committee of 24 (Decolonization) stated that they wished to bring the matter to the ICJ.

<sup>233</sup> See Preamble to the Constitution of Gibraltar dated 14 December 2006.

otherwise provides, and furthermore that Her Majesty's Government will never enter into arrangements under which the people of Gibraltar would pass under the sovereignty of another State against their freely and democratically expressed wishes...'<sup>234</sup>

The opening statement to Chapter 1 of the 2006 Constitution of Gibraltar, entitled protection of fundamental rights and freedoms, quotes common article 1 of the ICCPR and ICESCR of 1966 making reference to the right of self-determination. It emphasises that such right must be protected and promoted, arguably in Gibraltar and it is applicable to themselves as a 'people' who are entitled to exercise such right.<sup>235</sup>

The political leadership of Gibraltar argues that the population of the territory has effectively exercised its right of self-determination by adopting the 2006 Constitution and the territory is therefore no longer a colony. On 5 June 2007 the Chief Minister of Gibraltar appeared before the UN Special Committee of 24 (Decolonization) and stated that the adoption of the Constitution followed a referendum, which was in itself an exercise of the right of the population of Gibraltar to self-determination. He asserted that the amended Constitution gave the 'people' of Gibraltar 'practically full self-government.'<sup>236</sup> He went further to state that irrespective of the fact that Gibraltar remains on the UN list of non-self-governing territories this does not 'alter the political and factual reality that Gibraltar has, to every other effect ceased to be a colony, is not a colony, is not considered by its ex-administering power [the UK] to be a colony.'<sup>237</sup>

According to the Chief Minister this means that the process of decolonization has been completed in respect of the territory of Gibraltar. Spain countered this argument by stating it was doubtful whether the adoption of the amended Constitution for Gibraltar in 2006 amounted to an act of self-determination for it was in reality merely an outcome of negotiations between representatives of Gibraltar and the administering power, namely the UK, rather than the population of the territory. Spain stated further that the UK upholds the validity of the 1713 Treaty of Utrecht which recognises Spain's right of first

---

234 Ibid.

235 The text of the opening statement to Chapter 1 of the 2006 Constitution of Gibraltar states:  
'Whereas all peoples have the right of self-determination and by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development and may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic cooperation, based upon the principle of mutual benefit and international law;  
And whereas the realisation of that right must be promoted and respected in conformity with the provisions of the Charter of the UN and any other applicable international treaties.

236 <<<http://www.un.org/news/press/docs/2007/gacol3158.doc.htm>>>visited on 26 July 2007. General Assembly GA/COL/3158.

237 Ibid.

refusal of Gibraltar. Spain concluded therefore that the 2006 Gibraltar Constitution had merely given Gibraltar control over its internal affairs.<sup>238</sup>

On 28 December 2006 the UK Foreign Secretary passed the Supplement to the Gibraltar Gazette No 3,574 from the Foreign and Commonwealth Office dispatched to the Governor of Gibraltar. The dispatch confirms what is contained in the preamble to the 2006 Gibraltar Constitution Order to the effect that Gibraltar remains part of 'her Majesty's dominions' and that 'Her Majesty's government will never enter into arrangements under which the people of Gibraltar will pass under the sovereignty of another State against their freely and democratically expressed wishes.'<sup>239</sup> The dispatch indicates that the UK government supports the right of self-determination of the population of Gibraltar subject to Article X of the Treaty of Utrecht, which allows Spain the right of first refusal should the UK 'ever' renounce sovereignty.<sup>240</sup> The dispatch explains further that independent Statehood in Gibraltar will therefore only be an option with the consent of Spain.<sup>241</sup>

The UK takes a similar approach in forums of the UN, stating that it supports the right of the 'people' of Gibraltar to self-determination subject to Spain's right of first refusal should the UK ever denounce sovereignty over the territory.<sup>242</sup> The UN continues to pass resolutions urging Spain and the UK to negotiate a settlement, although it appears to be supportive of the Spanish position that British 'colonisation' of Gibraltar should come to an end since:

'Any colonial situation which partially or completely destroys the national unity and territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and

---

238 Ibid.

239 The despatch explains that the Gibraltar Constitution Order 2006 represented a modernisation of the Constitution of Gibraltar as per the 1999 UK White Paper entitled Partnership for Progress and Prosperity: Britain and Overseas Territories inviting UK Overseas Territories to submit proposals for constitutional reform. The Gibraltar House of Assembly had constituted a Select Committee in July 1999 for the purposes of making proposals on constitutional reform. The Select Committee submitted its report on 23 January 2002. Section B of the report of the Gibraltar House of Assembly's Select Committee explains that the objective of the Committee was to propose amendments to the Constitution of Gibraltar with a view to maximise the self-government of Gibraltar by its people while at the same time retaining sovereignty and close links with Great Britain. On the issue of self-determination, the Select Committee took the view that reform of the Constitution of Gibraltar should also bring about the decolonization of the territory through the exercise of the right of self-determination by the people of Gibraltar. The Select Committee recommended on page 3 of the report that a further preambular paragraph be added to the existing preamble indicating that the people of Gibraltar had accepted the new Constitution in an act of self-determination, namely a referendum'. The Committee felt that doing so would facilitate the process of Gibraltar's delisting from the UN list of non-self-governing territories. See UK's Fourth Periodic Report to the UN Human Rights Committee in terms of the ICCPR UN Doc E/C.12/4/Add.5. The author has the Gibraltar Constitution Order 2006 dated 14 December 2006 and the dispatch from the Foreign and Commonwealth Office dated 28 December 2006 on file.

240 Paragraph 5 of the Dispatch dated 28 December 2006.

241 Ibid

242 See fourth period report of the United Kingdom to the UN Human Rights Committee in 2000, UN Doc E/C.12/4/Add.5 and report to the Special Committee of 24 (Decolonization) dated 8 April 2004 UN Doc. A/AC.109/2004/7.

principles of the Charter of the UN, and specifically with paragraph 6 of the General Assembly Resolution 1514 (XV)' <sup>243</sup>

As is evident from several reports to the UN Special Committee of 24 (Decolonization), the matter is yet to be finalised. <sup>244</sup> The UK continues to allocate a lot of resources to Gibraltar to ensure that the island community on this non-self-governing territory remains viable. <sup>245</sup>

The July 2008 UK Foreign Affairs Committee Report on Overseas Territories demonstrates that Gibraltar and the UK remain at odds on Spain's right of first refusal.<sup>246</sup> The UK regards this as a condition to a change of sovereignty over Gibraltar while population of Gibraltar argues that it has already exercised its right of self-determination by way of self-government as evidenced by the 2006 Constitution of Gibraltar. Politicians in Gibraltar hold the view that the Treaty of Utrecht only gives Spain the right of first refusal but does not require the consent of Spain before the population of the territory could be allowed to self-govern. They argue alternatively that if this right of first refusal means that Spain could indeed 'veto' their decision to pass under British sovereignty, they would never, as a 'people' of Gibraltar, support any position to allow Gibraltar to pass under Spanish sovereignty. Their view is that based on the 2006 Constitution allowing them self-government, Gibraltar is no longer a colony. These views are shared by both the Chief Minister of Gibraltar, Peter Caruana, QC and Leader of the Opposition Joe Bossano. <sup>247</sup> The UK has extended the European Treaty to Gibraltar through the United Kingdom Accession Act. Gibraltar is a member of the European Economic Community since 1973. Gibraltar is not represented in the UK Parliament.

## *B The Falkland Islands (Malvinas)*

The Falkland Islands, which Argentina refers to as Malvinas, provides a more stark contrast in the manner in which the UK has protected a population descended from British settlers compared to the way in which it has dealt with the population of the Chagos Archipelago comprised mainly of former Africa slaves. <sup>248</sup> The UK reported to the UN Special Committee of 24 (Decolonisation) that the population of Falkland Islands

---

243 Ibid.

244 See among other reports A/AC.109/2004/7.

245 Ibid.

246 Seventh Report on 2007 –8 of the House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories, 18 June 2008 HC147 II published on 7 July 2008 Ev 28 House of Commons, United Kingdom 2008.

247 Ibid.

248 J, Madely, '*Paradise Lost: Diego Garcia: a Contrast to the Falklands*', 1982 Minority Rights Group Report and Roberto C Laver, '*The Falklands/Malvinas Case* Martinus Nijhoff 2001 . See also note 216 above.



(Malvinas) numbered just over 2000 people in the year 2000.<sup>249</sup> This has not changed much in recent years.<sup>250</sup> The size of the population is similar to that of the people of the Chagos Archipelago at the time of their forcible removal from the islands in the late 1960s and early 1970s. Further, the issues concerning the Falkland Islands (Malvinas) and the Chagos Archipelago were discussed by the UN at the same time in the early 1960s. The response of the UK government officials to enquiries from the UN regarding Gibraltar was inconsistent in relation to their approach on the rights of the population of the Chagos Archipelago.

The record of the meeting of the UN General Assembly Special Committee on Decolonisation that took place on 16 November 1965 shows the inconsistency of the UK Government in its handling of matters concerning the Falkland Islands (Malvinas) compared to how it addressed the Chagos Archipelago. During sessions of the Special Committee on Decolonisation at which the Chagos Archipelago was also discussed, the UK argued that the citizens of the Falkland Islands (Malvinas) have a right to determine their future, which right could not be taken away or exercised by anyone on their behalf, not even by the UN.<sup>251</sup>

British officials were critical of the representative from Argentina, whom they claimed had not paid adequate attention to the interests and wishes – the two being inseparable—of the inhabitants of the Falkland Islands (Malvinas) who, although stemmed from an immigrant community, were genuine, permanent inhabitants who had no other home but those islands. The UK further stated that although the people of the Falkland Islands (Malvinas) wish for normal, friendly relations with Argentina, they did not wish to sever their connections with the UK.<sup>252</sup> We have shown that the UK has deliberately created a fiction that there was no permanent population on the Chagos Archipelago and the Chagossian people had only been transient labourers working on the copra plantations.

British officials were even more vocal on the right of the people of the Falkland Islands (Malvinas) to decide their own future, stating that their interests and wishes were central to the UK's attitude towards the Territory. They argued that Argentina could not decide for the people of the Falkland Islands (Malvinas) on the issue of sovereignty, nor could the UK, or even the UN. The UK asserted that it was for the people themselves to judge

---

249 Fourth Periodic report submitted by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in terms of articles 16 and 17 of the ICCPR, UN E./C.12/4/Add.5 dated 4 July 2000 at page 41.

250 See report of the UN Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, dated 20 May 2003, A/AC.109/2003/17 at page 3.

251 UN General Assembly, 20th session of the Fourth Committee, 16 November 1965 at paragraph 80.

252 Paragraph 87.

where their interests lay.<sup>253</sup> A month later, on 16 December 1965, the General Assembly of the UN passed Resolution 2065 (XX), entitled the 'Question of the Falkland Islands (Malvinas)'<sup>254</sup> inviting the government of Argentina and the UK to find a peaceful solution to the problem.

Prior to the Constitution of Gibraltar of 2006, the Constitution of the Falkland Island (Malvinas), drafted by the UK, used to be the only constitution of a non-self-governing territory that made explicit reference to the UN Charter. Reports of the UN Special Committee of 24 (Decolonization) indicate that Argentina continues to contest sovereignty over the Falklands Islands (Malvinas).<sup>255</sup> Each year on 10 June the government of Argentina issues a press statement commemorating 'the establishment of the Political and Military Command of the Malvinas Islands and the Islands adjacent to Cape Horn in the Atlantic Ocean in accordance with the decree of the Interim Governor of Buenos Aires Province, Brigadier General Martin Rodriguez, in 1829.'<sup>256</sup> The statement asserts:

'Since the start of its existence as an independent nation, the Argentine Republic has demonstrated, through actions of the Government, the firm political determination to exercise effective sovereignty over the southern territories and marine areas inherited from Spain.

That effective exercise of sovereignty was interrupted on 3 January 1833 when British forces occupied the Malvinas Islands, expelling the Argentine inhabitants and authorities established there. Since then Argentine citizens have been prevented from freely settling or owning land in those territories.

---

253 Paragraph 92.

254 1389th plenary meeting of the General Assembly, 16 December 1965. Resolution 2065 (XX) , entitled Question of the Falkland Islands states: The General Assembly,

*Having examined* the question of the Falkland Islands (Malvinas),

*Taking into account* the chapters of the reports of the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples relating to the Falkland Islands (Malvinas), and in particular the conclusions and recommendations adopted by the Committee with reference to that Territory

*Considering* that its Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 was prompted by the cherished aim of bringing to an end everywhere colonisation in all its forms, one of which covers the case of the Falkland Islands (Malvinas)

*Noting* the existence of a dispute between the Governments of Argentina and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning sovereignty over the said Islands,

1. *Invites* the Governments of Argentina and the United Kingdom of Northern Ireland to proceed without delay with the negotiations recommended by the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples with a view to finding a peaceful solution to the problem, bearing in mind the provisions and objectives of the Charter of the UN and of the General Assembly resolution 1514 (XV) and the interests of the population of the Falkland Islands (Malvinas).

2. *Requests* the two Governments to report to the Special Committee and to the General Assembly at its twenty-first session on the results of the negotiations.

255 See among other reports A/AC.109/2003/17 at page 4.

256 Ibid.

The people and Government of Argentina never consented to that act of force, and today, as in the past, they reaffirm their constant and unwavering determination to regain the exercise of sovereignty over the Malvinas, South Georgia and South Sandwich Island and the surrounding marine areas through the peaceful means of diplomatic negotiations in accordance with the many appeals made by the international community.

Argentina's claim has traditionally been supported by the countries of our region and by major international organizations, including the General Assembly of the UN and the General Assembly of the Organization of American States. These forums have repeatedly called upon the Governments of Argentine Republic and the UK to resume negotiations in order to resolve the sovereignty dispute definitively and in a peaceful manner.

On this important occasion, the Argentine Government reaffirms its constant readiness with a view to engage in dialogue with the United Kingdom in order to resume negotiations with a view to finding, as soon as possible, a just and definitive solution to the unresolved sovereignty dispute.<sup>257</sup>

UN General Assembly Resolution 2065 (XX) and 3160 (XXVIII) recognise that a colonial situation exists in the Falklands Islands (Malvinas). The General Assembly of the Organization of American States (OAS) adopted a Declaration on the Question of the Malvinas Islands on 4 June 2002 in which it welcomed the diplomatic efforts by both Argentina and the UK to seek a negotiated settlement to the dispute and the constructive approach by the government of Argentina regarding the interests of the inhabitants. The Heads of State and Government of the Ibero-American countries also support the effort to find a peaceful settlement to the sovereignty dispute, in line with the provisions of the Charter of the UN, including the principle of territorial sovereignty. The governments of Antigua and Barbuda, Bolivia, Brazil on behalf of members of the Common Market of the South (MERCOSUR), Chile, Cuba, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezuela, China, Fiji, Indonesia, Russian Federation, Iraq, and Sierra Leone have made representations at the Special Committee of 24 (Decolonization) in support the right of Argentina in the sovereignty dispute with the UK.<sup>258</sup>

---

257 Ibid.

258 See among other report of the Special Committee of 24 (Decolonisation), A./AC109/1999/1, A/AC109/2003/17, A/AC109/2004/12 and report of the UN Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples to the General Assembly, dated 15 July 2005, supplement 23 A/60/23.

Argentina has formally laid a complaint to the UN Secretary General in which it rejected the White Paper adopted by the UK Government entitled 'Partnership for Progress and Prosperity: Britain and Overseas Territories' in so far as it makes reference to the Falkland Island (Malvinas).<sup>259</sup> Argentina stated that this violates its territorial integrity since the Falklands Islands (Malvinas) are part of its national territory. The UK responded by stating that it 'has no doubt about its sovereignty over the Falklands Island (Malvinas), South Georgia and South Sandwich Islands and the surrounding areas.'<sup>260</sup> Although Argentina considers British sovereignty over the Falkland Islands (Malvinas) as a colonial situation that violates its territorial integrity and had in 1982 unilaterally assumed sovereignty over the territory by military occupation, it now intends to recover the islands, together with South Georgia and South Sandwich islands, through the peaceful means of diplomatic negotiations. It does however point out that the passage of time after the British occupied the territory in 1833 does not weaken its claim, which it considers as just. Argentina continues to assert that it recognises the interest of the inhabitants of the Falkland Islands (Malvinas), even though they are descended from British colonists.

The UK continues to assert sovereignty over the Falklands Island (Malvinas) by among other activities commemorating the death of British soldiers in the 1982 military conflict that followed Argentina's unilateral declaration of sovereignty over the territory. Tony Blair, the British Prime Minister at the time, delivered a New Year message to the Falkland Island (Malvinas) on 20 December 2002 in which he stated:

'This year in particular has provided an opportunity for remembrance of all who lost their lives in the [Falklands] conflict. The commemoration events have touched many on the islands and beyond, culminating in the Duke of York's recent visit and his personal gesture of reconciliation...

The Falklands have a bright future. This year the international community has seen that the Falklands is a prosperous, vibrant and self-confident community. Your new Governor has spoken of an entrepreneurial spirit in the islands – of new opportunities, and of young people eager to return after completing their education in the UK. You recognise the importance of economic diversification...'<sup>261</sup>

---

259 The document was attached the UN report to the Special Committee of 24 (Decolonisation) A./AC109/1999/1.

260 This was by way of a letter to the UN Secretary General. See UN Doc A/57/700.

261 UN report to the Special Committee of 24 (Decolonisation) A/AC109/2003/17 at page 5.

The statement asserts further, in apparent reference to the right of the population of the Falkland Islands (Malvinas) to self-determination that:

'The UK's relations with Argentina are good and we continue to work to improve them. I therefore hope that practical cooperation and mutual understanding between the Falklands and Argentina can be further developed where this is in the interests of the Islands and in accordance with the wishes of the people.'<sup>262</sup>

Consistent with this approach, the British representative to the UN stated on 8 November 2000:

'We have a duty to respect and defend the right to self-determination of the people of the Falkland Islands. The elected representatives of the islanders have once again expressed their views clearly when they visited the UN for this year's debate in the [Special] Committee of 24 on 11 July (2000). They asked the Committee to recognise that they, like any other democratic people, were entitled to exercise the right to self-determination. They reiterated that the people of the Falkland Islands wanted to remain British and did not want to be part of Argentina'<sup>263</sup>

When exercising its right of reply on the issue of the Falkland Islands (Malvinas) at the 13<sup>th</sup> plenary meeting of the UN General Assembly on 17 September 2002, the UK stated:

'...We fully support the right of self-determination, as set out in paragraph 2 of Article 1 of the Charter of the UN and paragraph 4 of the UN Millennium Declaration, and we remain committed to the right of the people of the Falklands Islands to determine their own future. There will be no change in the sovereignty of the Falklands Islands unless the islanders wish it.'<sup>264</sup>

Argentina takes the view that the UK has implanted its settler populations onto the Falkland Islands (Malvinas) and cannot use their presence on the territory as qualification for them to exercise the right of self-determination. The Falkland Islands (Malvinas) has extended several invitations to the UN Special Committee of 24 (Decolonisation), including as recently as the summer of 2005, to undertake a visiting mission to the territory. The Special Committee is yet to honour this invitation. Perhaps they are hesitant to draw criticism from Argentina, considered a friend of the Committee, who might view the mission as an endorsement of the British claim of sovereignty to the territory. Gibraltar has also extended several invitations to the UN Committee of 24 (Decolonization) to undertake a visiting mission to its territory.

---

262 Ibid.

263 Ibid.

264 UN Doc A/57/PV.13.

The Queen of the UK is the head of State in the Falkland Islands (Malvinas). A Governor and Deputy Governor –who also serves as the First Secretary-, are appointed by the UK Government to be responsible for the government of the Falklands Islands (Malvinas). Local government is undertaken by the Falklands Island Government (FIG). The size of the population of the territory is small but similar in size to the BIOT standing at about 3 000 people. There is no political party system but independent community representatives are appointed onto the Legislative Council of the FIG. The Falkland Islands (Malvinas) is currently undergoing the process of constitutional amendment. The process is run by the Select Committee on the Constitution. The current constitution was adopted in 1985. The Falkland Islands (Malvinas) is self-supporting, the fishing industry being the main contributor to the economy, contributes 55 % of the Gross Domestic Product (GDP).

Scholars like Rudolf Dolzer have called for an objective assessment of the current legal situation of the Falkland Islands (Malvinas) against the practice of the UN. He casts into doubt the assertion of the right of self-determination by or on behalf of its population.

‘The claim that the population of the Falklands (Malvinas) enjoys a right to self-determination cannot be said to objectively have an effect different from any other incorrect legal contention put forward by a State which asserts its national interests and in doing so finds itself acting contrary to the rules of international law. Therefore it must be concluded that the right to self-determination as applied to particular legal and factual circumstances that prevail in relation to the Falkland Islands (Malvinas) does not operate to set aside the rights of Argentina as the legitimate territorial sovereign.’<sup>265</sup>

The issue remains about the legitimacy of colonial powers continuing to hold on to colonial possessions in the post-colonial era.<sup>266</sup> If it is accepted that self-determination applies to Gibraltar and Falklands Islands (Malvinas), they must be offered a wide range of options like independence and maintaining links with the UK. This choice must be offered not once but on a regular basis.<sup>267</sup> The UK must allow the international community to scrutinize and monitor the manner in which the wishes of the people of the territory were ascertained. It must also enable Argentina and Spain to participate in some way in the consideration of the interests and concerns of the relevant population.

---

265 Rudolf Dolzer, *The Territorial Status of the Falklands (Malvinas): Past and Present*, at page 190.

266 Stephen Allen, note 78 at page 469.

267 Rodolfo Stavenhagen argues that the right to self-determination will not be worth much if it is a right that can be used only once, as if it is consumable. See Rodolfo Stavenhagen, *Self-Determination, Right or Demon*, at page 2.

**CHAPTER 3                      APPLICATION OF THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION TO THE CHAGOS MATTER**

The Chagossians are a 'people' of a non-self-governing territory. In accordance with the provision of the 1970 Declaration on Friendly Relations they retain a separate and distinct legal identity from Mauritius and the UK.<sup>268</sup> While the term 'people' is not defined, it is a well-established rule of international law that people under colonial rule are entitled to the right of self-determination. The development of the principle of self-determination and international norms governing human rights have changed the traditionally held view that only sovereign States possess legal rights and duties under international law.

'Peoples' are now legal subjects and enjoy the right of self-determination. During the decolonisation era the 'people' could be represented by national liberation movements that were granted international status under the UN system as the true representatives of the 'people' claiming the right of self-determination. The liberation movements that were recognised by the UN were those representing people still under colonial domination and were therefore not yet sovereign States. South Africa was regarded as a case of 'colonisation of a special type' by the UN since the liberation movements were not fighting for decolonisation but rather for the end of an authoritarian racist regime. Once granted international status the liberation movements could enter into agreements with other States and international organisations. These agreements were regarded as treaties thus implying that the liberation movements enjoyed (limited) international legal personality.

The matter of Palestine and East Timor pose the problem of the right of self-determination belonging to a people whose territory is occupied by a foreign power. In the matter of the occupied Arab territories it would appear that the basis for right of the Palestinian people to self-determination is foreign occupation by the State of Israel, as per the Vienna Convention that expanded the category of people who could claim self-determination. East Timor used to be occupied by Indonesia prior to its attainment of independent Statehood in 2002 after a period of direct administrative and judicial control by the UN.

In the matter of the BIOT the question does not arise whether the claim of the Chagossian people to the right of self-determination is based on principles other than

---

268 Declaration on the Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625(XXV), 24 October 1970.

those applicable to the rights of colonised peoples. The Chagossians are a colonised people living in enforced exile. They have consistently expressed the wish to return to their territory. Apart from political acts like undertaking hunger strikes and picketing in both Mauritius and London, they have tenaciously mounted a legal challenge in both UK and US courts claiming both compensation for their forcible removal and the right to return.

In the London High Court case of *Bancoult* (2) the Chagossians raised the issue that customary international law, which includes the right of self-determination, as distinct from treaties, is part of the common law of England and therefore of the BIOT. Once he had ruled to review the power of the Queen to enact the 2004 Orders in Council, Judge Hooper chose not to deal with the issue of customary international law and the right of the Chagossian people to self-determination.<sup>269</sup>

Notwithstanding the controversy of whether the consent of the Mauritian politicians at the time of the dismemberment of Mauritius to establish the BIOT was freely given, the people of Chagos Archipelago were neither consulted nor informed that from 8 November 1965 their territory would have a new name and that it would soon be used to establish a US military base for which they would have to permanently give way and thereby become citizens of Mauritius, a country that had until then only been a place to which they went for medical care and for holidays. There was therefore no opportunity afforded to them in any way, let alone by way of a referendum or a plebiscite, to enable them freely to express their genuine consent over the change in the political status of their territory or homeland or their permanent removal from the territory. The UN was not afforded the opportunity to participate in this process either.

### **Section I: Establishment of the BIOT and forced exile of the Chagossian People**

The BIOT was established as a brand new colony on 8 November 1965 for the sole purpose of establishing a US military base on the main island, Diego Garcia. The US government insisted that the military base be free of any civilian population. The UK government achieved this by creating a fiction that there was no permanent population on the territory and proceeded to forcibly remove the Chagossians, who continue to live in enforced exile in Mauritius and Seychelles to this day. We will show later that after the House of Lord, being the highest court in the UK, decided in *Bancoult* (4) to deny the Chagossians their right to return they are approaching the European Court to adjudicate

---

269 *Bancoult* (2) at paragraph 108.



on the matter.<sup>270</sup> It remains to be seen if they will manage to convince the European Court to exercise jurisdiction on the matter. The UK and the US remain opposed to the Chagossians returning to their territory.

*Paragraph 1 Establishment of US military base on Diego Garcia*

The Chagos Archipelago is almost equidistant from Mauritius and Seychelles, located about 1200 to 1300 miles (about 2000 kilometres) north east of Mauritius in the Indian Ocean.<sup>271</sup> It comprises 54, 400 kilometre squared of ocean and 60 kilometres squared of dry land. It is made up of 65 small islands, the biggest and better known of which is Diego Garcia, which is 18 kilometres squared. The others are Egmont or Six Islands, Peros Banhos, Salomon Islands, Trois Frères, Danger Island and Eagle Island. The location and relative isolation of the Chagos Archipelago is what made it strategically important for military purposes, for it is almost equidistant to Africa, Indian, Australia and the Arabian Gulf.<sup>272</sup>

At the time of its establishment in 1965 the BIOT was comprised of the Chagos Archipelago and islands from Seychelles namely Aldabra, Farquhar and Desroches islands. When Seychelles gained independence in 1976 she was given back her islands thus making the BIOT to be comprised solely of the Chagos Archipelago.

The choice of Diego Garcia followed a broad strategy of the US to 'stock pile' remote and sparsely populated islands for military purposes. Diego Garcia represented entry by the US into the Indian Ocean. Its long standing close cooperation with the UK, coupled with the UK colonial rule over Mauritius and Seychelles ensured that the people of the territory could be dispensed with relatively easily.

*A Exchange of Notes between the UK and the US*

The first and significant recorded agreement between the UK and US Governments was entered into in London on 30 December 1966. Entitled the 'Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the USA concerning the Availability for Defence Purposes of the BIOT',<sup>273</sup> the agreement provided that the BIOT, comprising of the islands of Diego Garcia and the

---

270 *Chagos v UK*, application number 35662/04 quoted by Stephen Allen *International Law and the Resettlement of the (Outer) Chagos Islands*, Human Rights Law Review (2008) 8:4 at page 687.

271 The more precise distance is 1174 miles and therefore 1920 kilometres north east of Mauritius in the Indian Ocean. See map depicted by Richard Edis: *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia* Bellew Publishing Company Ltd 1993.

272 Ibid.

273 Treaty Series (United States of America) no 15 (1967), Cmnd 3231.

remainder of the Chagos Archipelago, and the islands of Aldabra, Farquhar and Desroches, would be made available for defence purposes of both the governments. The UK Government would retain sovereignty over the BIOT and make the defence facilities available to the US Government without charge. The two governments contemplated that the BIOT would remain available for their defence purposes for an indefinitely long period, starting with a period of 50 years that could be extended for another 20 years, unless there was notice of termination not less than two years before the end of the first 50 years.<sup>274</sup> They also agreed that economic activity on the islands would cease and that the inhabitants of the islands would have to be resettled.<sup>275</sup>

In June 1965 the two governments agreed in principle on how the joint defence facility in the Indian Ocean would be financed. The agreement was to the effect that both governments would contribute towards the cost of establishing the facility. Monies would be advanced for acquisition of the land on which the 'facility' would be built and payments would be made to the governments of Mauritius and Seychelles for the

---

274 The relevant parts of the text of the Exchange of Notes dated 30 December 1966, the confidential Agreed Minute of December 1966 and further Notes exchanged in 1972 and 1976 states:

'By an Exchange of Notes on 30 December 1966 between the UK and US Governments concerning the Availability for Defence Purposes of the islands of Diego Garcia and the remainder of the Chagos Archipelago, and the islands of Aldabra, Farquhar, and Desroches constituting the [BIOT], herein referred to as 'the Territory' it was agreed that:-

- (1) The Territory shall remain under the United Kingdom sovereignty.
- (2) Subject to the provisions set out below the islands shall be available to meet the needs of both Governments for defence. In order to ensure that the respective US and United Kingdom defence activities are correlated in an orderly fashion:
  - (a) In the case of the initial US requirements for use of a particular island the appropriate governmental authorities shall consult with respect to the time required by the United Kingdom authorities for taking those administrative measures that may be necessary to enable any such defence requirements to be met.
  - (b) Before either Government proceeds to construct or install any facility in the Territory both Governments shall first approve in principle the requirements for that facility, and the appropriate administrative authorities of the two Governments shall reach mutually satisfactory arrangements concerning specific areas and technical requirements for respective defence purposes.
  - (c) The procedure described in sub-paragraphs (a) and (b) shall not be applicable in emergency circumstances requiring temporary use of an island or part of an island not in use at that time for defence purposes provided that measures to ensure the welfare of the inhabitants are taken to the satisfaction of the Commissioner of the territory. Each Government shall notify the other promptly of any emergency requirements and consultation prior to such use by the US Government shall be undertaken as soon as possible.

(11) The US Government and the United Kingdom Government contemplate that the islands shall remain available to meet possible defence needs of the two Governments for an indefinitely long period. Accordingly, after an initial period of 50 years this Agreement shall continue in force for a further two years before the end of the initial period, either Government shall have given notice of termination to the other, in which case this Agreement shall terminate two years from the date of such notice.'

275 A confidential Agreed Minute of December 1966 states:

'In the course of discussions leading up to the Exchange of Notes of 30 December 1966, constituting an Agreement between the Governments of the United Kingdom and the US concerning the use of the islands in the [BIOT] for defence purposes the following agreement and understandings were reached:

With reference to paragraph (2)(a) of the Agreement, the administrative measures referred to are those necessary for modifying or terminating any economic activity then being pursued in the islands, resettling any inhabitants, and otherwise facilitating the availability of the islands for defence purposes.'

excision of their territories to set up the joint UK/US facility as well as for their role in assisting with the resettlement of the population away from the territory. The Government of Mauritius would receive a sum of 3 million pounds sterling while Seychelles would have a civil airfield costing a similar amount constructed at its capital, Mahé. A further sum of money would be paid to Mauritius as compensation and for the resettlement of the Chagossian population in both Mauritius and Seychelles. Monies paid over to the UK Government would be disguised so as not to attract attention of the US Congress. These details are contained in the memo by Anthony Greenwood, UK Secretary of State for Colonies at the time, in a written briefing to the British Prime Minister on 5 November 1965.<sup>276</sup> The memo emphasised that it was important to the US that its role is kept strictly secret.<sup>277</sup>

### *B Why a military base without a permanent population*

The US military base on Diego Garcia is unique in the sense that it is without a permanent civilian population. This is a consequence of deliberate actions on the part of the US and UK Governments to secretly depopulate the Chagos Archipelago. It is worth looking at how Diego Garcia was chosen and why. David Vine asserts that the US Navy '[looked] for some islands in the Indian Ocean to set up a military base and [found] Diego Garcia'.<sup>278</sup>

As indicated above, the US kept islands acquired during the Spanish-American War as 'spoils of war'. After World War II it used the so-called 'Strategic Island Concept' to acquire even more small and remote islands for the purpose of gaining or consolidating military influence over vast areas.<sup>279</sup> The main purpose was to put Soviet influence under check during the Cold War. The current network of about 1000 US military bases and installations around the world constitutes a less conspicuous tool of domination in this post-colonialism era.<sup>280</sup> The periodic display of military might allow the US to 'keep wayward nations within the rules of an economic system most favourable to the US'.<sup>281</sup> Apart from the use of foreign military bases, the US uses the financial markets to maintain world domination.<sup>282</sup>

---

276 The author has a copy of the memo on file.

277 Affidavit of Peter John Westmacott, current Director of the UK Foreign and Commonwealth Office, 25 August 1999 number CO/3775/98 used as part of the pleadings in the case of *Chagos Islanders*.

278 David Vine, *War and Forced Migration in the Indian Ocean* at page 124.

279 David Vine, *Island of Shame*, at page 56.

280 David Vine, *War and Forced Migration in the Indian Ocean*, at page 124.

281 Ibid.

282 Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 477.

The Strategic Island Concept argued for the 'stock-piling' of strategically located and remote islands that were sparsely populated, mainly by people of non-European descent, free from political rule by newly independent African or Asian States.<sup>283</sup> It took US officials from Navy, Pentagon and Air Force about 20 years to discuss it among themselves and finally convince the US Congress agree to the establishment of the US military base on Diego Garcia. The military and navy officials initially misled the US Congress about the intention to establish a fully fledged military base, calling it a 'communications centre' among many disguises.

The UK officials had deliberately misled US officials into believing that the Chagos Archipelago did not have a permanent population. Once this misrepresentation was uncovered, the US officials paid scant if any attention to this fact, regarding it as a 'nitty gritty' of the entire deal. Some former high ranking military and navy officials have since suggested that human rights were not a concept known or let alone applied by the military in the 1960s.<sup>284</sup> They still believe however that the US military base on Diego Garcia is 'indispensable' because of its 'unparalleled strategic nature'.

The Report of the UK House of Commons Foreign Affairs Committee, in January 1998 entitled 'Dependent Territories Review: Interim Report, Supplementary Memorandum by the Foreign and Commonwealth Office states the reason for denying the Chagossian people the right to return as follows:<sup>285</sup>

#### Current Position

There are both legal and pragmatic difficulties in permitting the Ilois to return to live on the outer islands of the BIOT.

1. First, a 1966 Agreement between Britain and the US makes provision for the whole Territory to be made available to meet the possible defence needs of both Governments until, at least 2016.
2. Secondly, there is no prospect of re-establishing the copra plantations on any commercially viable scale. The plantations were already becoming untenable in the 1960s before their final closure in the early 1970s.
3. Thirdly, there is no infrastructure on the outer islands to support a settlement.
4. The Secretary of State made these points to Prime Minister Ramgoolam when they met in October. Given that it is now some 30 years since the Ilois left the

---

283 David Vine, *Island of Shame* at page 56.

284 We will see in the 'conclusions' chapter that the initiator and the brains behind the 'Strategic Island Concept', Stu Barber, has prior to his death expressed a view that the depopulation of the Chagos Archipelago was not necessary for military purposes and that he believes that the Chagossians ought to be compensated for the forcible removal. See David Vine *Island of Shame* at page 197.

285 Dated 21 January 1998, Appendix 18 at page 80.

Territory and most would have little memory of life there, the Secretary of State concluded that the only viable prospect for the remaining Ilois was better integration into Mauritian life.

5. In the same meeting, the Secretary of State stressed that there was nothing to prevent Ilois working on Diego Garcia as part of the contractor workforce to the US military. On the contrary, the contractors had been actively seeking to employ more Mauritians, Ilois or otherwise.

There are several factual and legal problems with this memorandum:

1. The 1966 agreement between the UK and the US to make the territory available for the construction of the military base was in violation of the rights of the Chagossians.
2. Although the copra plantations were the main source of revenue prior to their forcible removal from their territory, there is no reason why other economic activities could not be developed;
3. There was infrastructure on all islands prior to their removal. Such infrastructure was deliberately abandoned and destroyed prior to their expulsion.
4. International law, particularly ILO Convention 169 of 1989 and the 2007 UN Declaration of the Rights of Indigenous People prohibit forcible integration and assimilation of indigenous people.
5. Prior to 2008, contractors working on Diego Garcia applied a policy of refusing employment to Chagossians. Only three Chagossians have since 2006 been employed on the islands as stone masons.

While the US shared the desire to safeguard western interests by balancing Soviet interests in the Indian Ocean, prior practice had not been to establish military bases free of a civilian population. The question becomes what informed the decision to seek island military bases free of a permanent civilian population? The US Department of State has recently described the rationale for Diego Garcia remaining without a permanent civilian population thus:

'It has been suggested that military bases in Europe function close to civilian population centers, and hence the facilities on Diego Garcia could do so as well. This assertion misses several points. Diego Garcia's desirability as a location for such varied past and future military operations hinges on the combination of its strategic location and isolation, which is unique among operating locations around the world. The settlement of a permanent civilian population on the islands of the Chagos archipelago, even those at some distance from Diego Garcia, would seriously diminish that isolation and as a consequence erode the island's nearly

unparalleled strategic importance. If a resident population were established on the Chagos archipelago, that could well imperil Diego Garcia's present advantage as a base on which it is possible to conduct sensitive military operations that are important for the security of both our governments but that, for reasons of security, cannot be staged from bases near population centers.

Settlements on the outer islands would also immediately raise the alarming prospect of the introduction of surveillance, monitoring and electronic jamming devices that have the potential to disrupt, compromise or place at risk vital military operations. In or near population centers in Western Europe or the US, efforts by other States or hostile organisations to introduce and employ surveillance, monitoring and electronic jamming devices close to a military base carry a considerable risk of discovery, if only because of the large number of people in the surrounding area. By contrast, the return of small and scattered populations onto islands of the archipelago would make introduction and use of such devices possible with much less risk of discovery because this would occur in an isolated and undeveloped area. In this connection, we note that the largest of the outer islands, the Peros Banos (sic) and Salomon atolls, are located only about 140 miles north of Diego Garcia- a location quite well-suited for monitoring military movements from Diego Garcia in reaction to any Persian Gulf or other contingency.

We have other serious concerns as well. Introduction of settlements on the outer islands of the archipelago would put facilities on Diego Garcia more easily within potential reach of hostile States or terrorists operating by boat. As you know, the potential danger from such an attack on the 21 prepositioned ships located at Diego Garcia would be very serious. For the first time in the history of our military cooperation on Diego Garcia, significant personnel and other assets would be required solely for the purpose of protecting the forces, materials, and facilities located there. Initiation of such requirements on the islands would, beyond the considerable expense for both our governments, possibly entail reconfiguration of base facilities and potential limitations on a number of activities and operations.

In addition, in the event of hostilities during which Diego Garcia and other islands of the archipelago were attacked, the US would not be in a position to ensure safety and welfare of any resident civilian population on the outer islands. At the

same time, however, your Government's need to provide for their protection or rescue in these circumstances could well require diversion of forces from the island, complicating and possibly impeding fulfillment of other critical missions.

Finally, the suggestion that commercial or touristic projects on the outer islands could be implemented and kept viable without ties to Diego Garcia, its airport, and its other infrastructure and services appears to us very questionable. It strikes us as highly doubtful that the outer islands could support a resident civilian population and be developed economically without access to an international airport. Use of the military facility on Diego Garcia for this purpose, however, cannot be contemplated.

Nor, in the unlikely event that an international airport were built on one of the outer islands to support limited touristic activities, could the sensitive military facility at Diego Garcia serve as a backup airport. In this connection, you will recollect that applicable agreements between our governments restrict civilian aircraft from using military airfields in the Chagos archipelago, except in exceptional circumstances and under such terms and conditions as may be defined by the two governments. Moreover, the medical, resupply, and communications infrastructure on Diego Garcia would also not be available for any touristic activities in the outer islands or indeed for any of the other practicable sources of back-up supplies and services for the nearby civilian population is one of the most telling factors distinguishing the situation on the military facility on Diego Garcia from US bases in the United Kingdom.

In addition, it is important to consider the impact of military requirements on the viability and future of any settlement. The needs of naval forces to operate through numerous and changing shipping lanes could at any time conflict with plans to base a settlement's economy on fishing or tourism. Furthermore, currently unforeseeable circumstances could require the future use of the outer Chagos islands for defense purposes. In considering the impact of such a situation on a settlement, it is useful to recall that the 1966 Exchange of Notes stipulates that the archipelago shall be available to meet the defense needs of both nations as they arise.

In sum, our view is that any settlement of a resident civilian population even on the outer islands of the archipelago would significantly degrade the strategic importance of a vital military asset unique in the region to both our governments. Such a step would necessitate a serious re-evaluation of current and future US defense plans involving the island as well as US strategic planning more generally. I certainly hope this can be avoided.’<sup>286</sup>

Subsequent to the 11 September 2001 terrorist attacks in the US and prior to the passing of the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council, Mr Lincoln P. Bloomfield Jr, the US Assistant Secretary of State for Political-Military Affairs wrote to Mr Robert N. Culshaw, the Director of the Americas and Overseas Territories, Foreign and Commonwealth Office as follows:

‘The discussions that you and our respective colleagues have had over the past several months have included consideration of issues related to joint facilities on Diego Garcia in Chagos Archipelago. The consideration explained in the letter of June 21, 2001 from Eric Newsom, my predecessor as Assistant Secretary of State for Political-Military Affairs, to your predecessor have become even more cogent due to the significant events transpiring after that letter was written. The use of the facilities on Diego Garcia in major military operations since September 11 2001, has reinforced the US’ interest in maintaining secure long-term access to them. The United States has an interest in preserving the security of the Archipelago and in protecting Diego Garcia’s strategic value.

Diego Garcia is a vital and indispensable platform for global US military operations as demonstrated by the important role it played for US and coalition forces in Operations Enduring Freedom and Iraqi Freedom, as well as by its continuing role in the Global war on Terrorism. The Chagos Archipelago’s geographic location, isolation and uninhabited State make it unique among operating bases throughout world. Our government’s facilities on Diego Garcia have exceptional security from armed attack, intelligence collection, surveillance and monitoring and electronic jamming.

We believe that an attempt to resettle any of the islands of the Chagos Archipelago would severely compromise Diego Garcia unparalleled security and

---

<sup>286</sup> Copy of the letter from the Assistant Secretary of State for the Political Military Affairs at the US Department of State, Mr Eric Newsom, to Mr Richard Wilkinson, Director for America at the British Foreign and Commonwealth Office, dated 21 June 2000. The letter was used as part of the bundle of document in the *Chagos Islanders*.



have a deleterious impact on our military operations, and we appreciate the steps taken by Her Majesty's Government to prevent such resettlement. A decline in Diego Garcia's military utility would have serious consequences for our shared defense interests. Your actions to prevent resettlement anywhere in the Chagos Archipelago have safeguarded our ability to conduct current and future military operations from the islands in support of our national security objectives.

I appreciate Her Majesty's Government's sensitivity to our common defense and security imperatives and look forward to continuing our excellent cooperation on the matter.<sup>287</sup>

The passage below suggests that the Chagossians, whose only known homeland until the early 1960s was the Chagos Archipelago, ought to have received a different treatment compared to the one they have been subjected to. It says:

'One of the ideas underlying legal sovereignty is the principle that members of a certain cultural group - a nation- have a privileged relationship with a certain territory. The 'homeland' of each nation is defined by its history, its literature, its music and its arts and it provides - or promises - members of the nation a special place of belonging. It is because of this special relationship that they claim the right to live in their homeland and to travel around it, and -through their State - the right to set the terms under which others can gain entry into it.'<sup>288</sup>

### C *Seychelles and Mauritius agreed to excision of their territories*

Prior to 1903 Seychelles, the island of Rodriguez as well as the Oil Islands that were comprised of Agalega Island, the Archipelago of Cargados Carajos (St Brandon) and the Chagos Archipelago were all dependencies of Mauritius, managed from Mauritius through stipendiary Magistrates who paid visits once a year, if at all.<sup>289</sup> The UK separated Seychelles from Mauritius and turned it into a separate colony through the Letters Patent of August 1903. Mauritius gained independence from the UK in 1968. Seychelles in turn gained its independence from the UK in 1976. Prior to granting Mauritius and Seychelles independence, the UK made the two countries agree to give up part of their territories to set up the BIOT on 8 November 1965. By 1965 some African countries like Ghana had already gained their independence and several others were due to be granted independence.

---

287 Quoted by Lord Justice Hooper in *Bancoult* (2) at paragraph 96.

288 Ross Poole, *Nation and Identity* Routledge 1999 at page 127.

289 Robert Scott: *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies*, supra. See also Monique Dinan, *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000*.

The assent of the Government of Seychelles to the arrangements was obtained from its Executive Council. The 'in principle' assent of Mauritius was obtained at the Mauritius Constitutional Conference held at Lancaster House, London, on 23 September 1965 where discussions concerning the imminent independence of Mauritius were held. Those present were Mauritius Premier, Mr Ramgoolam as well as Messrs Bissondoyal and Mohamed. They agreed with the proposals by the UK Government and undertook to recommend it to their colleagues. Mauritius politicians had agreed with the proviso that should the need for the facilities on the Chagos Archipelago no longer arise the islands would be returned to Mauritius. It appears that politicians from opposition parties in Mauritius did not object to the excision of the Chagos Archipelago as such but had been unhappy with the amount of compensation offered by the UK Government as consideration for the excision. In particular, they wished that over and above the 3 million pounds sterling offered there should have also been more sugar quotas in favour of Mauritius.<sup>290</sup>

#### *D BIOT established on 8 November 1965*

On 4 November 1965 the Mauritius Council of Ministers ratified the agreement of 23 September 1965 between the UK Secretary of State for Colonies, Mr Anthony Greenwood, and Mauritius Premier and two of his Ministers.<sup>291</sup> On 5 November 1965 the Government of Mauritius sent telegram 247 to the UK Secretary of State for Colonies, Mr Anthony Greenwood, informing him of the outcome of the meeting of the Council of Ministers on 4 November 1965.<sup>292</sup> On 8 November 1965 the Queen assented to the (BIOT) Order in Council at Buckingham Palace<sup>293</sup> creating BIOT and detaching the Chagos Archipelago from Mauritius. The creation of the BIOT therefore took place less than two months after the Mauritius Constitutional Conference on 23 September 1965 at Lancaster House in London, United Kingdom, and barely four days after the Council of Ministers in Mauritius ratified the agreement for independence 'subject' to the excision of the Chagos Archipelago to create the BIOT.<sup>294</sup>

Section 3 of the 1965 BIOT Order states:

---

290 Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly Port Louis, Mauritius June 1983 Appendix P at page 63. Appendix P is an extract from the Minutes of Proceedings of the Meeting of the [Mauritius] Council of Ministers held on 5 November 1965

291 Ibid, Appendix M at page 59.

292 Ibid, Appendix P at page 62.

293 S.I 196571920 (1965 III p. 5767); Amendment Order (1968) S. I 1968 111 (1968 1 p. 304).

294 In 1983 the government of Mauritius set up the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago from the territory of Mauritius following some controversy in Mauritius concerning the matter. This controversy continues to this day with Mauritius appearing before several UN forums to reclaim the Chagos Archipelago as part of its territory.

'As from the date of this Order-

1. The Chagos Archipelago, being islands which immediately before the date of this Order were included in the dependencies of Mauritius, and
2. The Farquhar Islands, the Aldabra Group and the Island of Desroches, being islands which immediately before the date of this Order were part of the Colony of Seychelles,

Shall together form a separate colony which shall be known as the BIOT'

The BIOT Order in Council of 1965 was enacted pursuant to royal prerogative and the Colonial Boundaries Act, 1895 whose section 1 states:

'1 Alternation of Boundaries of colony

When the boundaries of a colony have, either before or after the passing of this Act, been altered by Her Majesty' the Queen by Order in Council or letters patent the boundaries so altered shall be, and be deemed to have been from the date of alteration, the boundaries of the colony.

Provided that the consent of a self-governing colony shall be required for the altering of the boundaries thereof.

In this case 'self-governing colony' means any of the colonies specified in the schedule to this Act.

The Schedule to the Act states the Self-Governing Colonies as: Canada, New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, Western Australia, Tasmania, New Zealand, Cape of Good Hope and Natal. It would appear that the consent of Mauritius, Seychelles nor the Chagos Archipelago was not required for the alteration of their territories to establish the BIOT.

Between January and April 1967 the UK Government bought the Chagos Archipelago from the Chagos-Agalega Co Ltd, and leased them back to the company subject to 6 months notice.<sup>295</sup> The ownership of land was passed through the 1967 BIOT Ordinance 1 of 1967 enacted on 8 February 1967 and BIOT Ordinance 2 of 1969 enacted on 22 March 1967. All land in the BIOT became Crown land in 1983 with the enactment of the Acquisition of Land for Public Purposes (Repeal) Ordinance of 1983.<sup>296</sup>

---

295 *Bancoult (2)* paragraph 47.

296 *Bancoult (2)* at paragraphs 40 – 42.

The BIOT Administrator paid his first visit to the Chagos Archipelago and new population statistics produced, which showed there was a permanent population of the Chagossian people on the islands dating back a number of generations. In January 1968 Paul Moulinié, an owner of the Chagos-Agalega Co Ltd, had his niece, Marcel Moulinié, managed the copra plantations on behalf of the BIOT.

*E Mauritius gained independence in 1968*

The BIOT (Amendment) Order <sup>297</sup> of 26 January 1968 amended the 1965 BIOT Order, correcting certain inaccuracies in the description of several of the islands. These related to the descriptions of the Aldabra Group and Trios Frères to become Three Brothers. Mauritius gained independence in June 1968 following the Mauritius Constitutional Conference held at Lancaster House in London on 23 September 1965, the BIOT having been established on 8 November 1965.

*F Construction of US military 'facility' on Diego Garcia begins*

The UK and US governments entered into another agreement on 24 October 1972 for construction of a 'limited naval communications facility' on Diego Garcia for the purpose of providing a link in US defence communications and improve the communications support in the Indian Ocean for ships and State aircraft of either of the two governments.<sup>298</sup> The facility was to consist of 'transmitting and receiving services, and anchorage, airfield, associated logistical support and supply and personnel accommodation.'<sup>299</sup> The facility was later developed into a support facility of the US Navy as per the agreement entered into on 25 February 1976 by both governments.<sup>300</sup> Both the 1972 and 1976 agreements contained a clause stating that when the use of the defence facility was no longer required the two governments would attempt to restore the three islets at the mouth of the lagoon to their original condition, but none were under any obligation to provide funds for this purpose.<sup>301</sup>

---

297 S.I. 1968/111.

298 Treaty Series (United States of America) no 126 (1972), Cmnd 5160.

299 Ibid.

300 Treaty Series (United States of America) no 19 (1976), Cmnd 6413.

301 Cmnd 5160 and Cmnd 6413, at paragraph 8.

### G *Seychelles gained independence in 1976*

On 28 June 1976 a BIOT Order was passed revoking the 1965 BIOT Order establishing the BIOT comprising of the Chagos Archipelago and islands belonging to Seychelles and the 1968 BIOT Amendment Order.<sup>302</sup> The purpose was to return the islands of Aldabra, Farquhar and Desroches to Seychelles. This was to give effect to the agreement that Seychelles would regain her islands upon independence. The 1976 BIOT Order also designated an official from the Foreign and Commonwealth Office in the UK as the Governor of the BIOT. Prior to that the BIOT Commissioner had been resident in Seychelles and served as its governor. After the return of the islands belonging to Seychelles the Chagos Archipelago became the only part of the BIOT.

### H *UK Government denied it had dismembered Mauritius*

On 10 November 1965 the UK Secretary of State answered a Parliamentary Question in London to the effect that with the agreement of the Governments of Mauritius and Seychelles 'new arrangements for the administration of certain islands were introduced by an Order in Council made on the 8<sup>th</sup> November.... The islands will be called the BIOT and will be administered by a Commissioner. It is intended that the islands will be available for the construction of defence facilities by the UK and US Governments... Compensation will be paid as appropriate'.<sup>303</sup> On the same day the UK Chief Secretary's Office in Port Louis, Mauritius, released a media statement quoting verbatim the reply to the Parliamentary Question answered by the Secretary of State for Colonies in London. Interestingly, the media statement says the following about the Chagossian people living in the Chagos Archipelago at the time: 'The population of the Chagos Archipelago consist, apart from civil servants and estate managers, of *a labour force*, together with their dependents, *which is drawn from Mauritius and Seychelles and employed on the copra plantations*'.<sup>304</sup> (Emphasis added)

The UN General Assembly, at its plenary meeting of 16 December 1965 passed Resolution 2066 (XX) of 1965 (Mauritius) that the dismemberment of Mauritius to establish a military base was in contravention of Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. The relevant part of the UN General Assembly Resolution 2066 (XX) of 1965 (Mauritius) states:

'The General Assembly,

---

302 S.I. 7/1976 BIOT Order 1976.

303 Report of the Select Committee Appendix P at page 63.

304 Ibid Appendix U at page 68.

*Noting with deep concern that any step taken by the Administering Power to detach certain islands from the Territory of Mauritius for the purposes of establishing a military base would be in contravention of the Declaration [of the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples] and in particular of paragraph 6 thereof.'*

At the time of enacting the 1965 BIOT Order in Council establishing the BIOT, the UK Government decided that there should be minimal publicity concerning the establishment of a brand new colony in the era of decolonisation. In 1971 it also decided that 'the [1971 Immigration] Ordinance would be published in the BIOT Gazette, which has only limited circulation both here and overseas, after signature by the Commissioner. Publicity will therefore be minimal.'<sup>305</sup>

### *Paragraph 2 UK was aware of a permanent population on Chagos Archipelago*

The UK wished to conceal to the UN and the outside world the fact that it had forcibly removed and exiled an entire permanent population from the Chagos Archipelago to the Seychelles islands and Mauritius. By 1964 both the US and UK officials were aware that there was a permanent population living on the Chagos islands for a number of generations. They had decided to undertake a joint survey of the islands to establish how many people inhabited the islands, for how long and what rights they might have to 'belonging' to the territory and therefore what responsibility might lie on the UK to report to the UN Special Committee of 24 (Decolonisation) as per UN Charter obligations. The UK Defence and Overseas Policy Committee decided at its meeting on 12 April 1965 to hold talks with the governments of Mauritius and Seychelles about the proposed joint UK/US defence 'facilities' in the Indian Ocean. Negotiations were to be kept secret until the US Congress allocated funds for the 'project.'

On 21 December 1965 the Premier of Mauritius announced the undertaking by the UK Government to meet full costs of resettling 'Mauritians at present living in Chagos.' Between January and December 1966 there were discussions within UK Government concerning the Chagossians on Chagos Archipelago to be treated as other than 'permanent residents' so as to avoid reporting obligation under Article 73e of the UN

---

<sup>305</sup> *Ex Parte Bancoult*] *The Queen v Secretary for the Foreign and Commonwealth Office* Neutral [2000] EWHC Admin 413 [2001] QB 1067 - referred to as [*Bancoult (1)*] in this study- at paragraph 19. In a similar approach of dealing with the Chagos matter in secret, the UK government resorted to using the 'archaic' measure of passing Orders in Council, namely the 2004 BIOT Constitution Order in Council and the 2004 BIOT Immigration Order in Council on 10 June 2004 to nullify the 3 November 2000 judgement of the Divisional Court of the High Court of Justice in *Bancoult (1)* thereby effectively exiling the Chagossian people. Members of Parliament and the public were only informed on 15 June 2004 that the Orders in Council had been passed on 10 June 2004 to nullify the outcome of the 3 November 2000 in *Bancoult (1)*.

Charter. The 1964 survey report by Robert Newton also dealt with what rights the inhabitants of the territory might have. The BIOT Commissioner wrote to the UK Secretary of State for the Colonies copied to the Governor of Mauritius on 28 March 1966 under the heading 'Status of Inhabitants and Immigration Legislation, BIOT' as follows:

'2. On the subject of the non-Seychellois I speak without firsthand knowledge, for in the absence of a ship at my disposal, I have not yet had an opportunity to visit the Chagos. I note that Mr Newton considers that all the non-Seychellois there may legitimately be classed as Mauritians and it may be that the Governor of Mauritius will feel able to share this view. My own impression, based largely, I admit, on hearsay but also on some written evidence, is that there are in Diego Garcia some people who, by normal standards, would be classed as 'belongers' of the Territory. In paragraph 26 of his report Mr Newton puts the number of people who 'might be accepted as Ilois' at 80 adults and 154 children, and of these at least 20 adults (and presumably many of the children) had never left Diego Garcia and 'could really be regarded as having their permanent homes on the islands.

3. It seems to me that the problem, if there is one, is created by the Ilois- or at any rate the more insulated of them. I do not mean by this that there should be any serious difficulty about their resettlement. But, seeing that the object of the exercise is to avert criticism by the UN, is there not some risk that, if these permanent or semi-permanent residents are now treated as 'belongers' of Mauritius, we may fail to achieve our object, since the whole operation may take on the appearance of a sham?' <sup>306</sup>

The US and UK had undertaken a joint survey of the islands in 1964, compiled by Robert Newton. Further surveys were undertaken in 1966 and 1967. They revealed that there were some 434 Chagossians who were at least second generation on the territory and some 345 who were at least third generation inhabitants of the Chagos Archipelago. <sup>307</sup>

' There are now about 829 people in the Chagos Archipelago, of whom about 359 live on Diego Garcia itself and the remainder on the two other inhabited atolls of Peros Banhos and Salomon. Of the total, 386 are dual citizens of the United Kingdom and Colonies and of Mauritius (they are called Ilois). *As far as we know, neither the Ilois themselves nor the Mauritius authorities are aware of their dual*

---

306 The letter was used as part of the bundle of documents in the case of *Chagos Islanders*.

307 Affidavit by Charles John Branford White, Commissioner for the BIOT, in *Chagos Islanders*.

*nationality*. There are also 35 citizens of Mauritius, and 408 citizens of the UK and Colonies from Seychelles.<sup>308</sup> (Emphasis added)

After surveys of the population of the Chagossian people living in the Chagos Archipelago, the Commissioner for the BIOT submitted the draft Ordinance to the Secretary of State on 2 March 1967 indicating that the surveys showed there were 563 Ilois people living on Diego Garcia, Peros Banhos and Salomon Island. The minute accompanying the draft Ordinance addressed the issue of the rights of the Ilois people living on the Chagos Archipelago for some generations as follows:

'I think it is arguable that they can, for although they have been on Chagos for a long time, they have lived there only at the sufferance of the owners of the islands and could at any time have been sent back to Mauritius if no longer wanted in connection with the estate. They have never on the past had any right to reside permanently in Chagos.'<sup>309</sup> (Emphasis in original)

This approach of reducing the public law rights of the people to reside in the Chagos Archipelago to an issue of whether or not they had any property rights there was also followed by Justice Ouseley in the case of *Chagos Islander v Attorney General Her Majesty's BIOT Commissioner*.

Some of the UK officials realised the problem of arguing that the issue was one of purely private law rights of ownership of land within the Chagos Archipelago. For example, the Officer Administering the Government of Mauritius pointed out in a letter to the UK Secretary of State dated 29 September 1967 that the issue was whether they were 'belongers' of the Chagos Archipelago.<sup>310</sup> Despite this advice, the UK Foreign Secretary briefed the British Prime Minister on 25 July 1968 that the position of the Chagossian people was that they were not owners of any immovable property in the Chagos Archipelago and hence 'it can be contended that no one has any right to reside permanently on the islands...'<sup>311</sup>

By the time that the plans to enact the 1971 Immigration Ordinance were advanced, the officials in the UK Government knew beyond doubt that there was a permanent population in the territory going back many generations in the Chagos Archipelago. UK officials were not ambiguous about the purpose of enacting the 1971 BIOT Immigration Ordinance. Mr Aust, at the time the UK Foreign Office legal adviser, wrote on 16 January

---

308 *Bancoult (1)* at paragraph 14.

309 *Ibid.*

310 *Bancoult (1)* at paragraph 14.

311 *Ibid.* This approach is very similar to the one used by the apartheid government in South Africa when it dispossessed millions of Africans of land and rendering them homeless in their own country.



1970 to provide advice on whether the draft Immigration Ordinance should be enacted and how. He states:

'Purpose of Immigration Ordinance

- (a) To provide legal power to deport people who will not leave voluntarily;
- (b) To prevent people from entering; and
- (c) To maintain the fiction that the inhabitants of Chagos are not a permanent or semi-permanent population.'<sup>312</sup>

He was clear that the policy to pass the Chagossian people as if they were not a permanent population of the Chagos Archipelago was a 'fiction', which needed to be maintained if the UK Government was to succeed in passing them off as such. His memo further states as follows:

'Maintaining the fiction

As long as only part of the BIOT is evacuated the UK Government will have to continue to argue that the local people are only a floating population. This may be easier in the case of the non-Chagos part of BIOT...where most of the people are Seychellois labourers and their families. However, the longer that such a population remains, and perhaps increases, the greater the risk of our being accused of setting up a mini-colony about which we would have to report to the UN under Article 73 of the Charter. Therefore strict immigration legislation giving such labourers and their families very restricted rights of residence would bolster our argument that the territory has no indigenous population.'<sup>313</sup>

Prior to the enactment of the 1971 BIOT Immigration Ordinance the following decision was made in a minute of June 1966 to remove the issue from the purview of the UN Special Committee of 24 (Decolonisation):

'The [Colonial Office] wish to avoid using the phrase 'permanent inhabitants' in relation to any of the islands in the territory because to recognise that there are permanent inhabitants will imply that there is a population whose democratic rights will have to be safeguarded and which will therefore be deemed by the UN Committee of Twenty Four to come within their purview. ...

---

312 *Bancoult (1)* at paragraph 18.

313 *Ibid.*

It is ... of particular importance that the decision taken by the Colonial Office should be that there are no permanent inhabitants in the BIOT. First and foremost it is necessary to establish beyond doubt what inhabitants there are at present in the islands, how long they have been resident there and whether any were born on the islands. Subsequently it may be necessary to issue them with documents making it clear that they are 'belongers' of Mauritius or Seychelles and only temporarily resident in the BIOT. This device, though rather transparent, would at least give us a defensible position to take up in the Committee of Twenty Four... It would be highly embarrassing to us if, after giving the Americans to understand that the islands in BIOT would be available to them for defence purposes, we then had to tell them that they fell within the perview (sic) of the UN Committee of Twenty Four.'<sup>314</sup>

UK officials provided the following advice to their Prime Minister in the late 1960s concerning the fate of the people of the Chagos Archipelago who were about to be forcibly removed from their homeland. The memorandum states:

'11. It is implied in this objective, and recognised at the time, that *we could not accept the principles governing our otherwise universal behaviour in our dependent territories, e.g., we could not accept that the interests of the inhabitants were paramount and that we should develop self-government there.* We therefore consider that the best way in which we can satisfy these objectives, when our action comes under scrutiny in the United Nations, would be to assert from the start, if the need arose, that this territory did not fall within the scope of Chapter XI of the UN Charter'<sup>315</sup> [Emphasis added by Justice Laws in *Bancoult* (1)]

The case *Bancoult* (1) discussed at length the processes leading up to the establishment of the US military base at Diego Garcia and top secret discussions that took place between officials of both the UK and US governments. These discussions strongly support the argument that from the beginning the officials in both governments realised that what they were proposing was unprecedented and would have far-reaching consequences on the lives and rights of the Chagossian people. They were however at the same time not too concerned about such consequences. The policy of creating and maintaining a 'fiction' about the non-existence of a permanent population on the Chagos

---

<sup>314</sup> Quoted in *Bancoult* (1) at paragraph 7. The author has this minute on file. This approach is similar to what the apartheid government in South Africa did when it seriously restricted the movement of Africans in the country to ensure that cheap and abundant labour was available for the gold and diamond mines as well as the farms. Africans had to produce documents called 'trekpasses' on demand or be subject to imprisonment or forced labour. See Maureen Tong, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*, Commission on Restitution of Land Rights, 2002.

<sup>315</sup> *Bancoult* (1) at paragraph 14.

Archipelago supports the view that the population was seen as 'dispensable'. Outright racist statements like 'Man Fridays' and 'Tarzans' were made in reference to members of the Ilois community, which underlines the argument that what was done to the Chagossian people has a lot to do with racism. No other group in similar circumstances has been subjected to the severe human rights abuses that the Chagossian people continue to suffer today. Although the financial settlement given was highly inadequate, the US government has however acknowledged political responsibility for the forcible removal and devastation to the health of the people and the environment in the Marshall Islands following the nuclear testing programme there.

The US and UK are yet to acknowledge that what was and continues to be done to the people of the Chagos Archipelago is unlawful and unjust. The treatment of the Chagossian people stands in stark contrast with the approach of the UK Government in relation to territories like the Falkland Islands (Malvinas), which are occupied by white British settlers. The Permanent Under-Secretary of the UK Government said the following in a note dated 24 August 1966:

'We must surely be very tough about this. The object of the exercise was to get some rocks which will remain ours; there will be no indigenous population except seagulls who have not yet got a Committee (the Status of Women Committee does not cover the rights of Birds)',<sup>316</sup> (Emphasis in original)

To this note is scribbled a note by Mr Greenhill who said:

'Unfortunately along with the Birds go some few Tarzans or Men Fridays whose origins are obscure, and who are being hopefully wished on to Mauritius etc. When that has been done I agree we must be very tough and a submission is being done accordingly.'<sup>317</sup>

#### *A First phase of depopulating the Chagos Archipelago*

By 1965 UK officials had become concerned about how to get rid of the permanent population on the Chagos Archipelago and had been discussing the need for an immigration ordinance to achieve this purpose. It was at this time that officials of the UK Government devised a non-legislative means to achieve the depopulation of the islands. There were attempts to entice the Chagossian people to travel to Mauritius on vacation or to seek medical attention, as was normal practice at the time. The means of transportation was by boat provided by the UK Government or its agents on the islands.

---

316 Quoted in *Bancoult* (1) at paragraph 7.

317 Ibid.

Sometime in 1967 and certainly in March 1968 two boatloads of copra plantation workers from the Chagos Archipelago, which included some of the Ilois people, arrived in Port Louis in Mauritius from Chagos Archipelago on the ship M.V 'Mauritius'. This was a voluntary trip similar to many that the people living and working on the Chagos Archipelago would undertake for purposes of taking a vacation or to seek medical attention.<sup>318</sup> When the Chagossians tried to return to the Chagos Archipelago after this trip they were refused return passage. Olivier Bancoult, born in Peros Banhos in 1964 who is now the Chairman of the Chagos Refugees Group (CRG), the applicant in the *Bancoult (1)* and *Bancoult (2)* court cases, and respondent in the *Bancoult (3)* and *Bancoult (4)* cases had travelled with his family to Mauritius during that time to seek medical attention for his younger sister. His family was refused return passage to the Chagos Archipelago and has never been able to return to live there.<sup>319</sup>

This period represents the first phase of depopulating the Chagos Archipelago. From July 1968 there was increasing concern about the plight of the Chagossian people stranded in Mauritius without a place to live, their possessions or money.<sup>320</sup> Despite concern about the 100 Chagossian families stranded in Mauritius, the scheme for returning them from Mauritius to Chagos Archipelago was abandoned in November 1968.<sup>321</sup> On 5 July 1968 the UK Prime Minister was informed that subject to approval by the US Congress, the US government would proceed with an 'austere communications facility' at Diego Garcia. By this time the US officials were gaining confidence about their ability to proceed with the project to build the military facility on Diego Garcia.

## *B Second and final phase of depopulating the Chagos Archipelago*

On 21 April 1969 the UK Prime Minister, the Chancellor of the Exchequer and the Secretary of State approved the policy of clearing the Chagossian people entirely from Chagos Archipelago in view of the US position on possible future use of Peros Banhos and Salomon islands.<sup>322</sup> The US government informed the UK Government that it needed Diego Garcia evacuated by July 1971.<sup>323</sup>

---

318 *Bancoult (2)* at paragraph 47.

319 On 15 March 2006 the Governments of Mauritius and the UK arranged for 150 Chagossians to undertake a visit to the islands in the Chagos Archipelago, excluding Diego Garcia.

320 See also newspaper report by David Ottaway in the *Washington Post* entitled 'Islanders were Evicted for US Base, 9 September 1975 at A1 and one in the *Sunday Times* (London) 21 September 1975 entitled 'The Islanders that Britain Sold, at page 10; more recently the Opinion article by David Vine in *Washington Post*, 03 January 2007; and David Vine, *Britain's own Guantanamo*, Guardian on line, 28 July 2008.

321 *Ibid.*

322 See *Bancoult (2)* at paragraph 52

323 *Ibid.*

The US officials began experiencing some problems justifying their actions to the US Congress. While in December 1969 the US Congress had cut Diego Garcia from the budget of the 1970 financial year, in December 1970 it approved a budgetary allocation for 'austere naval communications centre' for the 1971 US financial year.<sup>324</sup> The 1971 BIOT Immigration Ordinance was enacted in April 1971. The forcible removal of the Chagossian people began in earnest from August to October 1971 when they were removed from Diego Garcia to make way for the construction of the military base. Some were sent to Mauritius, all others sent to Peros Banhos Island and Salomon Island. The BIOT Administrator visited Diego Garcia on 23 January 1971 and informed the UK Foreign Office that:

'On the 24<sup>th</sup> January [1971] I told all the inhabitants that we intended to close the island in July but, that for some time, we would be continuing to run Peros Banhos and Salomon and that we send as many people as possible from Diego Garcia to those two islands. This drew no comment from the Seychellois but a few of the Ilois asked whether they could return to Mauritius instead and receive some compensation *for leaving their 'own country'*. [I said] that our intention was to cause as little disruption of their lives as possible and that due to the difficulties of communications with Mauritius it would not be possible to arrange a return there until the middle of the year when the [ship] M.V. Mauritius would resume its calls at Mahé [the capital city of Seychelles].<sup>325</sup> (Emphasis added)

The BIOT Immigration Ordinance No 1 of 1971 was enacted on 16 April 1971 making it unlawful for anyone to be in the Chagos Archipelago without a permit, granting the BIOT commissioner powers to remove anyone who was in the territory without such a permit. Soon after that, in July 1971 the cargo ship *M.V Nordvaer* was used to transport the Chagossian people from Diego Garcia to Salomon and Peros Banhos islands in the Chagos Archipelago. Again in early September 1971 another ship, *Isle of Farquhar*, was used to transport Chagossian people from Diego Garcia to Salomon and Peros Banhos islands. Diego Garcia was finally evacuated of any Chagossian families by use of the ship *Isle of Farquhar* that landed at Mahé, Seychelles on 31 October 1971.<sup>326</sup>

Between January and September 1972 the UK negotiated with Mauritius about a resettlement scheme in favour of the Chagossian people. In September 1972 an agreement was reached between the two governments whereby the UK agreed to pay

---

324 Ibid. The US Congressional approval for the construction of the 'defence facility' on Diego Garcia was announced on 17 December 1970. See David Vine, *Island of Shame* at page 103.

325 Ibid.

326 *Bancoult (2)* at paragraph 59.

the Mauritius a sum of £ 650 000 for a pig breeding scheme to employ the Chagossians in discharge of its duty to resettle the Chagossian people in Mauritius.

In June 1972 the cargo ship *M.V Nordvaer* sailed from Peros Banhos and Salomon Islands to Mahé, Seychelles, with some Chagossian families.<sup>327</sup> Upon arrival in Seychelles, the Chagossians found no accommodation arranged for them, hence they had to be temporarily housed in a disused prison.<sup>328</sup>

The *M. V. Nordvaer* sailed again from Peros Banhos and Salomon islands to Mahé, Seychelles in November 1972, resulting in the closure of Salomon Island. The ship sailed from Peros Banhos to Mauritius on 27 April 1973 with some Chagossian families who upon arrival there found no accommodation and no means of livelihood. They refused to disembark as a result but were provided with temporary accommodation in the Dockers Flats in Port Louis, Mauritius. The final voyage of the *M.V. Nordvaer* took place on 26 May 1973 from Peros Banhos to Mauritius via Seychelles bringing the last of the population from the Chagos Archipelago. All the copra plantations were closed in the Chagos Archipelago following the final evacuation of Salomon and Peros Banhos.

### *C Laws used to depopulate the Chagos Archipelago*

As stated earlier, the BIOT was established by Order in Council on 8 November 1965. This Order made provision for the establishment of the office of the BIOT Commissioner who was to possess extraordinary legislative powers. Section 11 of the 1965 BIOT Order in Council provided that:

'(1) The [BIOT] Commissioner may make laws for the peace, order, and good government of the Territory, and such laws may be published in such a manner as the Commissioner may direct.

(2) Any laws made by the Commissioner may be disallowed by Her Majesty through a Secretary of State.

(3) Whenever any law has been disallowed by Her Majesty, the Commissioner shall cause notice of such disallowance to be published in such a manner as he may direct.

(4) Every law disallowed shall cease to have effect as soon as notice of disallowance is published as aforesaid, and thereupon any enactment amended or repealed by, or in pursuance of, the law disallowed shall have effect as if the law had not been made.'

---

327 *Bancoult* (2) at paragraph 63.

328 David Vine, *Empire's Footprints*, at page 35.

The first Ordinance passed by the newly constituted BIOT aimed at ridding the Chagos Archipelago of its permanent population was the 1971 Immigration Ordinance. Its specific purpose and effect was to render, by mere passage of the Ordinance, the continued presence of the Chagossian people in the only place they had ever known as home for more than a century to be unlawful and make them liable for deportation by the BIOT Commissioner.

The 1971 BIOT Immigration Ordinance was enacted with the very specific purpose of clearing the Chagos Archipelago of its permanent population. Section 4 of the 1971 Ordinance provided that:

'(1) No person shall enter the Territory or, being in the Territory, shall be present or remain in the Territory, unless he is in possession of a permit or his name is endorsed on a permit in accordance with the provisions of section 5 and 7 of this Ordinance respectively.

(2) The provisions of this section shall not apply to members of Her Majesty's Forces, or to persons in the public service of Seychelles or the Territory or in the service of Any of Her Majesty's Department of State, while on duty, or to such other person as may be prescribed.'

According to section 4, the Chagossians could only remain in the Territory if in possession of a permit.<sup>329</sup> Section 9 of the BIOT Ordinance makes contravention of the section 4 unlawful, thereby making the person not observing it guilty of an offence. It states:

---

329 There are striking similarities between what was sought to be achieved by the 1965 BIOT Order in Council as well as the provisions of the 1971 BIOT Immigration Ordinance and the approach taken by the Union of South Africa, a British colony formed in 1910, when it dispossessed the black majority of the South African population of land. The very first piece of legislation enacted by the Union of South Africa was the Natives' Land Act, 1913 (Act 27 of 1913). The passing of the Natives' Land Act, 1913 rendered millions of people of African origin landless overnight on the land of their forefathers by stipulating that they could not own land but could have access rights in the 'native' reserves especially created for this purpose. The rest of the land was set aside for private ownership by white colonists or placed in the ownership of the government. The Natives' Land Act, 1913 set the foundation for the land dispossessions that would become the cornerstone of the *apartheid* system of government. By the 1990s about 87% of the land suffice of South Africa was under the ownership and/or control of white minority while the black majority had access to only 13% of the land. Among many writings on this subject, Sol T. Plaatje, *Native Life in South Africa* Ravan Press 1982, Thomas Tlou and Alec Campbell, *History of Botswana* Macmillan Botswana 1986, Frank Welsh, *A History of South Africa*, Harper Collins, 2001, Edward Roux, *Time Longer Than Rope*, University of Wisconsin Press 1964, A. J. Van der Walt, & G. J. Pienaar, *Introduction to the Law of Property* Juta, 1996, *Association for Rural Advancement 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999* AFRA 1999, Geoff Budlender, Johan Latsky and Theunis Roux, *The New Land Law* 1998 Juta, Collin Bundy, *The Rise and Fall of the South African Peasantry* 1988 David Philip, Jabavu, D. D. T., *The Black Problem* The Book Department, Lovedale C. P., 1920, Tessa Marcus, Kathy Eales, Adele Wildschut, *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa* Land and Policy Centre (LAPC) Indicator Press University of Natal, 1996, S. E. M Pheko, *South Africa: A Betrayal of a Colonised People* ISAL Publications 1989, Maureen Tong, *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*, Commission on Restitution of Land Rights, 2002..

'(9) It shall be unlawful for any person to enter the Territory or to be present or to remain in the Territory in contravention of the provisions of section 4 of this Ordinance.'

Section 10 gives extraordinary powers to the BIOT Commissioner to remove and keep away from the Territory any person –the target of this Ordinance were the Chagossian people- whose presence is unlawful as per the provisions of section 4 of the Ordinance. Subsection 3 of section 4 gave the Commissioner the power to keep in custody any person facing removal. Section 4 provides:

'(1) The Commissioner may make an order directing that any person whose presence within the Territory is, under the provisions of this Ordinance, unlawful, shall be removed from and remain out of the Territory, either indefinitely or for a period to be specified in the order.

(2) An order made under this section shall be carried out into effect in such a manner as the Commissioner may direct.

(3) A person against whom an order under this section is made may, if the Commissioner so directs, while awaiting removal and while being conveyed to the place of departure, *be kept in custody*, and while so kept shall be deemed to be in lawful custody.' (Emphasis added)

It must be noted that by the time the 1971 BIOT Immigration Ordinance was enacted, a number of Chagossian people who had already travelled outside the BIOT voluntarily had been prohibited from returning from as early as 1964. This was achieved by refusing them to board any vessel from Mauritius bound for the Chagos Archipelago. The UK Government had had the responsibility of transporting the Chagossian people to and from the Chagos Archipelago. Vessels that travelled periodically to Mauritius and Seychelles were the only means of transport available to them. The BIOT owned the *M.V. Nordvaer* from 18 April 1968. It had been the practise for many years that the Chagossian people and other contract workers from either Mauritius or Seychelles would travel in this manner.

Once the 1971 BIOT Immigration Ordinance was passed any Chagossian person seeking re-entry, even in the most unlikely event of them having their own means of travelling to the Chagos Archipelago, would be prohibited by law from entering. Violation of section 9 would make them liable for removal and deportation to Mauritius, where all of them had unknowingly become citizens.



Until the *Bancoult* (4) decision in October 2008, the UK Government had never explicitly accepted that it 'removed' the Chagossian people from Chagos Archipelago and then precluded them from returning there. Instead it has kept up the line of denying that the Chagossian people had been a permanent population living on the Chagos Archipelago for several generations going back to the late 1770s. It has chosen to label them as contract workers of the copra plantations established there at the time. It therefore continued to deny responsibility for their resettlement and restitution. The Report of the UK House of Commons Foreign Affairs Committee, entitled 'Dependent Territories Review: Interim Report, Supplementary memorandum by the Foreign and Commonwealth Office' states:

'The Ilois

Background

The 'Ilois' are the *former contract workers* who worked on the copra plantations in the BIOT. They were *removed* from the Territory when the plantations were closed and the defence facility built, and now mainly reside in Mauritius.

The UK Government paid £ 650 000 to the Government of Mauritius in 1973 to help meet the cost of resettling the Ilois in Mauritius, and a further *ex gratia* payment of £ 4 million in 1982 into a specially set-up Ilois Trust Fund.'<sup>330</sup> (Emphasis added).

The 1992 Commonwealth Year Book states:

'The Chagos Islands were exploited for copra from the late eighteen century onwards. After emancipation in the nineteenth century some of the former slaves on the islands became *contract employees*, most of them coming from Mauritius. In 1965 therefore, there were *several generations* of people born in the Archipelago, mainly on Diego Garcia.'<sup>331</sup> (Emphasis added).

This statement is startling in suggesting that the former slaves simply became contract workers and not the free permanent inhabitants and citizens of the territory despite the fact that several generations had descended from the former slaves and had known no other home but the Chagos Archipelago for a period of just less than 200 years prior to their forcible removal. This is tantamount to suggesting that African Americans are not US citizens. Reference to 'most of them coming from Mauritius' is only intended to create confusion between the former slaves who had lived in the Chagos Archipelago for several generations and the contract workers who later came to work on the copra plantations.

---

330 Dated 21 January 1998, Appendix 18, at page 80.

331 *Commonwealth Year Book* 1992, at page 248.

At any rate a number of the contract workers from Mauritius had stayed on in the Chagos and became part of the broader Chagossian community, which had by 1965 become a distinct community with its language, culture and music. The 1992 Commonwealth Year Book also states that because they owned no property in the Chagos Archipelago, '*the workers* and their families had no legal right to remain [there].'<sup>332</sup> (Emphasis added).

The 1992 Commonwealth Year Book deliberately creates an impression that the Chagossian people 'chose to return' to Mauritius where they had close ties when the copra plantations were run down following the decision to make the Chagos Archipelago available to the US government for defence purposes and their purchase by the British Crown in 1967. The choice had clearly not been granted, nor could they 'return' to Mauritius when the BIOT was established. If it had in fact been true that they simply 'returned home' to Mauritius, there would have been no issue of them living in the docks without proper homes for many years. It is notable that no mention is made of those who were 'taken' to Seychelles and had to live in a disused prison facility due to lack of provision for their accommodation.

### *Paragraph 3: How the Chagos Archipelago was expropriated*

Chagossians had property rights on the Chagos Archipelago prior to their forcible removal and exile. Although did not have free hold ownership to their homes, there was a system of land tenure practised on the islands which may be termed 'communal tenure'. The company that was running the copra plantations on the islands recognized the 'use rights' that Chagossians held to the land on which they built their homes and establish vegetable gardens. The land would be passed on from one generation to the next. Chagossian children had a right to build their own homes close to the homes of their parents when they came of age. This form of land tenure was recognized by the UK Government on all its colonies. British law used what was termed the 'recognition principle' that recognized indigenous systems of law practiced by indigenous people of the territories that it colonized. The land claims and aboriginal title claims by indigenous people in former British colonies is based on this recognition that the colonial title to land did not override indigenous systems of land tenure. It can be argued therefore that the land tenure rights of the Chagossians, although not similar to British free hold rights, are valid property rights.

---

332 Ibid at page 428.

In the Court documents in *Chagos Islanders* the Chagossian people describe the form of land tenure on the Chagos Island before their removal as follows:

'Children lived with parents until they were 15 years of age. They chose a plot to build a house ....the administrator was informed and he recorded the plot where the house was and provided building materials. They were never prevented from taking land they chose nor did they need any permission. Usually a four bed roomed house, a vegetable garden, orchid and room for poultry and other animals such as goats and pigs. The right of occupation would pass from generation to generation by inheritance. A plot of land was usually 75 toises in area.'<sup>333</sup>

The UK first created and then used its power of expropriation in order to make it possible to use the land for the purposes of establishing the US military base on Diego Garcia. In 1967 it passed two Ordinances, through the BIOT Commissioner, in order to compulsorily acquire ownership of the land within the BIOT, which was at that time owned by the Chagos-Agalega Company Limited.

The first Ordinance was the BIOT Compulsory Acquisition of Land for Public Purposes Ordinance No 1 of 1967, passed on 8 February 1967, to provide the BIOT Commissioner with the power to compulsorily acquire (expropriate) land for 'public purposes'. The 'public purposes' in this instance referred to the defence purposes of the UK and the Commonwealth or other foreign governments in agreement with the UK.<sup>334</sup> The US was the direct beneficiary of this 'public purpose'. The second Ordinance, the BIOT Acquisition of Land for Public Purposes (Private Treaty) Ordinance No 2 of 1967, was passed on 22 March 1967. On 3 April 1967 the British Crown compulsorily acquired land in Diego Garcia, Peros Banhos, the Salomon Islands and other islands from the Chagos-Agalega Company Limited for an amount of 660,000 pounds sterling.<sup>335</sup> The land was not immediately used by the UK Government but was leased back to the Chagos-Agalega Company Limited on a six monthly basis. The lease continued for as long as it took the UK and US officials to receive approval from their political masters to proceed with the planned military base on Diego Garcia.

The BIOT Ordinance No 1 of 1967 and the BIOT Ordinance No 2 of 1967 defined 'public purpose' thus:

'Public purpose' includes the provision of defence and other necessary facilities for or on behalf of the United Kingdom Government or for or on behalf of any

---

333 *Chagos Islanders* at paragraph 14.

334 Paragraph 20.

335 Paragraph 21.

Commonwealth or foreign Government with which the United Kingdom has agreed to the provision of such facilities.’<sup>336</sup>

Ordinance No 2 of 1967 required no further proof that acquisition of land was a ‘public purpose’ as long as there was a declaration by the BIOT Commissioner that it was. Section 7 of Ordinance No 2 of 1967 provided:

‘A declaration in the instrument of acquisition that it was necessary or expedient to acquire the land for a public purpose or that the purpose for which the land was acquired is or was a public purpose shall be conclusive proof of the matters stated therein.’<sup>337</sup>

Like Ordinance No 1 of 1967, the BIOT Ordinance No 2 of 1967 provided a very wide discretion to the BIOT Commissioner to decide what constitutes ‘public purpose’. Section 3 of both Ordinances stated:

‘Whenever the Commissioner is satisfied that it is necessary or expedient to acquire on behalf of the Crown any land in the Territory for any purpose which in the opinion of the Commissioner is a public purpose ...’

The only difference between section 3 of Ordinance No 1 of 1967 and that of Ordinance 2 of 1967 is that Ordinance No 1 of 1967 provided for a ‘Form A’ notice that must be served on the owner while Ordinance No 2 of 1967 provided the Commissioner with the power to acquire the land ‘in accordance with the provisions of this Ordinance.’ The notices were to be gazetted only in Official Gazette of the BIOT and in a newspaper published and circulating in the Seychelles.<sup>338</sup>

Sections 5 and 6 of the BIOT Ordinance No 2 of 1967 sought to ‘extinguish’ any property rights that the Chagossian people or anyone else might have had in the Chagos Archipelago prior to the establishment of the BIOT. They stated

‘5. The land described in the Schedule of the instrument of acquisition shall ...vest absolutely and irrevocably in the Crown free from any mortgage, charges, interests or rights whatsoever of any interested party, except as may have been specially reserved in the aforesaid instrument.

6(1) The rights, interests, charges or mortgage of any interested party in and over the land thus acquired shall, upon such land vesting in the Crown, be related to the price stated in the instrument of acquisition which shall be deemed for all

---

336 The Ordinances were published in the BIOT Official Gazette.

337 Section 3 of the BIOT Private Treaty Ordinance No 2 of 1967 .

338 Paragraph 19 of *Bancoult (1)*. This was possibly in line with the policy to keep publication of the establishment of the BIOT and the US military base at Diego Garcia as minimal as possible. In 1965 the establishment of the BIOT was only published in the BIOT Official Gazette.

purposes to be the price agreed upon between the Commissioner and the owner or apparent owner of the land so acquired

6(2) Such price shall be distributed...'

Both Ordinances define 'interested party' as 'any person being an owner or co-owner of land that was the subject of acquisition under this Ordinance or having any right, beneficial interest, charge or mortgage in or over such land'. They define 'owner' to include 'a lessee, a *usufructuary* or any other person having a beneficial interest in the land.'

Section 5 of Ordinance No 1 of 1967 provided for claims to be lodged against the BIOT Commissioner if there was unhappiness with the price offered for the land. The only known private landowner of the land at the time was the Chagos- Agalega Company Limited hence the provisions of this section applied primarily to the company. Claims could only be lodged for a period of two months after the publication of the notice in the BIOT Gazette. Failure to lodge a claim within the stipulated period fixed the price as that offered by the BIOT Commissioner. Section 7 of the Ordinance provided for the establishment of a board of arbitrators to determine a price if a claim was lodged in terms of the Ordinance to contest the price offered for the land by the BIOT Commissioner.

Section 8 of Ordinance No 2 of 1967 gave the British Crown the right to use the land for any purpose that it deemed fit. It provided that 'land acquired under this Ordinance may be used for the public purpose for which it was acquired or, if no longer required for the purpose for which it was acquired, then for any other purpose and the Crown shall have the *absolute right* to use, dispose of or transfer such land in any way which to it may seem fit'. (Emphasis added)

This means that the land could be used for purposes other than the military base. So far the US government has only used a third of the land on Diego Garcia for the purposes of the US military base while rest the of the land in the outlying islands of Peros Banhos and Salomon Island remains unused. The land is apparently been used for scientific research purposes.

It was only in 1983 that all land in the BIOT became Crown land with the passing of the Acquisition of Land for Public Purposes (Repeal) Ordinance of 1983 that repealed both BIOT Ordinance No 1 of 1967 and BIOT Ordinance No 2 of 1967. The 1983 Ordinance declared that all land in the BIOT is Crown land.

The BIOT Order was amended on 28 June 1976 when Seychelles attained independence. This was to return to Seychelles her islands that were excised in 1965 to form BIOT. Common Article 13 of the 1976 BIOT Order and the 1981 BIOT Order (that came into operation on 28 June 1976 and 24 November 1981 respectively) states:

‘Subject to any law for the time being in force in the Territory and to any Instructions from time to time given to the Commissioner by Her Majesty under Her Sign Manual and Signet or through a Secretary of State, the Commissioner, in Her Majesty’s name and on Her Majesty’s behalf, may make and execute grants and dispositions of any lands or other immovable property within the Territory that may be lawfully granted or disposed of by Her Majesty.’

Article 14 of the 1981 BIOT Order amended the 1976 Seychelles (Constitution) Order to reflect the return of the islands of Aldabra, Farquhar and Desroches to Seychelles upon attainment of her independence in June 1976.

## **Section II BIOT is a non-self-governing territory**

The UK has consistently tried to avoid application of the principle of self-determination to the BOIT. On 2 February 1966 Mr Brown who had represented the UK at the session of the UN Special Committee (Decolonization) on 16 November 1965, gave the following advice to the UK Government while it was deciding how to address the issue of the Chagossians and whether the UK had an obligation to report to the UN about the territory:

‘6. On the basis of the information available it seems to us difficult to avoid the conclusion that the new territory [the BIOT] is a non-self governing territory under Chapter XI of the Charter [of the UN], particularly since it has and will or may have a more or less settled population, however small. We cannot disclaim [UN] Charter obligations to the inhabitants because they are not indigenous, since this would destroy our case on the Falklands and Gibraltar; nor apparently would the facts substantiate a plea that the inhabitants are permanent –even if (which is not necessarily the case) Chapter XI of the Charter were confined to permanent populations’ [underlining added by Judge Hooper in *Bancoult* (2).]

### *A Absence of a permanent population on BIOT*

The UK did not include the BIOT in its State Party Report to the UN Human Rights Committee in 2001 on account of lack of permanent population in the territory.<sup>339</sup> The Human Rights Committee did not accept this and ordered the UK government to submit information regarding the BIOT in its next report to the Committee. It also ordered the UK to make it possible for the inhabitants of the BIOT to exercise 'their right to return' to their territory. The Committee made the following concluding observations at its session on 8 November 2001:

'Although [the BIOT] was not included in the State Party's report (and the State Party apparently considers that, due to an absence of population, the Covenant does not apply to this territory), the Committee takes note of the State Party's acceptance that its prohibition on allowing the return of Ilois, who had left or been removed from the territory, was unlawful. The State Party should, to the extent still possible, seek to make exercise of the Ilois' right to return to their territory practicable. It should consider compensation for the denial of this right over an extended period. It should include the territory in its next periodic report.'

The Human Rights Committee took a similar approach in 2006. The absence of a permanent population in the BIOT should not affect its status as a non-self-governing territory and therefore the right of its people to exercise the right of self-determination. The absence of a permanent population in the BIOT is a result of the forcible removal of the population from the territory in the late 1960s and the early 1970s to make way for the US military base. The forcible removal and population transfer were in violation of Article 73 of the UN Charter and principles of international law that prohibit forcible transfer of populations.

The absence of a permanent population in the BIOT should not affect its status as a non-self-governing territory and therefore the right of its people to exercise the right of self-determination. The absence of a permanent population in the BIOT is a result of the forcible removal of the population from the territory in the late 1960s and the early 1970s to make way for the US military base. It is disingenuous that the UK would seek to rely on the absence of a permanent population on the territory as a reason for not observing its obligations under the UN Charter since it was responsible for the forcible removal. The forcible removal and population transfer were in violation of Article 73 of the UN Charter and principles of international law that prohibit forcible transfer of populations.

---

<sup>339</sup> See Concluding observations of the Human Rights Committee on 5 November 2001 contained in UN Doc CCPR/CO/73/UK/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1.

It was also in violation of municipal law, as evidenced by the 2000 *Bancoult (1)* judgement where the Divisional Court held that the BIOT Commissioner acted *ultra vires* his powers when he enacted the 1971 Immigration Ordinance and used it to exile the entire Chagossian population. The Court also held that the Chagossians were 'belongers' of the Chagos Archipelago and have a right of abode in the islands. On the same day of the judgment the UK Government enacted the 2000 BIOT Order, which allowed the Chagossians the right to return to the outer islands of the Chagos Archipelago. As we shall see below, this was however reversed by the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council.

The *Bancoult (2)* of 2006 judgement also held that royal prerogative could not be used to exile an entire population. It held further that the *Bancoult (1)* judgement had created a legitimate expectation on the part of the Chagossians that they would be allowed to return to the islands in the Chagos Archipelago, excluding Diego Garcia, where the military base is housed. The Court of Appeal held in *Bancoult (3)* in 2007 that royal prerogative does not go as far as to allow the Queen to forcibly exile an entire population. Court held finally that use of royal prerogative by the UK government to enact the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders amounted to an abuse of power. The argument that the BIOT is not a non-self-governing territory based on the absence of a permanent population therefore does not hold.

The House of Lords indicated in *Bancoult (4)* in 2008 that the UK Government recognizes that BIOT is a non-self-governing territory and that its population was displaced to ensure that the UK would not attract responsibilities for the their well-being in accordance with Article 73 of the UN charter. The court indicated that Article 73 required the UK to develop self-government on the territory. The majority judgement held however that the Chagossians do not have the right to the territory since the UK government does not want them to do so. It held that the principle of separation of power does not allow the courts to adjudicate on the appropriateness or otherwise of legislation on defence and foreign policy.

**B**      *BIOT is still under colonial rule by the UK*



The BIOT is still under colonial rule by the UK. It used to be termed a UK Dependent Territory. This has changed since all British colonies are now termed UK Overseas Territories (UKOT).<sup>340</sup> The relationship between the UK Government and the BIOT is regulated by the 1965 BIOT Order in Council, made under the Colonial Boundaries Act 1895 (and partly under royal prerogative) establishing the Territory. The UK Government is internationally responsible for the external affairs of the BIOT, including ensuring compliance with international treaties and other international obligations, which apply to the BIOT.

The UK Parliament retains ultimate authority to legislate for the UKOTs, and legislation applicable in the UK may be extended to UKOTs subject to adaptation and modification to suit local circumstances. *Bancoult (4)* held that the Queen can legislate for BIOT by decree because it is a ceded territory and not acquired by conquest. At the time of the establishment of BIOT in 1965 some African countries like Ghana, Burundi and Congo (Zaire) had already gained their independence and several others were due to be granted independence. Apart from the fact that by 1965 international opinion was firmly opposed to the setting up of new colonies in light of the decolonisation process that was being undertaken in earnest, the UN was deliberately not informed and misinformed about the establishment of the BIOT due to anxieties on the part of the UK officials that they would attract legal obligations to place the BIOT on the UN list of non-self-governing territories. Such a listing would require reports to be submitted to the UN Committee of 24 (Decolonisation) and efforts being made to assist the territory and its people to exercise to achieve self-government as an expression of their right to self-determination.

The UK still holds sovereignty over the BIOT, which it acquired through cession in terms of the Treaty of Paris of 1814. The principle of self-determination, as originally applied to colonised territories, should apply to the BIOT. However, the UK has not placed the BIOT on the UN list of non-self-governing territories, stating that since the territory does not have a permanent population it does not have an obligation to submit reports to the UN in terms of Article 73 of the UN Charter.

The record of the meeting of the Special Committee on Decolonisation that took place on 16 November 1965 indicates that when questions were raised about the BIOT, UK officials replied that the Chagos Archipelago were not inhabited by a permanent

---

340 The British Overseas Territories Act, 2002, has replaced the term 'Dependency' with the term 'Overseas Territory'. Other United Kingdom Overseas Territories (UKOTs) are Anguilla, Bermuda, British Antarctic Territory, British Virgin Islands, Cayman Islands, Falkland Islands, Gibraltar, Montserrat, Pitcairn, St Helena and Dependencies, South Georgia and South Sandwich Islands, Sovereign Base Areas of Cyprus, Turks and Caicos Islands.

population when the UK acquired the islands. The UK stated further that that when the BIOT was established in 1965 the islands had a population of less than 1500 people consisting mainly of labourers from Mauritius and Seychelles and their dependants.

*C Non inclusion of BIOT on the UN list of non-self-governing territories*

A question may be posed is whether the fact that the BIOT was never included on the UN list of non-self-governing territories affects the applicability of the principle of self-determination to the people of the territory. The answer is negative. The applicability of the principle, which has now become a binding rule of international law, does not depend on the inclusion of territories on the UN list of non-self-governing territories. The purpose of listing a territory as non-self-governing is in order to oblige the State holding power over such territory to report to the UN Secretary General regarding the measure it has taken to assist the inhabitants to attain self-government. Article 73e of the UN Charter requires such States to transmit regular reports to the Secretary General regarding socio-economic conditions in the territories, based on the 'sacred trust' that it holds over the inhabitants of the territory.

The UK used to submit reports to the Special Committee of 24 (Decolonization) with regard to Mauritius and Seychelles prior to them attaining independence in 1968 and 1976 respectively. On 16 November 1965 the UK deliberately withheld information from the UN that it had 'dismembered' Mauritius and Seychelles to create the BIOT. When specifically asked about the establishment of the BIOT, the UK stated that there was no question of splitting up natural territorial units of Mauritius and Seychelles. It stated that all that was involved was 'an administrative re-adjustment freely worked out with the governments of Seychelles and Mauritius, which included the appointment of a Commissioner to take over responsibility from the Seychelles and Mauritius'. UK officials also stated that great care would be taken to look after the welfare of the few local inhabitants affected by the 'administrative readjustments'. That was not to be. UK subsequently removed and exiled Chagossians from their territory by force.

The BIOT is a non-self-governing as per the 'definition' of such territories. Being placed on the UN list would accelerate the decolonization process. Listing is a procedural requirement so that the UN General Assembly may begin to debate the issue and take resolutions on how it should be resolved. The ICJ stated in the Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*, that only the General Assembly has the right to remove a territory from the list of non-self-governing territories. This does not mean that the principle does not apply to territories that were never included on the list. What

is required is to enable BIOT to be so included. Further, the ICJ has held that only the General Assembly may change the international status of a territory. No unilateral act of an administering power would have this effect. Until decided otherwise by the UN General Assembly, the UK holds *de jure* sovereignty over the Chagos Archipelago. It also holds *de facto* sovereignty over the territory.

On 16 November 1965 the UN General Assembly passed Resolution 2066 (XX) entitled 'Question of Mauritius'<sup>341</sup> against the dismemberment of Mauritius. The BIOT had already been established on 8 November. At this time the UN viewed the Chagos Archipelago as part of Mauritius and opposed the dismemberment of the territory to establish the US military base on Diego Garcia. The UN General Assembly passed another resolution on Diego Garcia in 1967, Resolution 2357 (XXII) of 19 December 1967.

In the early 1970s States like India and Sri Lanka voiced serious concern regarding the establishment of a military base in the Indian Ocean, which had until that time been viewed as a Zone of Peace.<sup>342</sup> The Non-Aligned Movement passed a political declaration at its New Delhi Summit meeting in 1983 on the claim by Mauritius of sovereignty over the Chagos Archipelago. It states:

#### IX Mauritian Sovereignty over the Chagos Archipelago, including Diego Garcia

---

341 The full text of the resolution is reproduced here to add emphasis. It states:  
The General Assembly,

*Having considered* the question of Mauritius and Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples relating to the Territory of Mauritius  
*Recalling* its resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 containing the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples,

*Regretting* that the administering Power has not fully implemented resolution 1514 (XV) with regard to the Territory

*Noting with Deep concern* that any step taken by the administering Power to detach certain islands from the Territory of Mauritius for the purpose of establishing a military base would be in contravention of the Declaration, and in particular of paragraph 6 thereof,

1. *Approves* the chapters of the reports of the Special Committee on the Situation with regard to the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples relating to the Territory of Mauritius, and endorses the conclusions and recommendations of the Special Committee contained therein;
2. *Reaffirms* the inalienable right of the people of the Territory of Mauritius to freedom and independence in accordance with General Assembly resolution 1514 (XV)
3. *Invites* the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to take effective measures with a view to the immediate and full implementation of resolution 1514 (XV),
4. *Invites* the administering Power to take no action which would dismember the Territory of Mauritius and violate its territorial integrity,
5. *Further invites* the administering Power to report to the Special Committee and to the General Assembly on the implementation of the present resolution.
6. *Requests* the Special Committee to keep the question of the Territory of Mauritius under review and to report thereon to the General Assembly at its twenty-first session.

342 Stephen Allen, note 78 at page 455.

'81. The Heads of State or Government expressed, in particular, their full support for Mauritian sovereignty over the Chagos Archipelago, including Diego Garcia, which was detached from the territory of Mauritius by the former colonial power in contravention of United Nations General Assembly resolutions 1514 (XV) and 2066 (XX). The establishment and strengthening of the military base at Diego Garcia has endangered the sovereignty, territorial integrity and peaceful development of Mauritius and other States. They called for the return of Diego Garcia to Mauritius'.<sup>343</sup>

This demonstrates that the international community was initially opposed to the creation of BIOT. Resolution 2357 (XII) of 1967 was the last one to be passed by the UN General Assembly on the matter. The UK continues to declare before UN forums that it intends to return sovereignty over the Chagos Archipelago to Mauritius when it would no longer have need for the military base on Diego Garcia for purposes of security for the UK and the US.

Stephen Allen argues that this shows that while the UN General Assembly was initially opposed to the creation of BIOT and had adopted several resolutions to the effect, the fact there has been none passed since 1967 suggests that the international community may have now accepted the claim of the UK of its sovereignty over the Chagos Archipelago. While this may be true for the UN, the same may not be said about the African Union.

In 1980 the OAU passed the Resolution on Diego Garcia demanding that it be unconditionally returned to Mauritius and that the military base was a threat to Africa.<sup>344</sup> In 2001 the AU passed another resolution calling for the return of Diego Garcia to Mauritius in order to complete the process of decolonization. The Resolution implored the international community to support the 'legitimate claim of Mauritius and extend all

---

343 Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly Port Louis, Mauritius June 1983 Appendix P at page 63.

344 AHG/Res 99(XVII). Entitled Resolution of the Diego Garcia, the text of the resolution states:  
The Assembly of Heads of States and Government of the Organisation of African Unity meeting at its 17th Ordinary session in Freetown, Sierra Leone from 1 to 4 July 1980  
*Pursuant* to Article 1, para 2 of the Charter of the Organisation of African Unity, which stipulates 'The Organisation shall include the continental African States, Madagascar and other islands surrounding Africa'  
*Considering* that on one of the fundamental principles of the Organisation is the respect for the sovereignty and territorial integrity of each state'  
*Aware* of the fact that Diego Garcia has always been an integral part of Mauritius, a Member State of the Organisation of African Unity  
*Recognising* that Diego Garcia was not ceded to Britain for military purposes  
*Realising* that the militarization of Diego Garcia is a threat to Africa and to the Indian Ocean as a Zone of Peace,  
*Demands* that Diego Garcia be unconditionally returned to Mauritius and that its peaceful character be maintained.

assistance possible to it to secure the return of the Chagos Archipelago to its jurisdiction, thereby enabling it to exercise its rightful sovereign responsibilities on the territory as its territory.’ It states:

Decision on the Chagos Archipelago including Diego Garcia.

Council [of the AU]:

1. *Reiterates* its unflinching support to the Government of Mauritius in its endeavours and efforts to restore its sovereignty over the Chagos Archipelago, which forms an integral part of the territory of Mauritius and calls upon the United Kingdom to put an end to its continued unlawful occupation of the Chagos Archipelago and to return it to Mauritius thereby completing the process of decolonisation;
2. *Further exhorts* the UK authorities not to take any steps or measures likely to adversely impact on the sovereignty of Mauritius;
3. *Enjoins* the international community to support the legitimate claim of Mauritius and extend all assistance possible to it to secure the return of the Chagos Archipelago to its jurisdiction, thereby enabling it to exercise its rightful sovereign responsibilities on the totality of its territory.<sup>345</sup>

#### *D International Law doesn't support Mauritius' claim of sovereignty over BIOT*

Mauritius continues to contest sovereignty over the Chagos Archipelago. In its first State Party Report to the UN Human Rights Committee in terms of Articles 16 and 17 of the ICCPR in 1990, Mauritius points out that the Chagos Archipelago was excised from its territory in accordance with the decisions taken at the Constitutional Conference held in London in 1965 between the political representatives of Mauritius and the UK Colonial Office to negotiate the independence of Mauritius.<sup>346</sup> Mauritius makes reference to the UN General Assembly Resolution 2066 (XX) adopted on 16 December 1965 inviting the administering power to take no action to dismember the territory of Mauritius and violate its territorial integrity. It also states that Mauritius has consistently claimed sovereignty over the Chagos Archipelago. It sought to resolve the matter through peaceful and diplomatic negotiations with the UK.<sup>347</sup>

Mauritius states in its follow up response to the concluding observations of the Human Rights Committee on the UK report on 5 November 2001 that:<sup>348</sup>

---

345 CM/Dec.26 (LXXIV) 2001.

346 UN Doc E/1990/5/Add.21

347 Ibid.

348 CCPR/CO/73/UK/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1

2. The Government of Mauritius wishes to submit the following clarification to the members of the Human Rights Committee.

4. Mauritius obtained its independence from the UK on 12 March 1968. Prior to Mauritius being granted independence, the Chagos Archipelago was unlawfully excised by the UK from the territory of Mauritius. This excision was done in violation of the UN Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly Resolution 1514 (XV) of 4 December 1960) prohibiting the dismemberment of any colonial territory prior to independence, and Assembly Resolutions 2066 (XX) of 16 December 1965, 2232 (XXI) of 20 December 1966 and 2357 (XXII) of 19 December 1967. It should be noted that paragraph 6 of the Declaration stipulates that 'any attempt aimed at the partial or total disruption of national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.

5. The Chagos Archipelago had always been under the administrative rule of Mauritius until its unlawful excision by the then colonial power. Mauritius has never relinquished its sovereignty over the Chagos Archipelago and has, ever since this unlawful excision, consistently and persistently pressed the UK Government both in bilateral and multilateral forums for the early and unconditional return of the Chagos Archipelago to Mauritius.

6. In this context, the Government of Mauritius has continuously received the support of the Organization of African Unity and the Non Aligned Movement on this issue. Only recently, the OAU Council of Ministers meeting in Lusaka in July 2001 reiterated its unflinching support to the Government of Mauritius in its endeavour and efforts to restore its sovereignty over the Chagos Archipelago and called upon the UK to put an end to its unlawful occupation of the Chagos Archipelago and to return it to Mauritius, thereby completing the process of decolonization. The OAU Council further exhorted the UK not to take any steps or measures likely to adversely impact on the sovereignty of Mauritius.

7. Mauritius also reiterates its requests every year at the UN General Assembly for the return of the Chagos Archipelago to Mauritius. ...

9. Whenever the Chagos issue has been raised, Her Majesty's Government in the UK has maintained that sovereignty over the Chagos Archipelago will revert to Mauritius when the military facility on Diego Garcia is no longer needed for the defence of the West. Indeed, in a letter dated 1 July 1992 addressed to the Mauritian authorities the British authorities gave an undertaking to the

Government of Mauritius that when the Chagos would no longer be needed for the defence purposes of the UK and the US, it will be ceded to Mauritius.’<sup>349</sup>

It is not surprising that Mauritius is able to rely on the support from members of the AU on the issue as long as it frames it as a matter of unfinished business of decolonization. European colonization of Africa remains highly emotive for the AU, whose predecessor the OAU was established to eradicate colonialism. Further, when it established the BIOT the UK acted contrary to international law principles like *uti posseditis* which militates against the dismemberment of colonial units prior to granting colonial units independence. The US military base on Diego Garcia is currently being used in a very unpopular ‘war against terror.’ Recent confirmations that Diego Garcia was used in 2002 by the US for extra-ordinary rendition can only serve to cause even more negative sentiments to the use of the Diego Garcia in the ‘war against terror.’<sup>350</sup>

These factors make it easy for Mauritius to find support on its claim of return of sovereignty of the Chagos Archipelago. The AU may qualify its support for Mauritius once the truth of the complicity of Mauritius in ‘selling’ the homeland of the Chagossians and the socio-economic conditions that Chagossians live under in Mauritius come to light.

Mauritius’ claim of sovereignty over the Chagos Archipelago/ BIOT is based on the argument that the Chagos Archipelago was part of the territory of Mauritius prior to the formation of the BIOT in 1965. This is contrary to the view that the Chagos Archipelago was administered from Mauritius purely for reasons of administrative convenience.<sup>351</sup> Mauritius has no history of exercising political power over the Chagos Archipelago, both prior to and after the excision of the Chagos Archipelago to form the BIOT. However, the Chagos Archipelago has historically been referred to as a dependency of Mauritius. An in-depth discussion of the meaning of a ‘dependency’ in international law is beyond the scope of this study.

Mauritius and the Chagos Archipelago share a history of being discovered and ruled by the same colonial powers at more or less the same time. The island of Mauritius as well

---

349 Comments by the Government of Mauritius to the concluding observations of the Human Rights Committee on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Overseas Territories: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland CCPR/CO/73/Add.1; CCPR/CO/73/UKOT/Add.1. See follow up response by State Party <<[<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)>](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol))>> visited on 11 April 2004.

350 Paragraph 43 of the Human Rights Annual Report 2007, UK House of Commons, Foreign Affairs Committee, HC 533 dated 20 July 2008.

351 Richard Edis: *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia* Bellew Publishing Company Ltd 1993; Sir Robert Scott *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies* Oxford University Press 1961. We will show that the people of Mayotte in the Comoro Archipelago also used the argument that their island was administered as part of the Comoro Archipelago purely for administrative convenience of the colonial power to justify their decision to vote against independence and opt for full integration with France.

as Rodriguez and Reunion seem to have first been sighted by Arab traders and/or sailors as early as the 10<sup>th</sup> century, at the time an uninhabited island, which they named Dina Robin and which they did not decide to settle but only used as a stop-over port for sourcing fresh water.<sup>352</sup> The Portuguese were next to come across the island group. They depicted them in maps in the 1400s by their Arab name. The Portuguese explorer Vasco da Gama's route to India took him around the Cape of Good Hope in 1498. He was probably aided by the maps of the earlier Portuguese explorers to navigate around the three-island group in the Indian Ocean. The Portuguese did not settle the Mascarene Islands but gave the island group another name, Cirne, by which the islands appeared in maps afterwards.

The Dutch Vice Admiral Wybrandt van Warwyck set foot on Mauritius in 1598. He ended up there by default and not by design- he is said to have been propelled to the islands by a cyclone- and claimed the island for the Netherlands, naming it Maurice after the ruler of the Netherlands at the time, the Prince of Orange and Count of Nassau.

Like the Cape of Good Hope, the Dutch East India Company (DEIC) used Mauritius mainly as a 'filling station' on their spice route to 'India'. From 1638 the Dutch East India Company tried to colonise Mauritius and its dependencies by among other things, introducing sugar cane production to the island and bringing along African slaves to work the sugar plantations.<sup>353</sup> The attempted Dutch colony in the Indian Ocean, like the one at the Cape of Good Hope, did not last long as it was soon taken over by another colonial power. The island group in the Indian Ocean was soon taken over by the French while the one at the Cape of Good Hope was taken over by the British.<sup>354</sup> The Dutch left behind traces of their settlement on the east coast of the island of Mauritius.<sup>355</sup>

A Frenchman, Guillaume Dufresne d'Arsal, claimed Mauritius in 1715 in the name of Louis XIV, naming it 'Isle de France' and handing it over to the French East India Company to use as a trading post.<sup>356</sup> The French established a settled colony on Isle de France (Mauritius) from 1722 to 1810 continuing with the sugar cane production that the

---

352 Carlton Anyangwe, *The Chagos Report*, Southern African Human Rights NGO Network (SAHRINGON), October 2001. The published Chagos report is a summarised version of a much larger report by Anyangwe, which the author has on file.

353 Some sources imply that the French were the first to bring African slaves on to the islands to work the sugar cane fields. See among others, Monique Dinan, *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000*, Nelson Mandela Centre for African Culture 2004; Sheila Bunwaree, Globalisation and the Afro-Mauritian Community in *Revi Kiltir Kreol*, Nelson Mandela Centre for African Culture 2004 at page 50; Vijayalakshi Teelock and Edward A. Alpers (eds) *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture 2001; Vijayalakshi Teelock (ed), *The Vagrant Depot of Grand River, its Surroundings and Vagrancy in British Mauritius*, Aapravasi Ghat Trust Fund 2004.

354 Maureen Tong, *Lest We Forget*, supra. See also Maureen Tong, *Lest We Forget: Jurisprudence of restitution of Land Rights in South Africa, Commission on Restitution of Land Rights*, 2007.

355 Monique Dinan, supra.

356 Anyangwe, the bigger report at page 15.



Dutch had began there.<sup>357</sup> France subsequently took possession of Seychelles and islands in the Chagos Archipelago, which was part of the so-called Oil Islands, due to their production of coconut oil. The Chagos Archipelago comprises the islands of Diego Garcia, Egmont or Six Islands, Peros Banhos, Salomon Islands, Trois Frères that includes Danger Island and Eagle Island. The Chagos Archipelago became a French colony from 1776 to 30 May 1814.

The Napoleonic wars between France and Britain ended in British victory when the UK took possession of Mauritius, the name that the Isle de France later became known, and the dependencies of Mauritius pursuant to the Treaty of Paris in 1814. The dependencies of Mauritius, namely Rodriquez, Agalega, the Seychelles and the Chagos Archipelago have therefore been part of the British Empire since 1814.<sup>358</sup> The island group of Mauritius-Réunion-Rodriquez came to be known as the Mascarenes in honour of the Dutch navigator Mascarenhas.<sup>359</sup> The island of Réunion has however remained a French colony to this day.<sup>360</sup>

While it is not clear how the name 'Chagos' came to refer to the islands known today as the BIOT - some accounts state that the name 'Chagos' was given to the islands by the Dutch navigator, Mascarenhas- it is more probable that they got the name from Portuguese explorers who came across them in the 16<sup>th</sup> century. The name 'Chagos' is loosely translated from the Portuguese as 'the Wounds of Christ'. Another version is that the name comes from 'Cinco Chagas' Portuguese for 'the Five Wounds of Christ'.<sup>361</sup> Both names are said to arise from the dangerous reefs that surround some of the islands in the Chagos Archipelago.<sup>362</sup>

Mauritius and the Chagos Archipelago, as was the case in Seychelles, did not have 'indigenous' populations prior to their colonization first by the Dutch in the 1700s. The territories were 'settled' at about the same time by the Dutch colonists and the slaves brought in from the east coast of Africa and Madagascar. The French continued with the system of slavery and brought in more slaves later. The British abolished slavery in all three territories in 1835. The British therefore found the permanent population of

---

357 Monique Dinan, at page ii.

358 When discussing the British Indian Ocean Territory (BIOT), the *Commonwealth Yearbook 1992* starts by asserting that the BIOT, comprising of the Chagos Archipelago, has been a British dependency since 1965. There is also reference to the fact that the Crown purchased the island in 1967. There is acknowledgement however, that the Chagos Archipelago has been British territory for over 170 years.

359 Anyangwe, the bigger report at page 16.

360 France colonised it in 1670, calling it Isle de Bourbon. See Richard B. Allen, *A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 to 1835* in Teelock et al, *supra*.

361 Ibid making reference to T. V Bulpin 'Islands in *A Forgotten Scar*; and H. Lassemillante, *Slavery on the Chagos Islands between the 18th and 19th Centuries*, an unpublished paper.

362 Ibid.

Chagossians –at the time called the Ilois- on the islands when it took over sovereignty over the territory as per the 1814 Treaty of Paris.

At the time of its colonization by the Dutch there was therefore no 'indigenous' population who had established 'civilised' social and political systems on the so-called Mascarene islands of Seychelles, Mauritius and the Chagos Archipelago. This means that, as per customary international law at the time, the territories of Seychelles, Mauritius and the Chagos Archipelago were '*terra nullius*' at the time of their colonization. The islands were regarded as belonging to no one. As much as the concept of *terra nullius* has been discredited for its racist connotations during the time of colonial conquest by European powers in Africa, Asia and Latin America, it is useful to use it to explain that Mauritius' claim cannot be sustained in international law. When it established the BIOT, the UK violated the international law principle of self-determination. Further, the decolonization process had already gained momentum at that time. The UK should have decolonised both Mauritius and the Chagos Archipelago and not created a new colony. Article 73 of the UN Charter required that it should have helped the people of territory to attain self-government.

These factors do not however excuse the complicity of Mauritius in the 'sale' of the Chagos Archipelago without as much as a discussion let alone the consent of the population of the territory. There is no documentary evidence of opposition by Mauritius to the excision of the Chagos Archipelago at the time of the Mauritius Constitutional Conference in London in September 1965. The issue was only debated in Mauritius in the 1980s due to pressure from opposition parties. David Vine states that during the Lancaster House constitutional conference regarding Mauritius independence in September 1965 Mauritian politicians were faced with a choice between independence and money in exchange for Chagos Archipelago. He argues that they chose independence and money.<sup>363</sup>

### **Section III Status of Chagossians in International Law**

The forcible exile of Chagossians to Mauritius and Seychelles; them being granted Mauritian citizenship without their consent or knowledge; their retention of UK citizenship; their struggle to return to their homeland since their forcible exile; and the fact that their territory is still under UK rule while they live in enforced exile raises questions of what their exact status is in international law. We will briefly discuss, without making definitive findings, several possibilities regarding the status of the

---

363 David Vine, *Island of Shame*, at page 83.

Chagossians in Mauritius and Seychelles. The main focus of this study is to show that they are a 'people' of the Chagos Archipelago for purposes of the international law of political decolonization.

*Paragraph 1 Chagossians Occupied the Archipelago before the British*

In order to understand the link between the people from the Chagos Archipelago and Afro-Mauritians<sup>364</sup> it is important to explain the history of the institution of slavery in Mauritius from the 1700s to its abolition and emancipation of slaves in 1835.<sup>365</sup> The Chagos Archipelago was at any rate a dependency of Mauritius and could be reached mainly through Mauritius. There was therefore a lot of movement of people and trade between the Chagos Archipelago and Mauritius.

As stated earlier, the DEIC first attempted to set up a colony on the island of Mauritius from 1638 and introduced sugar cane production there. When the French took over in 1715 they continued the sugar cane production that was depended on slaves brought there by the Dutch due to a lack of an indigenous population. The British continued with the institution of slavery until they abolished it in 1835.<sup>366</sup>

The current population of Mauritius is comprised of people from Africa, Madagascar, Asia and Europe. Afro-Mauritians, who are classified as 'Creoles' are comprised mainly of descendents of slaves brought to the island from the east coast of Africa<sup>367</sup> and Madagascar;<sup>368</sup> the Asians are mainly descended from Indians brought to Mauritius as indentured labour to work the sugar cane plantations at the end of slavery<sup>369</sup> as well a small number of Chinese who were brought in from China to also work the sugar cane plantations; the Europeans are mainly descendants of French and British people who came to the islands from the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> century.<sup>370</sup>

---

364 In Mauritius people who are of mainly African descent are referred to as Creoles. For a number of years they were referred to as the 'general population' in the census and not recognised as a separate category. The term Creoles in its usage does include people of mixed ancestry. By contrast in Seychelles the 'indigenous' language of the entire population is Creole and all people of Seychelles speak this language without any connotations of it being a language of people of African descent. See Monique Dinan, *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000* supra.

365 Ibid as well as Richard Edis: *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia* supra and Sir Robert Scott *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies* (c) 1961 Oxford University Press.

366 See Barbara Valentine, *Slaves in Mauritius at Emancipation in 1835*, in Teelock, et al, *History, Memory and Identity*.

367 In the earlier in the settlement of Mauritius some slaves were brought in from the west coast of Africa. David Vine, *Empire's Footprints* at page 60 quoting Sir Robert Scott *Limuria*, at page 2.

368 See Teelock, et al, *History, Memory and Identity*. There was also a small number of slaves from India that come to Mauritius to work the sugar cane fields prior to the main and official wave that began with the transportation of convicts from India. It appears therefore that people from India had also been subjected to the institution of slavery prior to it taking much stronger hold within the African context. See Clare Anderson, *Author's Notes in Teelock, et al*, at page 12.

369 Teelock, et al *The Vagrant Depot of Grand River, its surroundings and Vagrancy in British Mauritius*.

370 Sir Robert Scott supra.

Large-scale importation of indentured labour from India was preceded by the transportation of convicts from India to a penal settlement on the island. The people brought in were most probably members of the 'criminal tribes' of India, a designation that the British colonial administration allocated to some of the tribes in India deemed to be inherently criminal and born as such.<sup>371</sup> These people were then transported to other British colonies as punishment. Convict labour proved to be a useful source of free labour on the sugar cane plantations at those British colonies. This source was however not reliable, hence the large-scale exportation of millions of Indians in the late 1800s to work the sugar cane plantations in Mauritius, South Africa and the Caribbean. It is estimated that 30 million Indians left India between 1834 and 1937 and less than 24 million returned.<sup>372</sup>

Although the slave trade was officially abolished across the British Empire from 1805 and the institution of slavery abolished in the UK in 1833 it continued surreptitiously in Mauritius and the Chagos Archipelago until stamped out by Robert Townsend Farquhar, the British Governor of Mauritius and its dependencies in 1835. The end of slavery ushered in the era of indentured labour from Indian and to a lesser extent from China. The workers from India replaced the slaves who could no longer be compelled to work. They worked under conditions slightly better than what the slaves had been subjected to.<sup>373</sup>

The people of the Chagos Archipelago are descended from these slaves who were brought from Mauritius to the Chagos by the French to work the copra plantations as well as some of the Indians who were brought to Mauritius as indentured labour. As was the practice in Mauritius and other parts of the world, the slave community in the Chagos Archipelago was composed mainly of people of African origin. As stated earlier, they had been sourced from both Madagascar<sup>374</sup> and the east coast of Africa, mainly from Mozambique<sup>375</sup> and to a lesser extent from Malawi, Tanzania and Zambia.

---

371 Tayyab Mahmud, *Genealogy of a State-Engineered 'Model Minority': 'Not Quite/Not White South Asian Americans'* in Denver University Law Review, Volume 78 No 4 2001 University of Denver College of Law at page 657; Tayyab Mahmud, *Colonialism and Modern Construction of Race: A Preliminary Inquiry*, University of Miami Law Review, Volume 53 Number 4 University of Miami School of Law at page 1219.

372 Mahmud, *Colonialism and Modern Construction of Race* at page 1239.

373 Ibid. Tayyab Mahmud argues that that the indentured labourers, especially the meek Hindu from India, were cheaper than the slave.

374 Between the 1820s and the 1830s the colonial administration in Mauritius classified people from Africa as 'Mozambiques' for convenience to include slaves from different parts of east Africa. It is possible that the greater majority came from the geographic area broader than what is today the country of Mozambique while a significant number came from Madagascar. See James C Armstrong, *Analysing 'Malagasy' Slave Names in the 1826 and 1835 Censuses*, in Teelock et al supra and Pier M Larson, *'The Origins of Malagasy Arriving at Mauritius and Réunion 1770 – 1820* in Teelock et al.

375 Vijay Teelock and Edward A. Alpers, *Introducing Mozambiques*; Edward Alpers, *Becoming Mozambique: Diaspora and Identity in Mozambique*; Dr Robert C H Shell, *The Twinning of Maputo and Cape Town: The Early Mozambican Slave Trade to the Slave Lodge, 1677 – 1731*; all articles are in Teelock et al, supra.

The slaves could have been sourced directly from Madagascar, which in the 16<sup>th</sup> century was a well-known source of slaves to the Mascarenes or from Mauritius from where the Dutch had already begun sugar cane production from 1638 and from whom the French took over the sugar cane production and the institution of slavery that sustained it.<sup>376</sup> The slaves could therefore have been brought from sugar cane producing Mauritius to the copra production on the Chagos Archipelago.<sup>377</sup> Some 40 Somalis were temporarily brought to the Chagos in the early 1880s on a one-year contract when the possibility of establishing coal mining on the island was explored. The idea of a coal station was abandoned in 1888 due to financial failures. The Somalis were returned to Somalia after that. There is no evidence of them leaving any offspring on the Chagos Archipelago.<sup>378</sup>

Slavery in the Chagos Archipelago was abolished in 1835. This led to the system of apprenticeship whereby for four years after the end of slavery the former slaves would be apprenticed to their former owners to 'train' them in other trades and allow the former slave owners the opportunity to source new forms of labour. This source was later to come from Indians brought in as indentured labour.

Life in the Chagos Archipelago was from the beginning defined by slavery because the settlement was set up as a copra plantation exclusively using slave labour. Indian indentured labour was only introduced later and appears to not have been extensively used, as was the case in Mauritius. Instead at the end of slavery the former slaves were apprenticed to become independent workers with homes on the island. Although the work responsibilities of former slaves remained mainly unchanged at the beginning, the introduction of oral contracts and gradual improvement in their working conditions led to improved labour relations. In 1877 laws were introduced in Mauritius and the lesser dependencies like Seychelles and Chagos Archipelago, which regulated the working condition for the former slaves.<sup>379</sup>

Workers were allowed to build their own homes and establish food gardens and raise small livestock to supplement the food rations that they received as 'wages' from the plantation companies. Compared to other Indian Ocean islands, former slaves in the Chagos Archipelago therefore experienced more benevolent treatment by their slave masters for reasons of demographics and geography. As will be shown below, they were bewildered upon arrival in Mauritius to be stuck in a country that was soon to experience

---

376 Richard B. Allen, *A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 to 1835* in Teelock *et al.*

377 Ibid.

378 Robert Scott, *Limuria and the Lesser Dependencies*, at page 169.

379 Ibid, at page 160.

serious racial clashes between the former African slaves and the former indentured labour Indians.

Apart from the slaves from Africa and Madagascar a small number of Indians were also brought to the Chagos Archipelago as indentured labour to work the copra plantations when slavery was abolished in the British Empire and more specifically in 1835 in Mauritius and her dependencies. Some members of the Ilois community that was established on the Chagos Archipelago from the African, Malagasy and Indian descendants have European ancestry.<sup>380</sup> Over time these descendants of African and Malagasy slaves constituted a culturally distinct community with a specific culture and language, which was a Creole with a distinct dialect from the one spoken in Mauritius and the Seychelles, as well as their own music and cuisine. They became known as the Ilois people.

When slavery was abolished in Mauritius and her dependencies in 1835 the Ilois people remained on the island as free citizens who had by that time become a permanent population going back some generations. They lived there without the need to be employed in order to justify their continued stay on the Archipelago. Some continued to work on the copra plantations as they had done during slavery. At some point the company that ran the copra plantations, Chagos Agalega Ltd, brought in a small number of Indians and other Asians as indentured labour. As stated above, the system of contract employment, which was done mostly by way of oral contracts for a period of three months at a time, was only introduced to the islands in the 19<sup>th</sup> century as a way to protect workers. Despite the new laws, many Chagossian people continued to work on the copra plantations without contracts until the 20<sup>th</sup> century when they were forcibly removed from the Chagos Archipelago.

There is no record of a permanent population on the Chagos Archipelago before the French brought the people who came to be known as the Ilois -and who now prefer to be called the Chagossian people- there as slaves to work the copra plantations. When the UK took over the Chagos Archipelago from the French in 1814 the Chagossian people had inhabited the Chagos Archipelago since 1776 or 1783 as others state. David Vine<sup>381</sup> states that the first settlement was in 1783 when the Pierre Marie Le Normand, an influential plantation owner from Mauritius was granted a concession to found a settlement on the main island of Diego Garcia, bringing with him some 20 slaves. Disregarding the presence of French settlement they found on the island, the British East

---

380 David Vine, *War and Forced Migration in the Indian Ocean* at page 124.

381 David Vine, *Empire's Footprints*, at page 56.

India Company claimed the island in the name of the British monarch, King George III on 4 May 1768. Others state that the French first came to the Chagos Archipelago in 1776 accompanied by slaves.<sup>382</sup> The British acquiescence subsequent to this allowed the Chagos Archipelago to remain a French colony until the Treaty of Paris in 1814.

It is beyond dispute however is that by the time the BIOT was established on 8 November 1965 and the final evacuation of the Chagossian people from the islands in 1973 the people had come to know the Chagos Archipelago as their only homeland for just under two hundred years.

While as a matter of international law the Chagossian people may or may not be able to satisfy the UN 'definition' of being 'indigenous', the requirements in the discipline of anthropology conclude that the Chagossian people are indeed indigenous to the Chagos Archipelago.<sup>383</sup> Irrespective of whether the Chagossian people would satisfy the requirements of being defined as the 'indigenous people' of the Chagos Archipelago as per the guidelines from the UN instruments, standards and norms,<sup>384</sup> their claim of the right to return to their homeland is based on their occupation of the Chagos Archipelago which predates the British colonisation of the territory. The Chagossians had been in occupation of the territory for just under 200 years before the UK Government forcibly removed them. Prior to British colonisation of the territory they had become a distinct

---

382 Anyangwe, at page 45.

383 The anthropologist, Walker notes: that "It is clear that from an anthropological point of view the Ilois constituted an indigenous population with a unique culture", in Iain B Walker, *BIOT in the Complete Guide to the Southwest Indian Ocean*, at pages 561 –572, Argeles sur Mer, France: Cornelius Books. See also David Vine, *The Former Inhabitants of the Chagos Archipelago as an Indigenous People: Analyzing the Evidence*, Expert Report for Washington College of Law, American University, Washington, DC, 9 July 2003, Simon Winchester, *The Sun Never Sets: Travels to the Remaining Outposts of the British Empire*, New York: Prentice Hall Press, 1985 at page 39 and Robert Scott *Limuria and the Lesser Dependencies* at page 23. See also newspaper report by David Ottaway in the Washington Post entitled 'Islanders were Evicted for US Base, 9 September 1975 at A1 and one in the Sunday Times (London) 21 September 1975 entitled 'The Islanders that Britain Sold, at page 10. More recently see the Opinion article by David Vine in Washington Post, 03 January 2007 and [David Vine, Britain's own Guantanamo, Guardian, 28 July 2009 <www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jul/28/diego-garcia-cia-rendition-tort> visited on 28 July 2009.](http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/jul/28/diego-garcia-cia-rendition-tort)

384 The question remains whether guidelines developed by the UN Working Group on Indigenous Populations are broad enough and could possibly 'define' the Chagossian people as 'indigenous'. More specifically, the 'definition' provided by the International Labour Organisation (ILO) Convention on Indigenous and Tribal Peoples no 169 of 1989. Article 1.1 of the Convention states that it applies to:

'Tribal peoples in independent countries whose cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;

Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographic region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.'

Article 1.2 of the ILO Convention allows indigenous people to self-identify themselves as indigenous and therefore allows for a subjective criterion. They should however also be identified by others as indigenous. Article 1.2 provides that: 'Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention applies.' See *ILO, Manual on ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples*, 1989, Project to Promote ILO Policy on Indigenous and Tribal Peoples, page 8. Neither the United Kingdom nor Mauritius has ratified ILO Convention 169 of 1989.

community with its language, culture, music and food with little interference from or involvement by the UK Government that had not established any real administration on the territory but ruled it from Mauritius through the stipendiary magistrates. They came to regard the Chagos Archipelago as their only homeland and continue to do so more than 40 years since their forcible removal and exile.

The fact that they had not acquired common law rights of ownership of the land in the Chagos Archipelago should not detract from the fact that before their removal and exile they had established the right to live in the territory undisturbed for just under 200 years and had used the land there as if it was their own. The colonial administration allowed them to establish homes and they acquired personal property that they were not allowed to take or be compensated for at the time of the forcible removal. Jurisprudence from former British colonies now recognises the land rights of indigenous people, i.e. the inhabitants that the British colonial administration found on the land at the time of colonisation, based on their occupation of the territory prior to British colonisation, irrespective of whether the British colonial administration acquired the property by conquest or cession. These land rights are defined as aboriginal title.<sup>385</sup>

While acknowledging their slave ancestry with roots in the east coast of Africa, Madagascar and to a lesser extent in India, the Chagossian people see themselves as indigenous to the Chagos Archipelago, which they regard as their 'homeland' to which they claim the right to return. This is despite the fact that Mauritian politicians reclaiming sovereignty over the Chagos Archipelago are apprehensive of the assertion by the Chagossian people to the status of being 'indigenous' to the Chagos Archipelago. The official government position in Mauritius is that the Chagossian people are 'persons' who used to have 'habitual residence' in the Chagos Archipelago.<sup>386</sup> This position betrays a fear by the politicians in Mauritians that should the Chagossian people return to the Chagos Archipelago (BIOT) their nationalist sentiments may see them asserting their right to self-determination in their homeland.

Even while acknowledging some commonalities with the Creole community of Mauritius due to a shared history of slavery and roots in Africa and Madagascar as well as a similar culture and language, the Chagossian people certainly see themselves as a 'people' - distinct from the Creole community of Mauritius- and as 'natives' of the Chagos

---

385 Even without the concept of aboriginal title normal laws of prescription hold that once a person has openly used property, including land, openly as if they are owners for a period of more than 30 years then they are presumed to be the owners of that land.

386 Carlton Anyangwe, bigger report, at page 44.



Archipelago. Their continued marginalisation in Mauritius only serves to bring into sharp focus that difference between them and the rest of the Creole community in Mauritius.

The Chagossian people point out favourable academic writings to support their claim to the status of having become established as a permanent and distinct community on the Chagos Archipelago prior to their forcible removal and exile. Among these is that of the former colonial Governor of Mauritius, Robert Scott, in his book *Picks of Limuria: Mauritius and its Dependencies*<sup>387</sup> asserting that by 1957 the Ilois community in the Chagos Archipelago had evolved into a society that spoke a specific language –a Creole with a distinct flavour and different to the one spoken in Mauritius and Seychelles. Robert Scott also notes that the Ilois community had adapted to their environment and considered the Chagos Archipelago as their home. There has also been academic writing about Ilois culture before their forcible removal from the Chagos Archipelago. Reference is made to distinct Ilois recipes, musical tradition and lifestyle. Henri Marimootoo, a Mauritian journalist who has been writing on the Chagossian people for some years, also support the thesis of a distinct Ilois community living in the Chagos Archipelago prior to their forcible removal to Mauritius.<sup>388</sup>

This study asserts that the question of whether the Chagossian people can be strictly defined as an indigenous people of the Chagos Archipelago or not –as per the UN instruments, notably the ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples 169 of 1989 and the 2007 UN Declaration on Indigenous People - does not have a bearing on the thesis that the Chagossian people have a right of self-determination as a ‘people’ of the Chagos Archipelago who are still under colonialism. Their territory is still a British colony. They are currently claiming their right to return to the Chagos Archipelago and reparations in the form of fair and adequate financial compensation as well as the rehabilitation of the islands to facilitate their resettlement. There are sufficient precedents in former British colonies, the NCT in the RMI, a former US territory, jurisprudence from the European Court and the Inter-American Court of Human Rights on how their claim for restitution and reparations can be addressed.

#### A *Are Chagossians refugees in Mauritius?*

Refugees are people who are forced to live outside their countries of origin for reasons beyond their control and have a fear of returning while the conditions that made them

---

387 Robert Scott supra. See also generally Richard Edis: *The Pick of Limuria* supra and Carlson Anyangwe, bigger report at page 45.

388 Henry Marimootoo, (1997) Diego Files. Weekend [Mauritius].

leave are still persisting. The 1996 Handbook on Voluntary Repatriation published by UN High Commissioner for Refugees defines refugees as 'all persons outside their countries of origin for reasons of feared persecution, armed conflict, generalized violence or gross violations of human rights and who, as a result, need international protection.'<sup>389</sup> The Chagossians were brought to Mauritius and Seychelles without their consent or knowledge that they would not be allowed to return to their homeland. Municipal legislation was used to abolish their right to be in the territory and prohibit their return. Their presence in their homeland without permits would turn them into criminals and make them liable for deportation. They were at the time of their forcible removal not aware of the change in political status of their territory. They arrived in Mauritius and Seychelles without any provision for their resettlement and became chronically impoverished as a result. Their representative organization in Mauritius, which has been instrumental in bring several lawsuits in the UK and the US is called Chagos Refugees Group (CRG). It would seem however that they may not strictly speaking be regarded as refugees in Mauritius since they are Mauritian citizens, albeit without their consent. This raises the question whether a person could be a refugee in their own country.

The UK forcibly removed them from the late 1960s and has been opposing their right to return ever since. Legislative and judicial measures taken to bar Chagossians from returning to their territory started with the enactment of the 1971 BIOT Immigration Ordinance. The 2000 *Bancoult (1)* judgement ruled that they have a right of abode in the Chagos Archipelago; the 2000 BIOT Immigration Ordinance allowed them to return to the outer islands of the Chagos Archipelago but barred them from returning to Diego Garcia; the 2004 BIOT Constitution and 2004 BIOT Immigration Orders in Council barred them from returning; the 2006 *Bancoult (2)* and 2007 *Bancoult (3)* judgement allowed them the right to return. The UK Government is currently appealing the 2007 judgement. Their right to return depends on the decision of the House of Lords on 6 October 2008. While they live under adverse socio-economic conditions in Mauritius, they are citizens of Mauritius and it seems they could not claim the status of being refugees there.

### *B Are Chagossians internally displaced persons in Mauritius?*

The UN Guidelines on Internal Displacement define internally displaced persons.<sup>390</sup> Chagossians are not living in their homeland for reasons other than their voluntary

---

389 UN HCR Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection, High Commissioner for Refugees, Geneva 1996.

390 UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998).

choice. They were certainly forcibly removed from the Chagos Archipelago after the BIOT was formed in 1965 to house the US military base on Diego Garcia. Their displacement is therefore involuntary. If Mauritius still held sovereignty over the Chagos Archipelago then they could be termed internally displaced persons. They are British citizens involuntarily displaced in independent Mauritius. The fact that they hold Mauritian citizenship against their choice makes their status a bit controversial.

### *C Are Chagossians a minority in Mauritius?*

If the fact that Chagossians did not have a choice of whether they should be granted Mauritian citizenship is ignored, then it could be argued that they are currently a minority within independent Mauritius. All Chagossians hold Mauritian citizenship by virtue of the Constitution of Mauritius. There about 5 000 Chagossians living in Seychelles, the UK and Mauritius, the greater majority of them live in Mauritius.<sup>391</sup> Mauritius has a population of about 1.2 million people.<sup>392</sup> Chagossians living there can be considered a minority based on the criteria used to define minorities. They are smaller in numbers in relation to the rest of the population of Mauritius. Although they speak a *Kreol* which is generally similar to that spoken in Mauritius, the Chagossian *Kreol* has some distinct features. The rest of the Mauritian population is in a position of dominance over the Chagossians. It would appear that the Chagossians may be considered a minority in Mauritius. This is if their imposed Mauritian citizenship is ignored. Importantly, Chagossians have never claimed the status of being a minority in Mauritius. Instead, they have consistently fought for their right to return to their homeland, the Chagos Archipelago which they refer to in Creole as 'mon pays' meaning, 'my country.'

### *D Are Chagossians an indigenous people of Mauritius?*

We have shown above that the granting of Mauritian citizenship to the people from the Chagos Archipelago was not out of their choice since it was conferred without their knowledge. Even the politicians in Mauritius did not know that at the time that British officials had included a clause in the independence constitution of Mauritius to grant Mauritian citizenship to the people from the Chagos Archipelago. Currently Mauritius does not have sovereignty over the Chagos Archipelago and therefore the question of the people of Chagos being an indigenous people within Mauritius does not arise. The

---

<sup>391</sup> Seventh Report on 2007 –8 of the House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories, Note 19 above. See also Returning Home: A proposal for Resettlement of the Chagos Islands, Chagos Refugees Group and UK Chagos Support Group, March 2008.

<sup>392</sup> Ibid.

question arises however as to what would be the status of Chagossians within independent Mauritius in event that Mauritius regains Sovereignty over the Chagos Archipelago.

Stephen Allen submits that the status of being an indigenous people would be beneficial to the Chagossians as it would allow them to access rights contained in the recently adopted UN Declaration on Indigenous People, which include rights to claim restitution for loss of land and natural resources. This is in light of their unsuccessful bid to claim adequate financial compensation in the group litigation case of *Chagos Islanders*. English law does not allow Chagossians a claim for financial compensation and/or reparations based on the *Bancoult (1)* judgement, which gave them a public right of abode in the Chagos Archipelago.

We will now briefly discuss, without having to decide the issue, whether the Chagossians would satisfy the international law 'definition' of indigenous people as per the provisions of ILO Convention 169 of 1989, or the 2007 Declaration of Indigenous People or the criteria derived from these and other UN instruments on indigenous rights.

Mr José Martínez Cobo developed the following definition of indigenous people:

'Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with the pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.'<sup>393</sup>

The following guidelines were developed by the UN Working Group on Indigenous Populations in 1995:

1. Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory;

---

393 See E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 para.379 entitled 'UN Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations (Jose R. Martinez Cobo, Special Rapporteur.

2. The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organisation, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions;
3. Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and
4. An experience of subjugation, marginalisation, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist.<sup>394</sup>

ILO Convention 169 of 1989 does not provide a definition but uses the concept of self-identification, which accepts a people as indigenous if they self-identify and are accepted by other communities as indigenous. While academics like Anaya, Thornberry, Kingsbury and Daes have expanded on the guidelines developed by UN Working Group;<sup>395</sup> we will for purposes of this study only make reference to the Working Group guidelines and apply same to the Chagossians.

### *1 Priority in time with respect to occupation of Chagos Archipelago*

As indicated above, the Chagossians had been in the territory for just less than 200 years prior to their forcible removal. The discipline of anthropology holds that they are indigenous to the territory.<sup>396</sup> We showed above that the ancestors of the Chagossians arrived at about the same time as the Dutch colonists who brought them there as slaves. The French continued with the practice of slavery and probably brought more slaves onto the territory. South Asians were brought in as indentured labour at the end of slavery in 1835. The ancestors of the Chagossians pre-date British colonization of the territory in 1814 when the Treaty of Paris was entered into. At the end of slavery in 1835 Chagossians remained on the territory as a permanent free population until forcibly removed from the 1960s by the UK to make way for the US military base on Diego Garcia.

---

394 Erica-Irene Daes, Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

395 Stephen Allen, note 78 at page 469 summarized the proposed different criteria by academics like Patrick Thornberry, Benedict Kingsbury and former Rapporteur for the UN Working Group on Indigenous Populations, Erica-Irene Daes and came up with seven criteria, namely

- (a) Communal attachments to 'place';
- (b) Historical precedence;
- (c) Experience of severe disruption, dislocation and exploitation;
- (d) 'Historical continuity';
- (e) Ongoing oppression/exclusion by dominant societal groups;
- (f) Distinct ethnic/cultural groups; and
- (g) Self-identification as indigenous peoples

396 David Vine, *Empire's Footprints* at page 60 quoting Sir Robert Scott *Limuria* at page 2.

It would seem therefore that the Chagossians may not strictly speaking be considered as aboriginal to the territory since their ancestors originated from elsewhere, mainly from the east coast of Africa, Madagascar and South Asia. The discourse on indigenous people has however moved away from emphasizing 'aboriginality' as the deciding factor of who could be considered indigenous or not, hence the approach of looking at guiding principles or guidelines, which do not have to be all present at the same time before a community could be considered indigenous. ILO Convention 169 of 1989 has certainly shifted the focus more towards self-identification. It is therefore debatable if Chagossians would be able to meet this criterion.

## 2 *Voluntary perpetuation of cultural distinctiveness*

Robert Scott and Richard Edis have documented the distinct community that developed on the Chagos Archipelago prior to the forcible exile of the entire population. This distinct community had a distinct *Kreol* language, culture, *Sega* music and dance as well as cuisine. Importantly, they developed a strong distinct group identity. While there may be some similarities between the *Kreol* language spoken in Mauritius and Chagos Archipelago, there are some important distinctions.<sup>397</sup> The relative isolation of the Chagos Archipelago also contributed to the different culture that developed there compared to other island communities in the Indian Ocean. For example a matriarchal society developed in the Chagos Archipelago in contrast to the patriarchal nature of other communities in the Indian Ocean.<sup>398</sup> The *Derasine Report* argues that one of the effects of the marginalization that Chagossians experienced in Mauritius has led them to develop a strong sense of being different to the rest of the Mauritian Creole community and ensuring that the generations of Chagossians born in Mauritius retain their cultural traditions.<sup>399</sup>

---

397 Vinesh Hookomsingh, *Bury my Heart in Chagos, Diego Garcia*, a paper presented at an international conference entitled 'The Fate of the Chagossians Since their Eviction from the Chagos Islands' Vrije University, Amsterdam, 21 August 2008.

398 Stephen Allen, note 78 at page 472.

399 See Vine, Wojciech Sokolowski and Harvey, *Derasine: the Expulsion and Impoverishment of the Chagossian People*, draft report, 11 April 2005 (Derasine Report) at page 89. Author has the report on file. The report has been published as Vine, 'The Impoverishment of Displacement: Models for Documenting Human Rights Abuses and the People of Diego Garcia', (2006) 13 [Human Rights Brief](#) at page 21.

### 3 *Self-identification as indigenous and acceptance by other indigenous people*

Chagossian people self-identify themselves as indigenous, maintaining a separate and distinct community in Mauritius, asserting themselves as Chagossians separate from the rest of the Creole community in Mauritius. They no longer wish to be called by the now pejorative term 'Ilois'. Chagossian organizations have participated in UN forums on indigenous people, where they have been accepted as 'part of us' by the wider international indigenous peoples' movement.<sup>400</sup>

### 4 *Experience of marginalization, exclusion and dispossession*

The *Derasine* Report documents the 10 dimensions of impoverishment and marginalization that Chagossians have suffered as a result of their forcible removal and exile. They are: (1) Traumatic expulsion; (2) Joblessness; (3) Economic and social-psychological marginalization; (4) Homelessness; (5) Landlessness and lost common property; (6) Food Insecurity and malnutrition; (7) Increased morbidity and mortality; (8) Socio-cultural fragmentation; (9) Educational deprivation; and (10) Ethnic discrimination.

The Chagossians express their feeling of marginalization, exclusion and dispossession as *sagren*, a *Kreol* word derived from the French *chagrin*, meaning a sense of profound sadness. A report for the World Health Organization describes *sagren* or le *chagrin* as:

'The notion of *le Chagrin* has an important place in the explanative system for illness. *Le Chagrin* is in fact nostalgia for the Chagos islands. It is the profound sadness of facing the impossibility of being able to return to one's home in the archipelago. For many people we met, this *Chagrin* explains illness and even the deaths of members of the community.'<sup>401</sup>

Their socio-economic conditions caused by their forcible removal and exile and confounded by the highly stratified society in Mauritius are documented in the three *Bancoult* court cases. This is also included in films like 'Stealing a Nation' by John Pilger and a video by the Chagossians on their first visit to the Chagos Archipelago in 2006.<sup>402</sup> These films make extensive reference to the how *sagren* is a big contributor to the relatively high rate of morbidity among Chagossians living in Mauritius.

---

400 Speech by Oliver Bancoult, Chairperson of the Chagos Refugees Group, to the Unrepresented Peoples Organization (UNPO), in 1994.

401 Draebel, '*Evaluation des besoins sociaux de la communauté déplacée de l'Archipel de Chagos*', December 1997, Report produced for the World Health Organization, quoted by Stephen Allen, note 78 at page 471.

402 See video entitled 'Il était une Ile Diego Garcia' par Groupe Refugies Chagos and 'Back to our Forgotten Paradise', Chagos Refugees Group 2006.

It is apparent that Chagossians would be able to prove three out of the four criteria of being indigenous and could possibly also prove the criteria of priority in time if their occupation of the Chagos Archipelago is viewed in relation to the British colonization of the territory in 1814. Indigenous people are not required to prove each of the criteria in order to be regarded as indigenous for purposes of accessing rights under the 2007 UN Declaration on Indigenous People.

Chagossians are not claiming the status of being indigenous in Mauritius as they are fighting for their right to return to the Chagos Archipelago. It is possible that once they have been allowed to return to the Chagos Archipelago, some of them may choose to remain in Mauritius. Should the Chagossian people exercise their right of self-determination in a manner that excludes Mauritius sovereignty over the territory and Mauritius does not succeed in its claim of sovereignty over the Chagos Archipelago, it would be an interesting situation where those who remain in Mauritius claim the status of being an indigenous people of Mauritius when they would have their own territory and have a choice to return there.

#### 5 *Are the Chagossians indigenous to the Chagos Archipelago?*

The question whether or not the Chagossians can strictly be defined as being indigenous to the Chagos Archipelago in the sense of being an aboriginal people of the territory does not affect their right of self-determination as a people of the Chagos Archipelago in the context of decolonization. The law of political decolonization does not require them to be aboriginal to the territory. It only requires that they were the 'people of the territory' at the time of colonization. They certainly were at the time of British colonization of the territory and the decolonization process would be in relation to the UK as the current colonial power. This is the right they have as long as the UK remains the colonial power over the BIOT. This right may fall away once Mauritius regains sovereignty over the territory. This consequence would have to be seriously considered during the decolonization process.

#### 6 *Chagossians are a 'people' in terms of the law of political decolonization*

The Chagossian people have a right to self-determination in the context of political decolonization. International law accords such a right to people under foreign domination and colonial administration. Chagossians are UK citizens in accordance with the provisions of the UK Overseas Territories Citizenship Act of 2002. The fact that they



currently live in Seychelles and Mauritius should not affect they have the right of self-determination.

*Paragraph 2 Implications of Mauritius regaining sovereignty over Chagos*

Should Mauritius succeed in its claim of sovereignty over the Chagos Archipelago and allow the people of the territory to return to their homeland, this raises interesting issues. The Chagossian people as an indigenous people within independent Mauritius could then invoke their right to self-government as per provision of Article 4 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples which states that indigenous people have a right to self-government and autonomy in local matters. Article 5 of the Declaration allows them to maintain and strengthen their distinct political, legal, economic, social and cultural institutions while retaining their right to participate, if they so choose, in the political, economic, social and cultural life of Mauritius.

As far as the US military base on Diego Garcia is concerned, the Chagossian people have consistently expressed the wish to coexist with the military base, presumably in order to be able to derive livelihoods from employment on the base. This is perhaps also to ensure they gain a sympathetic ear from the international community that they are not seeking to evict the US military base, which is regarded by the US military to be of 'unparalleled strategic importance'. Should sovereignty over the Chagos Archipelago revert to Mauritius and the Chagossian people succeed in claiming the status of being indigenous within independent Mauritius, they could enter into an agreement with the US government for the continuation of the military base on Diego Garcia. The Declaration states that militarization of their land may be done as long as the people of the territory consent to it. Article 30 states:

'( 1) Military activities shall not take place in the lands or territories of indigenous peoples, unless justified by a relevant public interest or otherwise freely agreed with or requested by the indigenous peoples concerned.

(2) States shall undertake effective consultations with the indigenous peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, prior to using their lands or territories for military activities.'

The international law of self-determination in the context of political decolonization allows the Chagossian people the option of independent Statehood, integration or to

become an associated State with any independent State. We have shown above that Chagossians self-identify themselves and have been accepted by the international indigenous movement as an indigenous people of the Chagos Archipelago. They consider themselves as ethnically different from the rest of the population of Mauritius. Mauritians regard them as people who come from elsewhere, namely the Chagos Archipelago. Their forcible removal and exile has emphasised this sense of them being distinct and separate from the rest of the population of Mauritius. In its quest for reclaiming sovereignty over the Chagos Archipelago/BIOT, Mauritius raises the argument that the Chagos Archipelago was a dependency of Mauritius as single colonial unit.

*Paragraph 3 Mayotte: an example of integration*

Mayotte makes for an interesting comparison when determining whether the Chagos Archipelago was a dependency of Mauritius or whether it was always a separate colonial and political unit. The question does not need to be decided either way when determining whether BIOT is a non-self-governing territory and if its people are entitled to the right of self-determination.

Mayotte is also a comparative study of integration should the people of the BIOT opt to exercise their right of self-determination in the form of integration with the UK. Given their experience of chronic impoverishment and racial discrimination in Mauritius and the complicity of Mauritius in the 'sale' of the Chagos Archipelago to the UK to form the BIOT, it is not inconceivable that the Chagossians may, once they are allowed to return to their territory, choose to become an integrated or associated State of the UK. Mayotte is a useful comparison of the kind of outcome where integration with the colonial power represents significant material benefits. The Chagossians are currently preparing to bring a case before the European Court of Human Rights for restitution and reparations against the UK. After their return to the islands they may view the continued budgetary support to the BIOT, as is the case in the other UK overseas territories like Gibraltar and the Falkland Islands (Malvinas), as a logical consequence of their forcible removal and exile.

The island of Mayotte is in the Indian Ocean, proximate to Mauritius and Seychelles.<sup>403</sup> It is one of four islands that make up the Comoro Archipelago. The other three are Grand Comoro, Ajouan and Moheli. The entire Comoro Archipelago used to be a French territory. On 22 December 1974 France organized a plebiscite whereby Mayotte voted

---

<sup>403</sup> Information on this case study borrows heavily on the article by Stephen Allen, *Looking Beyond the Bancoult Cases*, *supra*.

against independence while the other three islands in the archipelago voted in favour of independence. The Federal Islamic Republic of the Comoros was established in 1975 when the Comorian government unilaterally declared independence and was recognized by France.

Mayotte became an overseas department of France on 8 February 1976 after France organized a plebiscite on the territory. France was criticised by both the UN General Assembly<sup>404</sup> and the OAU.<sup>405</sup> Their objection was that France violated the territorial integrity and sovereignty of the Federal Republic of the Comoros because Mayotte and the three other islands comprised the indivisible self-determining unit of the Comoros Archipelago. The Federal Republic of the Comoros was by that time an independent State after the unilateral declaration of independence in 1975. This position is similar to that taken by the UN and the OAU when they levelled criticism against the UK for excising the Chagos Archipelago to form the BIOT in 1965.

The response of the inhabitants of Mayotte, called Mahorais, to the views of the international community to their decision to opt for full integration with France makes for some interesting comparison to the position likely to be taken by the Chagossians. The Mahorais argued:

1. As the indigenous people of Mayotte, they are ethnically and culturally distinct from the inhabitants of the other islands in the Comorian Archipelago.
2. The four islands of the archipelago constituted a single colonial entity only for the administrative convenience of the colonial power, France.
3. The results of the plebiscites represented the democratically expressed will of the Mahorais people amounting to the proper exercise of the right of self-determination.

The Chagossians are likely to respond in the same manner as the Mahorais of Mayotte that this was done only for purposes of convenience. Further, East Timor is now an independent State and a separate member of the UN from Indonesia, which includes the other part of the Timor islands. The argument by the Mahorais that the plebiscite in which they decided for full integration with France is a legitimate exercise of their right to self-determination is similar to that taken by the population of Gibraltar. France has invested a lot of resources and the Mahorais enjoy a higher standard of living compared to the inhabitants of the other three islands on the Comoro Archipelago. The decision by the Mahorais to fully integrate into France appears to be influenced by the material

---

404 GA Res. 31/4, 21 October 1976, A/RES/31/4.

405 OAU Council of Ministers Resolution on the Comorian Island of Mayotte, 3 July 1976, CM/Res. 496(XXVII).

benefits that go with being a 'department' of France. The UN seems to have taken a more conciliatory approach regarding the decision of the Mahorians to integrate into France, and has deferred discussion on the issue of Mayotte perhaps due to the political instability that currently obtains in the Comoros.

We have shown above that Chagossians self-identify themselves and have been accepted by the international indigenous movement as an indigenous people of the Chagos Archipelago. They consider themselves as ethnically different from the rest of the population of Mauritius. Mauritians regard them as people who come from elsewhere, namely the Chagos Archipelago. Their forcible removal and exile has emphasised this sense of them being distinct and separate from the rest of the population of Mauritius. In its quest for reclaiming sovereignty over the Chagos Archipelago/BIOT, Mauritius raises the argument that the Chagos Archipelago was a dependency of Mauritius as single colonial unit.

The 1970 General Assembly on Friendly Relations allows the Chagossians to choose any political status that best suits their situation. For Chagossians, independent Statehood is unlikely to be practicable for some years to come. Integration or becoming an associated State with the UK may prove materially beneficial, as we shall see from the case study of Mayotte. If it is accepted, as argued by Stavenhagen, that the right to self-determination does not have to be used only once as if it is consumable, then the Chagossian people are entitled to exercise this right initially in the form of integration with the UK and possibly in the future in the form of independent Statehood.

## **TITLE II: THE RIGHT TO RESTITUTION**

The remedy of restitution stems mainly from the right to an effective remedy for violations of human rights. International human rights law recognises the remedy of restitution (or reparations) not only for violations of international law but for gross violations of human rights as well. States bear responsibility for violations of international law, while individuals are responsible for violations of individual human rights. States may however also be held liable for violation of human rights by their officials or agents or even by individuals when they do not take measures to prohibit the violations, charge those responsible and provide restitution to victims of violations of human rights. Apart from being seen merely as a preferred general legal remedy for violations of international law as well as human rights and humanitarian law, restitution is becoming a distinct right, especially in the context of return of refugees and internally displaced persons following periods of armed and non-armed conflicts or genocide. More and more recent human rights standards dealing with the right of returning refugees and internally displaced persons refer to their right to housing, land and property restitution.

Apart from being part of private law that requires the return of property or possessions to a person whose peaceful possession of such property has been interfered with, the study seeks to show that restitution has become a distinct right even in the international law context and should be available to the Chagossian people to exercise in order to be able to return to their homeland and have returned to them their property, homes and land rights. This study looks at restitution in the context of land claims by indigenous people in the former British colonies of Australia, Canada, New Zealand and South Africa. We will briefly discuss one case in the US, *United States v Sioux Nation of Indians*, concerning a restitution claim arising from an abrogation of a treaty in the 1800s for which the indigenous Sioux tribe of Lakota reservation is still contesting the payment of financial compensation, preferring instead the return of the territory to them. Despite the 1982 decision of the US Supreme Court to award financial compensation calculated from the 1800s when their land was expropriated as well as interest accrued from that time, the Sioux tribe has not accepted financial compensation but continues to agitate for the return of the territory instead.

## CHAPTER 1: THE DEVELOPMENT OF THE RIGHT TO RESTITUTION IN INTERNATIONAL LAW

This chapter considers applicable international and regional human rights law standards and norms that regulate the displacement of entire populations. It will analyse the development of the right to restitution (reparations) as a distinct right in international law. It will also discuss international and regional human rights norms and standards on State responsibility for (gross) violations of human rights. Chapter II will elaborate on jurisprudence on forms of restitution while chapter III will apply that the right to restitution to the Chagos matter.

### *Paragraph 1 State responsibility for gross violations of human rights*

State responsibility for violations of human rights is based on customary international law. It arises from internationally wrongful acts of States, the elements of which are: (a) conduct consisting of an act or omission that is attributable to the State under international law; and (b) conduct that constitutes a breach of an international obligation of the State.<sup>406</sup> In traditional international law only States may claim reparations from the offending State, but the victims themselves have no standing to bring international claims.

An international crime is a breach of an international obligation that is viewed as a fundamental breach by the entire international community. Examples are serious breaches of international obligations with regard to the maintenance of international peace and security, the right of people to self-determination, the safeguarding and preservation of the environment, etc.<sup>407</sup>

Obligations to respect international law are based on international instruments, particularly international human rights treaties and/or customary international law. As far as norms of customary international law are concerned the most relevant are those

---

406 Final Report of the UN Special Rapporteur on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Mr Theo van Boven, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1993/8. The Van Boven study notes that practices identified by the Working Group on Contemporary Forms of Slavery, such as the sale of children, child prostitution, child labour, debt bondage, traffic in persons and the exploitation of the prostitution of others amount to gross violations of human rights. The study by Special Rapporteur A. Eide notes that although it is doubtful whether a legal obligation exists on States to provide compensation to the descendants of the victims of the slave trade and other earlier forms of slavery, perhaps a moral duty exists. It notes that further research is required and States are encouraged to undertake affirmative action programmes in favour of the descendants of the slave trade and earlier forms of slavery. The Van Boven study identifies mechanisms that are geared towards elimination of violence against women, claims brought against and the acceptance of the Federal Government of Germany to compensate victims of the Nazi government as consistent with the aim of addressing gross violations of human right. See paragraphs 19 and 22. Claims for compensation arising from situations of armed conflict, for example, the planting of land mines, have also received attention of the General Assembly. Van Boven at paragraph 40.

407 Ibid.

that have become *jus cogens*, for example the right of colonised people or those under foreign domination to self-determination.

The International Law Commission's Articles on State Responsibility <sup>408</sup> address the broad international legal rules related to restitution for violations of international law. As articulated by Article 3, "the characterisation of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterisation is not affected by characterisation of the same act as lawful by internal law." Article 31 provides that a State that has committed an internationally wrongful act cannot rely on its internal law as justification for its failure to comply with its obligations. Article 36 goes on to indicate what State responsibility is in relation to an internationally wrong act. It states:

'A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially possible; (b) would not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.'

Article 35 indicates what form reparations could take. It states:

'Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation, and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of the present Charter.'

Article 37 provides that there is an obligation to pay compensation for damages if restitution is not possible. It states that:

- '1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.'

Article 38 requires that 'satisfaction' be provided if compensation and restitution are not possible. It provides that:

- '1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.

---

408 UN Doc.A/55/10 (2000).

2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.

3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take the form humiliating to the responsible State.'

Articles 19 and 20 of the International Law Commission's Code of Crimes against Peace and Security of Mankind include genocide and apartheid respectively as examples of mass violations of human rights. Common Article 3 of the Geneva Conventions of 12 August 1949 stipulates minimum humanitarian standards which must be respected 'at any time and in any place whatsoever.' It categorically prohibits the following acts: (a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilations, cruel treatment and torture; (b) taking of hostages; (c) outrage upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment; (d) the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgement pronounced by a regularly constituted court, affording all judicial guarantees which are recognised as indispensable by civilised peoples.'

### *Paragraph 2 International human rights instruments prohibit forcible exile*

The UDHR 1948; the ICCPR 1996; and the ICESCR of 1996 together constitute the so-called international Bill of Rights. These instruments contain provisions protecting the rights of every one against discrimination on any grounds. Examples are the article 2 of the UDHR; <sup>409</sup> Article 2(2) of the ICESCR; <sup>410</sup> and Article 2(1) and 26 of the ICCPR. <sup>411</sup> From regional human rights instruments, Article 2 of the African Charter on Human and

---

409 Article 2 states:

'Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status  
Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.'

410 Article 2(2) of the ICESCR states:

'State parties shall undertake that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kinds as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.'

411 Article 2(1) of the ICCPR requires State Parties to:

'Respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognised in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.'

Article 26 of the ICCPR, dealing with the right to equality before the law and equal protection of the laws disallows discrimination. It states:

'All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political and other opinion, national or social origin, property, birth or other status.'



Peoples Rights; <sup>412</sup> Article 1(1) of the American Convention on Human Rights; <sup>413</sup> and Article 14 of the European Convention <sup>414</sup> contain non-discrimination clauses.

The preamble of the African Charter commits newly independent Africa States to respect human rights. <sup>415</sup> Article 1 states that:

---

412 Similarly, Article 2 of the African Charter on Human and Peoples' Rights disallows discrimination on the basis of race, national or social origin, birth or other status, etc. It states that:

'Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognised and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, colour, sex, language, religion, political or any other opinion, national or social origin, fortune, birth or other status.'

413 Article 1(1) of the American Convention on Human Rights, the non-discrimination clause, binds State Parties to the Convention to respect the rights of all persons contained in the Convention without discriminating against them on several grounds. Article 2 of the American Convention requires State Parties to adopt legislative and other measures to give effect to the rights and freedoms stated above. It states:

'Where the exercise of any of the rights and freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative and other provisions, the State Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative and other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms.'

414 Article 14 of the European Convention on Human Rights states:

'The enjoyment of rights and freedoms as set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.'

415 The African Charter on Human and Peoples' Rights was adopted by the 18th Assembly of the Heads of State and Government of the Organization of African Unity, Nairobi, Kenya on 26 June 1981 and entered into force on 21 October 1986. The preamble states:

'The African States members of the Organisation of African Unity, parties to the present convention entitled "African Charter on Human and Peoples' Rights;

*Recalling* Decision 115 (XV) of the Assembly of Heads of State and Government at its Sixteenth Ordinary Session held in Monrovia, Liberia from 17 to 20 July 1979 on the preparation of a 'preliminary draft on an African Charter on Human and Peoples' Rights providing inter alia the establishment of bodies to promote and protect human and peoples' rights;

*Considering* the Charter of the Organisation of African Unity, which stipulates that "freedom, equality, justice and dignity are essential objectives for the achievement of the legitimate aspirations of the African peoples;

*Reaffirming* the pledge they solemnly made in Article 2 of the said Charter to eradicate all forms of colonialism from Africa, to coordinate and intensify their cooperation and efforts to achieve a better life for the peoples of Africa and to promote international cooperation and having due regard to the Charter of the UN and the UDHR;

*Conscious* of their duty to achieve the total liberation of Africa, the peoples of which are still struggling for their dignity and genuine independence, and undertaking to eliminate colonialism, neo-colonialism, apartheid, Zionism, and to dismantle aggressive foreign military bases and all forms of discrimination, particularly those based on race, ethnic group, colour, sex, language, religion or political opinions;

*Reaffirming* their adherence to the principles of human and peoples' rights and freedoms contained in the declarations, convention, and other instruments adopted by the Organisation of African Unity, the Movement of Non-Aligned Countries and the United Nations;

*Firmly convinced* of their duty to promote and protect human and peoples' rights and freedoms taking into account the importance traditionally attached to those rights and freedoms in Africa.

*Taking into consideration* the virtues of their historical tradition and the values of African civilisation which should inspire and characterise their reflection on the concept of human and peoples' rights;

*Recognising* on the one hand, that fundamental human rights stem from the attributes of human beings, which justifies their national and international protection and on the other hand that the reality and respect of peoples' rights should necessarily guarantee human rights;

*Considering* that the enjoyment of rights and freedoms also implies the performance of duties on the part of everyone;

*Convinced* that it is hence forth essential to pay a particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights;

'The Member States of the OAU parties to the present Charter shall recognise the rights, duties and freedoms enshrined in this Charter and shall undertake to adopt legislative and other measures to give effect to them.'

The Preamble of the European Convention also commits 'High Contracting Parties' to respect human rights.<sup>416</sup> Article 1 states that:

'The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section 1 of this Convention.'

Article 1(1) of the American Convention on Human Rights places an obligation on States Parties to the Convention to respect rights contained therein and ensure that all persons under their jurisdiction free and full exercise of such rights without any discrimination. It states:

'The State Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognised herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.'

#### A *Protections against violations of human rights*

Various human rights instruments protect the right of every one to enter or leave their territory, to privacy and to home life. Most importantly, they prohibit the forcible transfer of populations, however small they may be.

---

416 'The governments signatory hereto, being members of the Council of Europe,  
*Considering* the UDHR proclaimed by the General Assembly of the UN on 10th December 1948;  
 Considering that this declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the rights and therein declared;  
*Considering* that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms;  
 Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend;  
*Being resolved*, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration.

## 1 *The right to enter, leave and return to own country or territory*

The right to enter, leave or return to your own country or territory is protected. For example Article 13(2) of the UDHR states:

‘Everyone has the right to leave any country including his own and to return to his country.’

Article 12 of the ICCPR guarantees everyone the right to ‘enter his own country’. It states that:

- ‘1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognised in the present Covenant
4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.’

Article 12(1) and (2) of the African Charter on Human and Peoples’ Rights state:

- ‘1. Every individual has the right to freedom of movement and residence within the borders of a State Party provided he abides by the law
2. Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subject to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality.’

## 2 *Prohibition against forcible deportation and transfer of populations*

The UDHR, the ICCPR and the ICESR provide safeguards against forcible removal, exile and displacement. For example, Article 9 UDHR states:

‘No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.’

Article 19 of the International Law Commission’s Code of Crimes against Peace and Security of Mankind includes deportation or forcible transfer of a population as an example of systematic or mass violations of human rights. It states that systematic or mass violations of human rights include:

‘Murder; torture; establishing or maintaining over persons a status of slavery; servitude or forced labour; persecution; on social, political, racial, religious or

cultural rights in a systematic manner or on a mass scale; deportation or forcible transfer of population.'

Article 12(5) of the African Charter on Human and Peoples' Rights states that:

'The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsions shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups.'

The Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) prohibits activities that result in the arbitrary displacement of people and destruction of property, even in time of war. Article 33 prohibits pillage;<sup>417</sup> Article 53 prohibits destruction of real and personal property belonging individually or collectively to private persons or to the State unless such destruction is required by military operations;<sup>418</sup> and Article 49 requires that persons evacuated during war should be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased.<sup>419</sup> Article 17 to Protocol II to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (1977) prohibits the displacement of civilian populations for reasons related to the conflict unless the security of the civilians or imperative military reasons demand it.<sup>420</sup>

Articles 8 and 10 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples protect indigenous peoples from forcible relocation and forced population transfer. Article 8:

'Indigenous peoples and individuals have the right not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture.

States shall provide effective mechanisms for the prevention of, and redress for:

---

417 Article 33 of the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) states:

'No protected person may be punished for an offence he or she has not personally committed. Collective penalties and likewise all measures of intimidation or of terrorism are prohibited. Pillage is prohibited. Reprisal against protected persons and their property are prohibited'

418 Article 53 of the same Convention provides:

'Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organisations, is prohibited, except where such destruction is rendered necessary by military operations'

419 Article 49 of the same Convention provides:

'...Persons thus evacuated shall be transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased...the Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies'

420 Article 17 of the 1977 Protocol II to the Geneva Conventions Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts provides:

(1) The displacement of the civilian population shall not be ordered for reasons related to the conflict unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand. Should such displacement have to be carried out, all possible measures shall be taken in order that the civilian population may be received under satisfactory conditions or shelter, hygiene, health, safety and nutrition

(2) *Civilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons not connected with the conflict.*' (Emphasis added).

- (a) Any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities;
- (b) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources;
- (c) Any form of forced population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their rights;
- (d) Any form of forced assimilation or integration;
- (e) Any form of propaganda designed to promote or incite racial or ethnic discrimination directed against them.'

Article 10 states:

'Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return.'

The Basic Principles on Involuntary Displacement were adopted by the World Bank in the year 2000. Its provisions are geared towards protecting those to be displaced and minimising the impact of their displacement.<sup>421</sup> Article 8 provides:

'Displacement shall not be carried out in a manner that violates the right to life, dignity, liberty and security of those affected.'

---

421 Article 7 of the Basic Principles provides:

1. Prior to any decision requiring the displacement of persons, the authorities concerned shall ensure that all feasible alternatives are explored in order to avoid displacement altogether. Where no alternatives exist, all measures shall be taken to minimise the displacement and its adverse effects.
2. The authorities undertaking such displacement shall ensure, to the greatest practicable extent, that proper accommodation is provided to the displaced persons, that such displacements are effected in satisfactory conditions of safety, nutrition, health and hygiene, and that members of the same family are not separated.
3. If displacement occurs in situations other than during the emergency stage of armed conflict and disasters, the following shall be complied with:
  - (a) A specific decision shall be taken by a State authority empowered by law to order such measure;
  - (b) Adequate measures shall be taken to guarantee to those to be displaced full information on the reasons and procedures for their displacement and, where applicable, on compensation and relocation;
  - (c) The free and informed consent of those displaced shall be sought;
  - (d) The authorities concerned shall endeavour to involve the affected, particularly women, in the planning and management of their relocation;
  - (e) Law enforcement measures, where required, shall be carried out by competent legal authorities; and
  - (f) The right to an effective remedy, including the review of such decisions by appropriate judicial authorities, shall be respected.

Article 32 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples requires that the free and informed consent of indigenous people must be secured prior to development projects taking place on their land. The text of the Article states:

'Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands or territories and other resources.

States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources.

States shall provide effective mechanisms for just and fair redress for any such activities, and appropriate measures shall be taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural and spiritual impact.'

### 3 *The right against interference with family home*

Article 12 UDHR states:

'No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.'

Article 17(1) of the ICCPR and General Comment 16 state:

'No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.'

### 4 *The right to housing*

The right to housing is increasingly being included in recent human rights standards, elevating it to a distinct right and strengthening the right not be forcibly removed. It was included in Article 25(1) of the UDHR which provides that:

'Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of

unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control. '

Article 11(1) of the ICESCR provides:

'The State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.'

Article 5(e)(iii) of the International Covenant on the Eradication of Racial Discrimination (ICERD) states:

'In compliance with the fundamental obligations laid down in article 2 of this Convention, States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of [...] the right to housing.'

Paragraph 8 of the General Comment No. 4 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) on the Rights to Adequate Housing (1991)<sup>422</sup> interprets the right to housing in the terms that for housing to be considered 'adequate' the following seven basic criteria must be in place: (1) security of tenure; (2) habitability; (c) affordability; (d) accessibility; (e) availability of materials; (f) location; and (g) cultural adequacy.

## 5 *Protection against illegal evictions and forced removals*

The expanding protection against forced evictions has played a role in the emergence of restitution, especially land, housing and property restitution, as a distinct right. The UN Commission on Human Rights has held that 'forced evictions constitute gross violations of human rights.'<sup>423</sup> The General Comment No 7 (1997) of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) dealing with forced evictions<sup>424</sup> has elaborated on the legal protection against forced evictions. As happened in the cases of the Chagossian people, the General Comment correctly indicates that the practice of

---

422 UN Doc.E/1992/23 (1992) adopted on 13 December 1991.

423 UN Commission on Human Rights Resolution 1993/77 (1993).

424 UN Doc. E/1998/22 annex IV (1998) adopted on 20 May 1997.

forced eviction can lead to violations of other human rights such as the right to life, non-interference with a family and home as well as peaceful enjoyment of possessions. It states, among other things:

'4. The practice of forced evictions is widespread and affects persons in both developed and developing countries. Owing to the inter-relationship and inter-dependency which exists among all human rights, forced evictions frequently violate other human rights. Thus, while manifestly breaching the rights enshrined in the Covenant, the practice of forced evictions may also result in violations of civil and political rights, such as the right to life, the right to security of the person, the right to non-interference with privacy, family and home and the right to peaceful enjoyment of possessions.

5. Although the practice of forced evictions might appear to occur primarily in heavily populated urban areas, it also takes place in connection with forced population transfers, internal displacement, forced relocations in the context of armed conflict, mass exoduses and refugee movements...

14. In cases where eviction is considered to be justified, it should be carried out in strict compliance with the relevant provisions of international human rights law and in accordance with general principles of reasonableness and proportionality. In this regard it is especially pertinent to recall General Comment 16 of the [UN] Human Rights Committee, related to Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which state that interference with a person's home can only take place 'in cases envisaged by law.' The Committee observed that the law 'should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances'. The Committee also indicated that the 'relevant legislation must specify in detail the precise circumstances in which such interference may be permitted.'

The CESCR has interpreted Article 11(1) of the ICESCR on the right to housing to include the right to be free from forced eviction. General Comment 4 of the CESCR on the right to adequate housing requires the setting up of legal procedures for the provision of compensation arising from illegal evictions.<sup>425</sup>

The UN Commission on Human Rights encourages governments against whom claims of forced removals are brought to enter into mutually satisfactory negotiations with affected people. The negotiations should lead towards the provision of immediate restitution, compensation, and/or appropriate and sufficient alternative accommodation

---

<sup>425</sup> Sixth session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1991 UN Doc E/1992/23 (1992) adopted on 13 December 1991.



or land, consistent with the wishes and needs of persons and communities that have been forcibly evicted.<sup>426</sup>

### *B The right to property in international and regional human rights instruments*

Article 17 of the UDHR provides everyone with the right to own property and that no one shall be arbitrarily deprived of property. It states:

- '1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.
2. No one shall be arbitrarily deprived of property.'

At a regional level, the European Convention, the American Convention on Human Rights as well as the African Charter on Human and Peoples Rights also protect the right of every individual to property and grant them protections against arbitrary deprivation of property.

#### *1 The African Charter on Human and Peoples' Rights*

Article 14 of the African Charter states that:

- 'The right to property shall be guaranteed. It may only be encroached upon in the interest of public need or in the general interest of the community and in accordance with the provisions of appropriate laws.'

The African Commission on Human and Peoples' Rights (African Commission) gave a wide interpretation to the right to housing and property in Communication 155/96 concerning the Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria.<sup>427</sup> It held that

- 'Although the right to housing or shelter is not explicitly provided for under the African Charter on Human and Peoples Rights, the corollary of the combination of the provisions protecting the right to enjoy the best attainable state of mental and physical health, in Article 16 of the African Charter, the right to property, and the protection accorded to the family forbids the wanton destruction of shelter because when housing is destroyed, property, health, and family life are adversely affected.'<sup>428</sup>

---

426 Commission on Human Rights, Resolution 1993/77

427 The African Commission has thus noted that the combined effect of Articles 14, 16 and 18(1) reads into the African Charter a right to shelter or housing which the Nigerian Government has apparently violated. See Murray, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems', *African Human Rights Law Journal* supra.

428 Ibid.

## 2 *The American Convention on Human Rights*

Article 21 of the American Convention on Human Rights makes provision for the right to property. It states that:

- '1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.'

## 3 *The European Convention for the Protection of Human Rights*

Article 8 of the European Convention provides that:

'Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'

Article 1 –of Protocol 1 to the European Convention provides that:

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

#### 4 *The right to an effective remedy for human rights violations*

Article 8 of the UDHR states:

'Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law'

Article 3 of the ICCPR:

1. Each State Party to the present Covenant undertakes:
2. To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;
3. To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;
4. To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

Article 10 of the American Convention on Human Rights refers to the right to compensation where a person is sentenced by a final judgement through a miscarriage of justice. Article 25 provides guarantees everyone with the right to a remedy. It states:

'1. Everyone has the right to simple and prompt recourse, of any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognised by the constitution or laws [ ...] or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties.

2. The State Parties undertake:

- (a) To ensure that any person claiming such remedy shall have his rights determined by the competent authority provided for by the legal system of the State;
- (b) To develop the possibilities of judicial remedy; and
- (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

The Inter-American Court has held that the right of every person to a simple and rapid remedy to protect themselves against violation of their human rights is one of the most

important elements of not only the American Convention but also of the rule of law in any democracy.<sup>429</sup> It has also pointed out that:

'The inexistence of an effective recourse against the violation of the rights recognised by the Convention constitutes a transgression of the Convention by the State Party in which such a situation occurs. In that respect, it should be emphasised that, for such a recourse to exist, it is not enough that it is established in the Constitution or in the law or that it should be formally admissible, but it must be truly appropriate to establish whether there has been a violation of human rights and to provide everything necessary to remedy it.'<sup>430</sup>

Article 40 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples states:

'Indigenous peoples have the right to access to and prompt decision through just and fair procedures for the resolution of conflicts and disputes with States or other parties, as well as to effective remedies for all infringements of their individual and collective rights. Such a decision shall give due consideration to the customs, traditions, rules and legal systems of the indigenous peoples concerned and international human rights.'

### *Paragraph 3 Human rights norms and standards on the right to restitution*

A number of international human rights standards, starting from the Geneva Convention of 1949 to the recent Rome Statute on the ICC of 2002, prohibit the displacement of civilian populations and the destruction of their property unless this is totally necessary during times of war or military operations. Even during times of war civilian populations may not be made to leave their territory forcefully. Should the displacement of civilian populations or the destruction of their property be necessary due to a state of war or military operations, this has to be done in a manner that takes into account the inherent dignity of the human person and should be done as less disruptively as possible. Once the hostilities have ceased the people need to be returned to their homes and their property be returned as soon as possible. The right to restitution therefore also arises in the context of return of refugees and displaced as well as internally displaced persons after a period of armed or internal conflict.

---

429 Quoted in *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* at paragraph 113.

430 *Ivcher Bronstein* case decided on 6 February 2001 [2001] ACHPR 1, C Series No 74 paragraph 135 quoted in *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* case at paragraph 113. The Inter-American Court held in the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* case that the existence of a formal remedy was not enough. In casu there had been a law allowing for titling of land of indigenous people was not accompanied by a clear procedure on how the titling of land could be carried out and no state institution had been granted the responsibility for land titling the right of the community to a simple and effective remedy had been violated. While Nicaragua recognised communal property of indigenous people it had not regulated the specific procedure for to give effect to that recognition and therefore could not claim that the remedy exists domestically for land of indigenous people to be titled.

The Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of Violations of Human Rights and Humanitarian Law<sup>431</sup> require States to provide reparations to victims of international human rights and humanitarian law.<sup>432</sup> Article 16 states:

'In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims of its acts or omissions constituting violations of international human rights and humanitarian law norms.'

Article 22 stipulates what restitution should seek to achieve. It states:

'Restitution should, whenever possible, restore the victim to the original situation before the violations of international human rights of humanitarian law occurred. Restitution includes: restoration of liberty, legal rights, social status, family life and citizenship; return of one's place of residence; and restoration of employment and return of property'.

Article 29 of the Guiding Principles on Internal Displacement places a duty on the authorities to assist returned refugees and internally displaced persons to recover their properties and possessions. It states:<sup>433</sup>

'(1) Internally displaced persons who have returned to their homes or places of habitual residence or who have resettled in another part of the country shall not be discriminated against as a result of their having been displaced. They shall have the right to participate fully and equally in public affairs at all levels and have equal access to public services.

(2) Competent authorities have the duty and responsibility to assist returned and/or resettled internally displaced persons to recover, to the extent possible, their property and possessions, which they left behind or were dispossessed upon their displacement. When recovery of such property and possessions is not

---

431 UN Doc.E/CN.4/2000/62 (2000). The Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparation for Victims of Violations of Human Rights and International Humanitarian Law were adopted pursuant to the Commission on Human Rights Resolution 1997/29. The resolution was entitled the 'Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Grave Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms'.

432 Article 18 of the Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparations of Victims of Violations of Human Rights and International Humanitarian Law provides:

'In the event that the party responsible for the violation is unable or unwilling to meet these obligations, the State should endeavour to provide reparation to victims who have sustained bodily injury or impairment of physical or mental health as a result of these violations and to families, in particular dependants of persons who have died or become physically or mentally incapacitated as a result of the violation. To that end, States should endeavour to establish national funds for reparation to victims and seek other sources of funds wherever necessary to supplement these.'

433 UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998). The Guiding Principles on Internal Displacement were developed by Mr Francis Deng, Special Representative of the UN Secretary General pursuant to the Commission on Human Rights resolution 1997/39.

possible, competent authorities shall provide or assist these persons in obtaining appropriate compensation or another form of just reparation.’<sup>434</sup>

Article 28 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous People states:

‘ 1. Indigenous peoples have the right to redress, by means that can include restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free and informed consent.

2. Unless otherwise freely agreed upon by the peoples concerned, compensation shall take the form of lands, territories and resources equal in quality, size and legal status or of monetary compensation or other appropriate redress.’

As indicated in the introduction, the remedy of restitution (reparations) has been included in a number of instruments establishing international tribunals, for example the Rome Statute ICC makes provision for reparations for its decisions, the ICTY allows for the restitution of property as a possible remedy; and the ICTR regards the destruction of property as one of the grounds for prosecution for acts of genocide.

The remedy of restitution has also been included in a number of agreements concerning the voluntary repatriation of refugees and internally displaced persons at the end of national conflicts and crises. A number of UN agencies, notably the UN High Commissioner for Refugees, encourage their officers to include restitution measures as important parts of their mandates when addressing issues of voluntary repatriation and return of refugees, persons displaced beyond the borders of their national territories as well as internally displaced persons.

The UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)’s General Recommendation XXIII on Indigenous Peoples<sup>435</sup> reaffirmed that the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination applies to indigenous peoples. CERD called upon State Parties to the Convention:

‘To recognise and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they had been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise

---

434 Article 15 states:

‘Adequate, effective and prompt reparation shall be intended to promote justice by redressing violations of international human rights or humanitarian law. Reparation should be proportional to the gravity of the violations and the harm suffered.’

435 CERD General Recommendation XXIII: Indigenous Peoples, adopted at its 51st session in 1997.

inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those land and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to restitution should be substituted by the right to just, fair and prompt compensation. Such compensation should be as far as possible take the form of land and territories.'

The UN Sub-Commission on the Protection and Promotion of Human Rights recently adopted without a vote Resolution 1998/26 to affirm the 'right of all refugees, as defined in relevant international legal instruments, and internally displaced persons to return to their homes and places of habitual residence in their country and/or place of origin, should they so wish.'<sup>436</sup>

The UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, in its resolution on Housing and Property Restitution in the Context of Refugees and Other Displaced Persons 'urges all states to ensure the free and fair exercise of the right to return to one's home and place of habitual residence by all refugees and internally displaced persons and to develop effective and expeditious legal, administrative and other procedures to ensure the free and fair exercise of this right, including fair and effective mechanisms designed to resolve outstanding housing and property problems.'<sup>437</sup>

Article 5 on refugees and displaced persons contained in General Recommendation No. 22 (1997) of the CERD emphasised that all refugees and displaced persons have the right to freely return to their homes of origin under conditions of safety. It also stated that returned refugees and internally displaced persons have a right to have restored to them their homes of origin or compensation should it not be possible to restore the properties.<sup>438</sup>

At its fifteenth session the CERD decided to propose to the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights among other topics the preparation of a study on the return of refugees' or displaced persons property.<sup>439</sup> The Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights has produced a report on the right of returned refugees and internally displaced persons to restitution of their housing and

---

436 UN Doc E/CN.4/Sub.2 Res/1998/26.

437 The resolution on Housing and Property Restitution in the Context of Refugees and Other Displaced Persons was passed on 9 August 2002. See UN Doc. E/CN./Sub.2/2002/I.16.

438 UN Doc. A/51/18 (1997) adopted on 23 August 1996.

439 Ibid.

property rights.<sup>440</sup> It 'affirms that the remedy of compensation should only be used when the remedy of restitution is not possible or when the injured party knowingly and voluntarily accepts compensation in lieu of restitution.'<sup>441</sup> As far as possible land should be returned, hence the onus/burden of proof shifts to the state to establish that it is factually impossible to return the land.

The UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) has played a central role in the development of the remedy of restitution, which is becoming a distinct right, in the context of returning refugees and displaced persons. This is especially the case in examples of voluntary repatriation programmes that saw more than 10 million refugees and displaced persons returning home in the 1990s.<sup>442</sup> The mandate of the UNHCR, especially the aspect of voluntary repatriation as a solution to refugee situations, has its roots in the UN General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950 adopting the UNHCR Statute. The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation<sup>443</sup> indicates that its mandate is mainly to promote 'the creation of conditions that are conducive to voluntary return in safety and dignity' and to 'promote the voluntary repatriation of refugees once conditions are conducive to return.'

The UNHCR issued a memorandum to all its offices in 2001 outlining its policy on the recovery of refugee homes and properties.<sup>444</sup> The most important aspects of the memorandum provide:

'1. Recovery of refugees' homes and property in their countries of origin needs to be addressed consistently to ensure that affective solutions to refugee displacement are found. Experience has shown that voluntary repatriation operations are unlikely to be fully successful or sustainable in the longer term if housing and property issues –being an integral part of return in safety and dignity- are left unattended.'

Paragraph 2 of the memorandum is especially instructive in making a connection between the developments of the right to adequate housing in the context of returning refugees. It shows that this has led to the development of the right of returning refugees not to be arbitrarily deprived of their housing and property in the first place. The paragraph states:

---

440 Report by Paolo Sergio Pinheiro, UN Special Rapporteur on Housing and Property Restitution, UN Doc. E/CN.Sub.2/2002/16.

441 Resolution of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, contained in UN Doc E/CN.4/Sub.2/2002/L.16.

442 Scott Leckie, *Returning Home*, at page 27.

443 UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection UNHCR 1996.

444 UNHCR Inter-Office Memorandum No 104/2001, dated 28 November 2001, UNHCR Field Office Memorandum No 101/2001, 28 November 2001.



2. Human rights law in relation to the right to adequate housing has evolved significantly over the past decade. The right of a refugee to return to his or her country is now increasingly coupled with his or her right to adequate housing. In this context, the right to adequate housing has developed to extend to the right not to be arbitrarily deprived of housing and property in the first place. As a corollary to this, refugees have the right to return not only to their countries of origin but also to recover the homes from which they were previously evicted (restitution). If this is not possible, then the right to adequate compensation for any loss suffered comes into play.

1. In most circumstances, conditions of safe and dignified return will not and cannot be met without adequate safeguards designed to protect the rights of returnees to housing and property restitution.
2. If housing is to be properly treated as an issue of human rights, then all housing-related policies and practices of UNHCR need per se to be treated as issues of refugee protection.
3. Housing issues for refugees should be addressed at an early stage in the cycle of refugee displacement and not only after refugees have returned to their countries of origin.'

The UNHCR Memorandum also encourages the UNHCR field officials to play an active role in the negotiations leading to peace agreements with a view to ensuring that the housing and property aspects of voluntary repatriation are fully taken into account with a view to strengthen the prospects of for successful housing, land and property restitution for returning refugees. They should also promote housing and property rights within voluntary repatriation plans as well as develop action plans on housing and property restitution.<sup>445</sup> The Memorandum also requires field officials to identify and analyse all national laws on housing and property rights of returnees and recommend legislative repeals and reform to ensure that those returning would be able to exercise their right to land, housing and property restitution effectively. The memorandum goes as far as suggesting that in the case of flawed national property restitution framework the UNHCR officials should promote, if possible and appropriate, proceedings to invoke the right to property before treaty bodies like the European Court or the Inter-American Commission and Inter-American Court.

---

445 Scott Leckie, *Returning Home*, at page 30.

## CHAPTER 2: JURISPRUDENCE ON THE RIGHT TO REPARATIONS AND RESTITUTION IN INTERNATIONAL LAW

The ordinary meaning of the word 'restitution' is to give back what belongs to another person and putting them in a situation where they were before something was taken from them. Although the right to restitution and reparations also arises in private law context where a person can sue for the return of their private property, restitution often arises in the public law context of land claims by indigenous people; or returning refugees and displaced persons as well as a remedy for violations of human rights and humanitarian law. Articles 18 and 22 of the Basic Principles and Guidelines on the Right to Reparations for Victims of Violations of Human Rights and Humanitarian Law state that restitution should, 'whenever possible, restore the victim to the original situation before the violations of international human rights or humanitarian law occurred.'

The International Law Commission concluded in 2001 that restitution includes the return of territory, persons or property or the reversal of some juridical act or some combination of them. It states that because 'restitution most closely conforms to the general principle that the responsible State is bound to wipe out the legal and material consequences of its wrongful act by re-establishing the situation that would exist if that act had not been committed, it comes first among forms of reparations.'<sup>446</sup>

The rule of *restitutio in integrum* is a rule of common law. It states that the party that has unjustly taken something from another should retribute or return that party to the condition to which they were prior to the 'taking'. The concept of restitution has long been accepted as an appropriate judicial remedy within a number of national legal systems and international human rights instruments. It is regarded as a primary remedy for violations of international law.

### *Paragraph 1 Jurisprudence on restitution*

The former Permanent Court on International Justice, which has now been replaced by the ICJ, ruled in the 1928 case of *Chorzow Factory*<sup>447</sup> that restitution was the preferred remedy for correcting illegal governmental takings (expropriation) of property. Although concerned with the specific violation of a treaty, *Chorzow Factory* set out the widely accepted remedial norms for violations of international law. It held:

---

446 Report of the International Law Commission at its 53rd session from 23 April to 1 June and 2 July to 10 August 2001.

447 Cited as *Germany v Poland* 1928 PCIJ (Series A) No 17 decided on 13 September 1928 at page 47.

'The principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular the decisions of arbitral tribunals- is that reparations must, as far as possible wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it- such are principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.'<sup>448</sup>

### A *The Inter-American Court of Human Rights*

Article 63(1) of the American Convention on Human Rights is the main provision dealing with reparations in the Inter-American system of human rights. It states that:

'If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequence of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.'

The Inter-American Court has held that the provisions of Article 63(1) of the Convention contain one of the fundamental principles of international law as recognised in cases before the former Permanent Court on International Justice and applied by the Inter-American Court in the landmark case of *Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras*.<sup>449</sup> and followed by subsequent cases like *Aloeboetoe*<sup>450</sup> and the *El Amparo*<sup>451</sup> case.

The Inter-American Court has also stated that 'the obligation to make reparations is governed by international law in all of its aspects such as scope, characteristics,

---

448 Since the case did not distinguish between the remedial norms for treaty violations and those for violations of customary law, Scott Leckie concludes that it therefore also applies to remedial norms for customary law as well.

449 *Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras* Series C No 4 [1988] IACHR 1 decided on 29 July 1988; Interpretation of Compensation Damages Judgment Series C No 9 IACHR [1990] 9 decided on 17 August 1998.

450 Series C No 11 [1990] IACHR 1 decided on 4 December 1990 and Reparations Judgment Series C No 15 [1993] IACHR 2 decided on 10 September 1993.

451 Series C No 19 [1995] IACHR 5 decided on 8 January 1995 and Reparations Judgment Series C No 28 [1996] IACHR 6 decided on 14 September 1996.

beneficiaries, etc and may not be subject to modification by the respondent State through invocation of provisions of its own domestic law.’<sup>452</sup>

In the *Velasquez Rodriguez* case the Court clarified what the role of the State is in preventing human rights abuses. For example, while the State is responsible for the actions of its officials and agents it may still be held liable for human rights violations by those who are not its agents if it had failed to prevent the violations from taking place after it had become aware of them. It held that ‘the State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victims’ compensation.’<sup>453</sup>

The Inter-American Court has developed a sizeable amount of jurisprudence on cases of reparations brought by the Inter-American Commission on behalf of individuals against State Parties to the American Convention. The American Convention does not define ‘reparations’ but the jurisprudence from the Inter-American Court has done so.

Most of the cases before the Inter-American Court have mainly been for the breach of civil and political rights, for example for the death or disappearances of civilians at the hands of the military or security forces, denial of the right to judicial guarantees<sup>454</sup> or the violation of the right to freedom of religion. Where there is a violation of the right to

---

452 *Neira Algeria et al* Series C No 29 [1996] IACHR decided on 19 September 1996 at paragraph 37 quoting the *Aloeboetoe* Reparations case Note 450 at paragraph 44 and the *El Amparo* Reparations case Note 451 at paragraph 15.

453 Reparations Judgement in 1988 note 449 quoted in the Final Report of the UN Special Rapporteur on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms, Mr Theo van Boven, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1993/8 at paragraph 49.

454 Article 8 (1) and (2) of the American Convention on Human Rights guarantees everyone the right to judicial guarantees. It states:

1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature.
2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:
  - a) The right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;
  - b) Prior notification in detail to the accused of the charges against him;
  - c) Adequate time and means for the preparation of his defence;
  - d) The right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing and to communicate freely and privately with his counsel;
  - e) The inalienable right to be assisted by counsel provided by the State, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law;
  - f) The right of the defence to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts;
  - g) The right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and
  - h) The right to appeal the judgment to a higher court.

life, relatives of the person who has lost their life are allowed to bring claims for damages as a result of the death. These could be the victim's children, spouse and if they were not married and had no children, their parents and siblings. This is in light of the 'norm common in most legal systems that a person's successors are his or her children. It is also generally accepted that the spouse has a share in the assets acquired during a marriage; some legal systems also grant the spouse inheritance rights along with children.'<sup>455</sup>

The Inter-American Court found a violation of the right to life in the *El Amparo* case,<sup>456</sup> the *Aloeboetoe* case,<sup>457</sup> the *Neira Algeria* case<sup>458</sup> and the *Caballero Delgado and Santana* case<sup>459</sup> and ordered that reparations be paid to relatives of the victims. The case of *Neira Algeria et al* awarded damages to parents of the victim, Edgar Zenteno-Escobar, who was not married and had no children at the time of death.

The Court has defined what sort of damages may be claimed as a form of reparation for the violation of rights protected in the American Convention on Human Rights. The Court has also defined how financial compensation is to be determined once it has been decided that the State Party responsible is liable for reparations on account of violation of any of the articles of the American Convention.

The Inter-American Court held in the case of *Neira Algeria et al* that since the rule of *restitutio in integrum* cannot be applied in a case involving the violation of the right to life- because a dead person cannot be revived- other forms of reparations like financial compensation are the appropriate forms of reparations to be awarded to the next of kin and dependants of the victims.

The Court went on to elaborate on the methodology of calculating pecuniary damages. It held that the compensation would be actual damages suffered comprising of both

---

455 Van Boven study at paragraph 60.

456 Note 451. The case was against the Republic of Venezuela arising from the killing of 14 fishermen by the military as part of Operation Anguilla II with two surviving by escaping. The Inter-America Court found violation of the right to life by the State of Venezuela and ordered that it pay damages and fair indemnification to the surviving victims and the next of kin of the deceased fishermen. The reparations as well as form and amount of the indemnification would be determined through mutual agreement between the Republic of Venezuela and the Inter-American Commission of Human within six months of the passing of the judgement.

457 Note 450. The case was against the Republic of Suriname for the killing of 6 unarmed members of the Saramaka tribe who were arbitrarily rounded up by the military and killed. There were allegations of racism in that the people had been targeted for being members of a tribe of former African slaves that lived in isolation in remote areas. On 4 December 1991 the Inter-American Court found violations of the right to life. On 10 September 1993 the Court considered the matter for reparations and allocated money to next of kin of the victims. Interestingly, the Court also ordered that a Foundation be established to administer the funds on behalf of the minor children of the victims. It also ordered that a school that had been closed be reopened so that the children could attend.

458 Note 452.

459 Preliminary Objections Series C No 17 [1994] IACHR 1 decided on 21 January 1994 and Reparations Judgement Series C No 3 [1997] IACHR 1 decided on 29 January 1997.

material and moral damages. These are calculated as loss of earnings that the relatives of the victims suffered as a result of the death of the victim as well as the potential earnings that the victim would have earned if they had not died. It also includes actual financial loss that the relatives suffered as a result of seeking redress from authorities, namely the State Party responsible for the violation of rights in the Inter-American Convention, the domestic courts as well as the Inter-American Commission and the Inter-American Court. In calculating the amount to be paid in respect of loss of life, the Inter-American Court has taken into account the age of the victim at the time of death, the years remaining until they would have attained the age of normal life expectancy in their country and their actual incomes calculated on the basis of actual wages.<sup>460</sup>

The Inter-American Court does not require evidence to be led to prove moral damages since it considers that:

'[I]t is clear that victims suffered moral damages, for it is characteristic of human nature that anybody subjected to the aggression and abuse described above will experience moral suffering. The Court considers that no evidence is required to arrive at this conclusion'<sup>461</sup>

### 1 *The case of Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras*

The case of *Velasquez Rodriguez v Honduras*<sup>462</sup> is the leading authority on the subject of reparations and State responsibility for the violation of human rights by State agents. The Inter-American Court held that 'under international law a State is responsible for the acts of its agents undertaken in their official capacity and for their omissions, even when those agents act outside the sphere of their authority or violate internal law.'<sup>463</sup> In principle therefore any violation of human rights recognised in the American Convention is imputable to the State if it is carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority. Even where the initial act could not be imputed to the State this could lead to international responsibility of the State if the State failed to institute due diligence to prevent the violation or to respond once it has become aware of the violations of the human rights contained in the American Convention.

The legal duty on the State is that it must take all reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out serious investigations into the alleged violations of human rights committed within its jurisdiction. The State

---

460 Ibid case on Reparations at paragraph 174.

461 Supra at paragraph 57 quoting the *Aloeboetoe* Reparations case at paragraph 52 and the *El Amparo* Reparations case Note 450 at paragraph 36.

462 Note 449.

463 Ibid at paragraph 170.

must also 'identify those responsible, impose the appropriate punishment and to ensure the victim received adequate compensation.'<sup>464</sup> The duty to prevent violations of human rights includes all measures of a 'legal, political, administrative and cultural nature' that will ensure the protection of human rights as well ensure that violations are treated as illegal acts which must be punished.

In the instant case although the law of Honduras did not condone the practice of disappearances and internal law had recognised it as illegal, and not all the levels of government had known of the acts of disappearances nor had there been any evidence that they had been undertaken as a result of official orders, Honduras was still held to be responsible in international law for those acts.<sup>465</sup>

The case involved the disappearance of a student, Manfredo Velasquez Rodriguez, at the hands of a paramilitary group, the Armed Forces, that were responsible for the widespread practice of disappearances in Honduras at the time, with little or no government action to halt the practice. The Inter-American Court concluded that the Government of Honduras had been aware of the activities of the Armed Forces, which had been widely reported in local newspapers, but had not done anything to sanction the activities of its members nor prosecute any of them for several years after the practice had been exposed by the print media.

The issue before the Inter-American Court was whether there had been a violation of the right to life in terms of Article 4,<sup>466</sup> whether the right to humane treatment in terms of Article 5 was violated<sup>467</sup> as well as whether there had been a violation of the right to personal liberty in terms of Article 7 of the American Convention. The Inter-American Court held that 'any impairment of those rights which can be attributed under the rules of international law to the action or omission of any public authority constitutes an act

---

464 Paragraph 174.

465 Paragraph 183.

466 Article 4 (1) of the Inter-American Convention of Human Rights states:  
Right to Life:

1. Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

467 Article 5 of the Inter-American Convention on Human Rights states:

1. Everyone has the right to have his physical, mental and moral integrity respected.  
2. No one should be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person.  
3. Punishment shall not be extended to any person other than the criminal.  
4. Accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons, and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons.  
5. Minors while subject to criminal proceedings shall be separated from adults and brought before specialised tribunals, as speedily as possible, so that they may be treated in accordance with their status as minors.  
6. Punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social re-adaptation of the prisoners.

imputable to the State, which assumes responsibility in the terms provided by the Convention.’<sup>468</sup>

The Inter-American Court held that Article 1(1) of the American Convention was essential in order to determine whether any act in violation of the rights contained in the American Convention listed above could be imputed to the State of Honduras. Article 1(1), which places obligations on the State which are much more direct than those contained in Article 2, requires the State Parties to ‘respect and guarantee’ and to ‘ensure’ the free and full exercise the rights recognised in the American Convention.<sup>469</sup> In order to give effect to the duties of the State stated above it is necessary for it to organise its apparatus and structures in such a manner that it is possible for the State to ‘juridically’ ensure the free and full enjoyment of the human rights contained in the American Convention.

The State must therefore ‘prevent, investigate and punish any violation of the rights recognised by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation.’<sup>470</sup> The existence of a legal system designed to make it possible to comply with the State obligation arising from Article 1(1) is therefore not enough if the government does not conduct itself in manner that ‘effectively ensures the full and free exercise of the human rights.’<sup>471</sup>

The Inter-American Court further found that although the legal system in Honduras allowed for the remedy of writ of *habeas corpus* (which requires the production of the body of a person allegedly detained by the State and often feared dead), the remedy had been totally ineffective and had failed to produce results for the Velasquez Rodriquez family in particular and other disappeared persons in general despite being invoked in several lawsuits. The Court found that not one writ of *habeas corpus* had been processed for several years. Honduras had therefore failed to comply with its duty to ensure free and full exercise of the rights contained in the American Convention because its State apparatus acted in a way that the violations of human rights went unpunished and the victim’s full enjoyment of the rights was not restored as soon as possible. The executive branch of the State had done nothing to investigate the alleged disappearance of Manfredo Velasquez Rodriquez as well as several other people. Lawyers and members of

---

468 Note 449 at paragraph 164.

469 Paragraph 166.

470 Ibid.

471 Paragraph 167.



the judiciary who had taken up the cases of alleged disappearances had had their lives threatened, some actually killed, also allegedly at the hands of the Armed Forces.

The Court therefore found that Honduras had violated the right of Manfredo Velasquez Rodriguez to life, in terms of Article 4 of the American Convention due to his disappearance. The lack of knowledge of his whereabouts seven years later created a reasonable presumption that he had been killed.<sup>472</sup> Honduras was responsible for the disappearance of Manfredo Velasquez Rodriguez, which violated Article 5 of the American Convention dealing with the right to personal integrity. His subjection to prolonged isolation and deprivation of communication with his family and loved ones amounted to cruel and inhuman treatment which harms the psychological and moral integrity of a person. Although there was no proof that he had been physically tortured, his kidnapping and imprisonment by government authorities constituted a failure by the Government of Honduras to ensure rights under Articles 5(1) and 5 (2) were protected.<sup>473</sup>

After finding violations of rights contained in the American Convention, the Inter-American Court then applied Article 63(1) to order that compensation be paid to the family of Manfredo Velasquez Rodriguez, the amount of which would be negotiated between the State of Honduras and the Inter-American Commission.

## 2 *The Blake case*

The Blake case<sup>474</sup> involved an allegation of the violation of Article 4 of the Inter-American Convention dealing with the right to life and of Article 5 on the right not to be subjected to inhuman and degrading treatment. Mr Nicholas Blake, an American journalist, and another person had disappeared while covering stories concerning unrest in Guatemala. Their remains were found some years later. There had been some evidence that he was killed by members of the Guerrilla of the Poor, a paramilitary group. His family had undertaken investigations for a period of seven years without any official assistance from the Government of Guatemala. The Inter-American Commission had attempted to settle the matter amicably between the parties but the Government of Guatemala had objected on the basis that there had been no exhaustion of domestic remedies before the matter was taken up by the Inter-American Commission.

---

472 Paragraph 188.

473 Paragraph 187.

474 Preliminary Objections Series C No 27 [1996] IACHR 5 decided on 2 July 1996; and Reparations Judgment Series C No 36 [1998] IACHR decided on 24 January 1998; and Interpretation of Reparations Judgment Series C No 57 [1999] IACHR 11 decided on 1 October 1999.

Despite the defence of non-exhaustion of domestic remedies the Inter-American Court admitted the matter due to the fact that the State had not undertaken any investigation into the matter since the time of the disappearance until the matter was before the Court. This was despite efforts by the family of the victims to get the State to take action without avail for a period of seven years. The families had during that time conducted the investigation themselves at their own expense. The State of Guatemala had also objected to the case on the basis of the fact that the paramilitary group that had allegedly killed the two Americans had not been acting as its agents. The Court found that they had in fact acted with the knowledge of the Government of Guatemala and some of those involved had been military officials.

The Inter-American Court stated that involuntary or forced disappearance is one of the most serious and cruel human rights violations and it is incumbent upon States to take necessary measures to avoid them, investigate them and sanction those responsible as well as inform relatives of the disappeared about their whereabouts. The Court found a violation of the right to life as well as a violation of the right to humane treatment. It also found a violation of the right to judicial guarantees in terms of Article 8 of the Inter-American Convention. Having ruled that there was a violation of those rights it went on to order that the reparations stage be opened to determine what forms of reparations were due to the families of the victims.

### 3 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*

The case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua*<sup>475</sup> is unique in that it was the first case decided by a regional human rights court, namely the Inter-American Court, addressing issues of land rights of indigenous people. It involved the rights of indigenous people vis-à-vis the power of the State to grant rights to commercial companies to exploit the land under its jurisdiction.

This case involved the granting of a logging license to a company by the Government of Nicaragua over the ancestral land of the community without consulting them and therefore without their consent. The Constitution of Nicaragua recognises the existence of indigenous people within its territory. It also expressly recognises their land rights in line with their own indigenous law. There is also a piece of legislation allowing the community to be granted title over their ancestral lands. There was however no clear procedure in place on how the land could be titled. As soon as the Government of

---

475 Preliminary Objections Series C No 66 [2000] IACHR 3 decided on 1 February 2000 and Reparations Judgement Series C No 79 [2001] IACHR 9 decided on 31 August 2001.

Nicaragua granted a logging concession to a company to exploit the forest on their ancestral land the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community brought legal proceedings before their domestic courts to stop the logging of their ancestral land on account of lack of consultation and consent on their part. They lost some of these cases and later brought the matter before the Inter-American Commission, which in turn submitted the matter to the Inter-American Court.

The 1986 Constitution of Nicaragua recognises the existence of indigenous people in Nicaragua, especially in the Atlantic Coast region, and contains several clauses that seek to protect their cultures, language and importantly their rights to their ancestral territories and protection of their right to land and natural resources in those territories. Article 5 includes among the principles that underlie the Constitution 'freedom, justice, respect for the dignity of the human person, political, social and ethnic pluralism, recognition of different forms of property...and respect for free self-determination...' The Constitution of Nicaragua therefore puts beyond doubt the recognition of different forms of property, specifically as practised by the indigenous people, mentioning those of the Atlantic Coast, of which the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community is a part. The Constitution established a different regime in favour of the communities of the Atlantic Coast allowing them their own social institutions to run their local affairs and maintain communal forms of ownership of their lands. Article 5 provides:

'The State recognises the existence of the indigenous peoples, who have the rights, duties and guarantees set forth in the Constitution, and especially those of maintaining and developing their identity and culture, having their own forms of social organisations and managing their local affairs, as well as maintaining communal forms of ownership of their lands, and also the use and enjoyment of those lands, in accordance with the law. An autonomous regime is established in the ...Constitution for communities of the Atlantic Coast. The various forms of property: public, private, associative, cooperative and communitarian, must be guaranteed and promoted with no discrimination, to produce wealth, and all them while functioning freely must carry out a social function.'

The principles stated in Article 5 are reinforced by Article 89 that states that:

'The Communities of the Atlantic Coast are an inseparable part of the Nicaraguan people, and as such have the same rights and same obligations.

The Communities of the Atlantic Coast have the right to maintain and develop their cultural identity within national unity; to have their own forms of social organisation and to manage their local affairs according to their traditions.

The State recognises the communal forms of land ownership of the Community of the Atlantic Coast. It also recognises the use and enjoyment of the waters and forests on their communal lands.’<sup>476</sup>

In furtherance of the Constitutional provisions recognising the right of the indigenous communities to their ancestral lands and the social function of property, Nicaragua passed Decree No 16-96 of 23 August 1996 to create a National Commission for the Demarcation of the Lands of the Indigenous Communities of the Atlantic Coast as an administrative body responsible for demarcating lands of the indigenous communities. The Constitution of Nicaragua also provided in Articles 45 and 188 for the institution of *amparo* to ensure judicial protection at a reasonable time.

On 5 January 1995 the National Forestry Service (MARENA) approved a forest management plan submitted by a private company, SOLCARSA, to log timber from ancestral land of the Awas Tingni Community and a regional coordinator of the (RAAN), a government structure, signed an agreement with SOLCARSA on 28 April 1995. On 13 March 1996 the State granted a 30 year concession to SOLCARSA to manage and utilise the forest in the ancestral land of the Awas Tingni community.

The Awas Tingni community began to protest the granting of the logging concession to SOLCARSA as early as July 1995, including filing an *amparo* remedy as early as September 1995. While the Constitutional Panel of the Supreme Court of Justice in Nicaragua dismissed this *amparo* remedy it admitted the second one submitted by some members of the Regional Council of the RAAN on 9 April 1996 and ruled on 27 February 1997 that the granting of the logging concession to SOLCARSA was unconstitutional as it breached Article 181 of the Constitution of Nicaragua.<sup>477</sup>

At the time of using the *amparo* remedy to stop the logging concession the Awas Tingni community had not submitted an application for the demarcation and titling of their ancestral lands since it had not been clear which State institution in Nicaragua was responsible for this function.

While finding that the existence of the *amparo* remedy in Nicaragua was meant to assist communities like Mayagna Sumo (Awas Tingni) community to have access to courts of law within a reasonable time to litigate on the alleged violations of their human rights,

---

476 These provisions are further elaborated in Article 180 of the Constitution of Nicaragua.

477 See paragraph 103 of the judgement.

the Inter-American Court held that in this case the granting of a logging concession to a private company without the consent of the community, the *amparo* remedies submitted by the Awas Tingni community was not decided in accordance with the provisions of Article 25 of the American Convention, which guarantees the right to judicial protection.

Article 2 required that there be a simple and effective remedy. The existence of the remedy is not enough. It must also be effective in that it should make it possible for the community to exercise their right to have their ancestral land delimited, demarcated and titled. The Court awarded immaterial damages in the form of financial compensation arising from continuing lack of demarcation, delimitation and titling of their communal land. The Government of Nicaragua was ordered to invest an amount of US \$ 50 000 as immaterial damages in works or services of collective interest for the benefit of the community. The State was also ordered to adopt in its domestic law the 'legislative, administrative and any other measures necessary to create an effective mechanisms for delimitation, demarcation and titling of the property of indigenous communities in accordance with their customary law, values, customs and mores..' <sup>478</sup> The Court concluded that the judgement itself was a form of reparation for the members of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni community. <sup>479</sup>

### *B Jurisprudence from the European Court regarding property rights*

The European Court, when applying Article 50 (41) of the European Convention <sup>480</sup> may award 'just satisfaction' to a victim of a human rights violation where the consequences of the violation cannot be fully remedied according to the domestic law of the State concerned. It states: Just satisfaction:

'If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.' <sup>481</sup>

Article 1 to Protocol 1 to the European Convention states:

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

---

478 Ibid paragraph 173 Court order.

479 Ibid.

480 Article 41 has replaced Article 50 of the European Convention on Human Rights.

481 Ibid.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

Protocol 1 to the European Convention deals with the right to peaceful enjoyment of 'possessions' and makes a distinction between: (1) expropriation; and (2) control. Expropriation of property is permissible if it is undertaken: (1) in the public interest; and (2) it is in accordance with domestic and international law.

### 1 *The right to peaceful enjoyment of 'possessions'*

The European Court has interpreted 'possessions' for the purposes of Protocol 1 to include a wide range of economic interests like, movable or immovable property, tangible and intangible interests, such as shares, patents, arbitration award, the entitlement to a pension, a landlord's entitlement to rent, the economic interests connected with the running of a business and the right to exercise a profession. The right to property has also been held to apply to a legitimate expectation that a certain state of affairs will apply although this does not extend to 'future' property rights. The essential characteristic is the acquired economic value of the individual interest. A person may therefore litigate on expropriation of their intangible property.<sup>482</sup>

### 2 *Direct and indirect expropriation under the European Convention*

Expropriation may be direct and indirect. Direct (*de jure*) expropriation refers to actual transfer of property rights from the owner to the State or to any other third party. Indirect (*de facto*) expropriation refers to situations where although property rights are not formerly transferred the restrictions on use of the property makes it almost impossible for the owner to enjoy the use of their property. The effect of the restriction of the use or control of the property is therefore similar to an outright expropriation. Once the restriction of use and control of property amounts to *de facto* expropriation the

---

<sup>482</sup> This is also the case in the US where a litigant can claim that the 'taking' of their intangible property rights has not been properly compensated. An example is the claim by the people of the RMI that the 'espousal' of their claim by the US Congress amounted to a 'taking' because the measures put in place to address their claims arising from the nuclear testing programme were not adequate. Specifically that due to the lack of enough resources by the NCT to satisfy their claims, this amounted to an uncompensated taking of their intangible property, namely the claims themselves.

State must satisfy the same requirements as when there is an expropriation.<sup>483</sup> The facts in *Sporrong v Sweden* were that the Estate of Sporrong had received an expropriation notice for a total period of 23 years making it difficult to sell or encumber the property in any manner without the approval of the city council. This was regarded as an expropriation for which the owner should be entitled to compensation.

### 3 *Deprivation of control of property in terms of the European Convention*

Deprivation of control or use of property normally refers to a situation where property is not expropriated but the State interferes with the right of the owner to use or control it in a manner that he or she chooses. The European Court has held that deprivation of use or control of property must be: (1) in pursuit of the general interest; and (2) the 'fair balance' test must be satisfied. It held in *Zubani v Italy*<sup>484</sup> that there had been a violation of Article 1 Protocol 1 when no fair balance was struck between the interest of protecting the right to property and the demands of the general interest as a result of the length of expropriation proceedings, the difficulty encountered by the applicants to obtain full payment of the compensation awarded, and the deterioration of the plots of land eventually returned to them.<sup>485</sup>

Compensation is normally not required for deprivation of property but only for expropriation. The European Court has held that compensation is not payable by the State for deprivation of control of the property as long as the burden on the property owner is not unreasonable. One of the relevant cases in this regard is *Chassagnou and Others v France*<sup>486</sup> whereby the European Court ruled that the compulsory inclusion of the applicants' lands in the hunting grounds of the organisation of approved municipal hunters' association (ACCA) and the obligation contained in a piece of legislation called the 'Loi Verdeille' of 10 July 1964 to join an association whose objects they disapproved had violated their right of property set forth in Article 1 of the Protocol No. 1 to the European Convention. The Court expressed the view that the various forms of statutory considerations mentioned in the 1964 Act could not be considered to represent fair compensation for loss of the right of use of the land. It was intended in the Loi Verdeille of 1964 that each landowner who was subject to compulsory transfer should be

---

483 *Sporrong v Sweden* Series A No 52 decided on 23 September 1982 and *Papamichalopoulos v Greece* Series A No 21 G No 31423/93 ACEDH/ECHR 1999-II decided on 24 May 1993 by the European Court on Human Rights.

484 See *Zubani v Italy* Series A No 652 decided on 7 August 1996 and just satisfaction judgment GC No 14025/88. See also *Chapman v UK* decided on 18 January 2001 on the issue of striking a fair balance.

485 Ibid.

486 The case of *Chassagnou and others v. France* GC No 25088/94, 28331/95 and 28443/95 CEDH/ECHR 1999 III was decided on 29 April 1999.

compensated for deprivation of the exclusive right to hunt on his land through the right to hunt throughout those parts of the municipality's territory under ACCA control. The problem however was that the 1964 Act did not contemplate any measures of compensation for landowners opposed to hunting.

In *Lithgow and Others v. UK*<sup>487</sup> it was found that compensation terms are material to the assessment of whether a fair balance was struck between the various interest at stake and, notably, whether or not a disproportionate burden has been imposed on the person who has been deprived of his possessions.<sup>488</sup>

The European Court has added that the 'right' of the State to expropriate private property goes with an obligation to pay financial compensation. The European Court has further established a proportionality test by requiring that in expropriating private property a fair balance must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of protection of individual fundamental rights. In deciding whether a fair balance has been struck the court will have regard to the level, nature and timing of compensation paid.

Jurisprudence from the European Court on this issue is that compensation must be 'fair compensation' and must be applied flexibly in order to meet the standard of fairness.<sup>489</sup> 'Fair compensation' does not necessarily mean full market value of the expropriated property.<sup>490</sup> An additional aspect of compensation within the European system of human rights is found in *Donnelly v UK*,<sup>491</sup> where a distinction was made between compensation for breach of a Convention right and a domestic remedy for the breach itself. The Court further found, in *Egue v France*,<sup>492</sup> that where a violation was continuing, compensation alone could not represent an effective or adequate remedy.

The European Court has defined 'public interest' broadly, especially in relation to the exercise of the power of expropriation. In deciding whether the expropriation is in the 'public interest' the European Court will have regard to the following factors: (1) the 'hierarchy of the right', for example the protection of the right to freedom of speech is usually given higher protection than the right to property; and (2) the presence, absence or emergence of a common standard amongst State Parties; and (3) the 'interests hierarchy', for example public safety and security is often ranked higher than public

---

487 *Lithgow and others v. UK* Series A No 112 was decided on 8 July 1986.

488 Paragraph 120 of the ruling.

489 *Katkaridis v Greece* Series A No 690 was decided on 15 November 1996.

490 *Papachelas v Greece* GC No 31423/96 CEDH/ECHR 1999-II decided on 25 March 1999.

491 *Donnelly V UK* No 34222/96 decided on 7 September 1999.

492 *Egue v France* Series A NO 11256/84.



morals for instance. Accordingly, States are granted a relatively wide margin of appreciation with respect to property rights, to the extent that the European Court will “respect the legislature’s judgment as to what is ‘in the public interest’ unless that judgment be manifestly without reasonable foundation.”

*Paragraph 2 States may expropriate property for public purposes or in the ‘public interest against payment of compensation*

Although the right to property is protected in the international Bill of Rights, international law recognises the power of States to expropriate private property. This power cannot be exercised arbitrarily; hence a law ‘of general application’ needs to be in place to regulate its exercise. In the South African context this is provided for in the Constitution to obviate constitutional attack, while at the same time protecting the right to property in the Constitution. This decision was made in order to avoid what happened in the US and India when the Supreme Court had a protracted battle with the legislature over the constitutionality of social reform legislation and land reform legislation.<sup>493</sup>

Expropriation, compulsory acquisition or eminent domain normally refers to State action of denying the owner their property for the benefit of the whole community. Called ‘eminent domain’ in US jurisprudence, the right to expropriate land is rooted in the Fifth Amendment of the Constitution of the US. The so-called ‘takings clause’ contained in the Fifth Amendment allows the US government to ‘take’ (expropriate) private property for public purposes provided that just compensation is paid to the person whose property is ‘taken’. US courts have interpreted the Fifth Amendment to include what they call ‘inverse condemnation’.

Expropriation can normally be implemented for ‘public purposes’ or in the ‘public interest’, subject to the payment of compensation. The terms ‘public purpose’ and ‘public interest’ have been defined and interpreted differently by different jurisdictions, notably, the UK, the US, Australia and South Africa. English courts have taken a narrow interpretation of ‘public purposes’ to mean governmental purposes of providing services and amenities as well as the administration of the government of the country.<sup>494</sup>

---

493 Matthew Chaskalson, *The Problem with Property: Thoughts on the Constitutional Protection of Property in the US and the Commonwealth*, 1993 *South African Journal on Human Rights (SAJHR)* 1993 388; John Murphy, *Insulating Land Reform from Constitutional Impugnment: An Indian Case Study*, 1992 *SAJHR* 362. See generally Matthew Chaskalson, *Stumbling towards Section 28: Negotiations over the Property Rights in the Interim Constitution*, 1995 *SAJHR* 229; *The Property Rights Clause: Section 28 of the Constitution 1994 SAJHR* 131.

494 *Mersey Docks and Harbour Board v Cameron and Jones v Mersey Docks and Harbour Board* 11 HL 443 at pages 481-482, 11 ER 1405 at 1413 and *Greig v University of Edinburgh* LR 1 SC & D 348.

### *Paragraph 3 Examples of restitution in former British colonies and the USA*

We will now examine a few case studies of restitution of land rights and aboriginal title in former British colonies. This is in order to argue a case for restitution in the Chagos matter, considering that the territory is still a British colony.

#### *A Australia*

As indicated above, the ICJ did away with the doctrine of *terra nullius* in the Advisory Opinion on *Western Sahara*. In Australia the doctrine of *terra nullius* was finally discarded following the decision of *Mabo v Queensland (no 2)*<sup>495</sup> in 1992 that held that the doctrine is a 'legal fiction patently absurd as a matter of fact'.<sup>496</sup> The first *Mabo v Queensland*<sup>497</sup> had held that treatment of aboriginal rights as inferior was racially discriminatory since it disregarded the land rights of the indigenous people on the basis that their land belonged to no one and their tenure system was 'uncivilised'. It was held in *Western Australia v Commonwealth*<sup>498</sup> that even if a territory had been deemed *terra nullius* at the time of colonisation as per the legal principles applicable at the time, aboriginal title is enforceable today, meaning aboriginal communities could bring land claims on the basis of aboriginal title.

The second *Mabo v Queensland* case led to the passing of the Native Title Act, 1993,<sup>499</sup> which in turn led to the establishment of the National Native Title Tribunal (NNTT) whose responsibility is to assist claimants to prepare their claims to be submitted to the Federal Court. The NNTT also facilitates mediation, arbitration and negotiations to reach agreement. It also maintains a register of native title applications, determinations and agreements. Once the agreement has been 'ratified' by the Federal Court an Act of Parliament is passed to give effect to the agreement. An example is the Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act, 1976; that gave aboriginal groups an opportunity to claim traditional land and establish land councils to administer the land and certain aboriginal affairs. These agreements are regarded as treaties between the aboriginal people and the government. Due to the requirement that all land claims be referred to

---

495 [1992] 175 CLR 1 [Australia].

496 Ibid .

497 [1988] 166 CLR [Australia] .

498 [1995] 128 ALR 12 [Australia].

499 A. Triggs, *Australia's Indigenous Peoples and International Law: Validity of Native Title Amendment Act 1998* Melbourne University Law Review 1999 [volume 23] at page 372 and Justice Sackwell *The Emerging Australian Law of Native Title: Some North American Comparisons* Australian Law Journal 2000, at page 820.

the Federal Court, the claims settlement process is slow. Native title in the Australian context is seen as weaker than other property rights available to non-natives.<sup>500</sup>

## *B Canada*

Aboriginal rights in the Canadian context refer to aboriginal property rights, namely aboriginal title to land and resources; as well as aboriginal political rights, which refer to aboriginal self-government as well as a variety of freedoms. Aboriginal rights are rights of the First Nations or aboriginal people of Canada based on their prior occupancy of the territory. Aboriginal title refers to aboriginal rights to land and natural resources. Jurisprudence from Canadian courts has defined it as a lesser form of ownership that constitutes a legal burden on Crown title since the aboriginal people have rights in land based on their prior occupancy.

The Royal Proclamation of 1763, signed by the British monarch at the end of the war between England and France, recorded what rights aboriginal people in Canada had and sought to protect their rights against land dispossession. It has never been revoked and has been characterised as having the legal force of a statute or law.<sup>501</sup> Much of the jurisprudence from the late 1800s, the first case being *St Catherine's Milling and Lumber Company v The Queen* decided in 1888, violated the principles contained in the Royal Proclamation of 1763. The British North America (Constitution) Act of 1867 for Canada recognised the rights of the aboriginal people to their land while at the same time granting the Federal Government jurisdiction over aboriginal matters.

Section 35 of the Charter of Rights and Freedoms contained in the 1982 Constitution of Canada Act states that equality rights contained in the Charter cannot be interpreted in a manner that diminishes aboriginal rights.<sup>502</sup> Section 35 goes further to affirm existing

---

500 See Study Tour report by the Land Restitution Commissioners from South Africa dated 7 June 2004. The commissioners visited Australia from 23 to 29 May 2004 and New Zealand from 29 May to 5 June 2004.

501 Peter Kulchyski, *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts* Oxford University Press 1994.

502 Section 35 of the Canadian Constitution states: Rights of Aboriginal Peoples of Canada:

- (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.
  - (2) In this Act 'aboriginal peoples of Canada' include the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.
  - (3) For greater certainty, in subsection (1) 'treaty rights' includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.
  - (4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.
- 35.1. The Government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the Constitution Act, 1867, to section 25 of this Act or to this Part
- (a) A constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and with the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and

aboriginal rights and treaty rights of the aboriginal people of Canada. Modern treaties in the Canadian context are those entered into by the Federal Government, provincial governments and the aboriginal people as a result of land claims based on aboriginal title.

The three most important decisions of the Supreme Court of Canada on the issue of aboriginal rights are *Calder v The Queen*,<sup>503</sup> *R v Sparrow*<sup>504</sup> and *Delgamuukw v British Columbia*.<sup>505</sup> *Calder v The Queen*, decided in 1973, represents the first modern recognition of aboriginal title in Canadian common law. It held that aboriginal title flows from prior occupation of the land by aboriginal people and their pre-existing system of aboriginal law. The 1990 *Sparrow* interpreted Section 35 of the 1982 Canadian Constitution Act, and established the framework for addressing justifiable government infringement of aboriginal rights while the 1997 case of *Delgamuukw v British Columbia* recognized aboriginal title, developed the test for its proof, and established the framework for justifiable government infringement of aboriginal rights.<sup>506</sup>

In *Calder v The Queen* the Canadian Supreme Court held that aboriginal title flows from occupation of land by aboriginal people from time immemorial as well as their pre-existing right of possession that they had established prior to colonial settlement. The case involved the Nisga'a claim to aboriginal title. As indicated above, the Supreme Court decision in *Calder* represented the first modern recognition of the idea of aboriginal title in Canadian common law. In this decision the Supreme Court of Canada held that if there is historical aboriginal presence on the land, then these rights should be recognized as common law rights of aboriginal ownership, this ownership being aboriginal title. *Calder* became the standard from which the Government of Canada developed a comprehensive aboriginal claims policy that began in the early 1970s. The Province of British Columbia had prior to that time not participated in this policy since it viewed the matter as one for the concern of the Federal Government of Canada.

In *R v Sparrow* the Supreme Court of Canada in 1990 looked at section 35 of the Canadian Constitution Act, 1982, and for the first time interpreted it to mean that where there is an existing aboriginal right, the ability of government to unilaterally interfere with that right is constrained. The *Sparrow* case placed a serious limitation on the power

---

(b) The Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal of Canada to participate in the discussions on that item.

503 [1973] 8 DLR [3rd] 59 [Canada].

504 *R V Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075.

505 [1997] 153 DLR [4th] 193 [Canada]; and *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 3 S.C.R 1010.

506 See memorandum by Cynthia Morrel of Minority Rights Group International on behalf of Sheridans solicitors who have represented the Chagossians in lawsuits in Mauritius and the United Kingdom since the 1980s.

of government to infringe aboriginal rights. While before 1982 the government could interfere with aboriginal rights as it saw fit, after the passing of the 1982 Constitution of Canada Act aboriginal rights and aboriginal title acquired constitutional protection, which has significance for the ability of government to regulate or undertake activities that affect those rights. The case established a framework for addressing what can be justifiable government infringement of aboriginal rights. Therefore, the government has to undertake certain processes to make sure that it doesn't interfere with aboriginal rights. Failure would constrain the ability of government to legislate and regulate aboriginal rights.

In the 1997 case of *Delgamuukw v British Columbia* the Supreme Court of Canada took some of the principles from the *Calder* and *Sparrow* cases and expanded them. Whereas *Sparrow* defined aboriginal rights as being activities such as fishing, hunting and gathering forest resources, *Delgamuukw* defined aboriginal title as a right of ownership in land and held that that right of aboriginal ownership exists in the Province of British Columbia. It also developed the criteria to be used to prove that the right of aboriginal ownership exists. It held that where that right exists, the same principles developed in *Sparrow* exist to constrain how the government can limit that right.

Consequently, there is now a broader conception of which aboriginal rights include aboriginal title and a firm statement by the Supreme Court of Canada that the ability of government to infringe those rights is limited. At the same time the Government of Canada holds the firm view that that the Crown continues to be the landowner, the resource owner, and ultimate decision-maker. Consequently, there is need for some kind of reconciliation between the Crown's sovereignty and aboriginal rights and aboriginal title.

## C *New Zealand*

New Zealand recognises land claims by the indigenous people of that country, the Maori, dating back to 1840, the year in which the Treaty of Waitangi was signed. The Treaty of Waitangi Act of 1975 used to only recognise claims from 1975, the year the Act was passed. The 1985 amendment of the Treaty of Waitangi Act reversed the date to 1840 when the Treaty of Waitangi was signed. The Treaty of Waitangi Act also established the Waitangi Tribunal whose responsibility is to assist claimants by way of registering claims, conducting research on the merits of the claim, conducting hearings, etc. The Waitangi Tribunal does not however have the power to settle claims, but can make recommendation to the Office of Treaty Settlements (OTS), which makes the final

determination on the offer of financial compensation, the method by which most claims are settled in New Zealand. The exceptions are claims brought on Crown forestland that is licensed in terms of the Crown Forestry Assets Act of 1989 and processed by the Crown Forest Rental Trust, a statutory body. It would appear that the Waitangi Tribunal is however reluctant to finalise claims on forestland despite having the power to do so but submits its recommendations to the OTS for final determination. The Tribunal does however play an important role in documenting the history and culture of the Maori people through the research conducted to support land claims process. Unlike in South Africa where the Land Claims Court deals with land claims, the Maori Land Court does not adjudicate on land claims by indigenous people leading to lack of court jurisprudence on the matter.

Once the OTS has made a decision to grant restitution to claimants it passes legislation to give effect to the agreement. Two recent treaties are the Council of Yukon Indians Umbrella Final Agreement of 1993 and the Waikato-Tainui Deed of Settlement of 1995. The Waikato-Tainui agreement includes the award of land and ensures participation in resource development as well as participation in the delivery of social services. Importantly, it also contains a formal apology by the government of New Zealand for the dispossession of the land of the Tainui community, who are part of the Maori people. This government apology for the dispossession of the aboriginal people of their land and the resultant destruction of their way of life has until recently been unique to New Zealand.<sup>507</sup> The Waikato-Tainui agreement also contains an explicit acknowledgement of the important role that the Maori people have played in the development of New Zealand.

The fact that the Maori Land Court does not adjudicate on land claims by the Maori people means that the legislation passed after the settlement of claims is the only authoritative source of information on how the claims are resolved. The duty placed on claimants to prove their claims, although assisted by the Waitangi Tribunal, is cumbersome and had led to the slow pace at which claims are processed. The OTS also has a research function, which it can use to oppose claims.

---

<sup>507</sup> Australia also recently formally apologised for its destruction of the aboriginal identity and culture by among other methods the forcible assimilation of light skinned aboriginal children into white Australian society through forced adoptions and removal from their families.

D *The United States of America*

The case of *United States v Sioux Nation of Indians*<sup>508</sup> provides an example where an indigenous people had been awarded financial compensation by the courts but they continue to demand restitution of the land instead. The Fort Laramie Treaty was signed in 1868 whereby the US 'solemnly agree[d] that no unauthorized persons shall ever be permitted to pass over, settle upon, or reside in [this] territory.' In exchange, the Sioux Nation relinquished their rights to live outside of the reserve, although they kept their rights to hunt beyond those borders. Following the discovery of gold in the region, the US decided to abrogate its treaty obligations. White settlers were encouraged, aided and abated by the Government to take over the land. The Sioux Nation was left in poverty as a result of this.

As a consequence of poverty to which they were subjected for refusing to give up the land, a minority of the Sioux Nation entered into an agreement with the Government of the US, giving up their rights to hunt in the mined lands in exchange for subsistence rations from the government. When other members of the Sioux Nation challenged this agreement on the basis that the Fort Laramie Treaty required the consent of three thirds of the adult male population, rather than the 10% they had secured, the Government of the US enacted the agreement into law as the 1877 Act. This new law effectively abrogated the Fort Laramie Treaty. The Sioux Nation has ever since considered the 1877 Act as an unlawful abrogation of the Fort Laramie Treaty.

The test used by the US Supreme Court to decide the case was as follows: It first determined whether Congress, when it enacted the 1877 Act, was acting in its role as trustee for the Sioux Nation or in its role as the legislative body of a sovereign exercising its power of eminent domain (expropriation). This test was developed by the US Supreme Court in *Three Tribes of Fort Berthold Reservation v US*.<sup>509</sup>

The US Supreme Court held in the *Sioux Nation* case that Congress cannot simultaneously: (1) act as a trustee for the benefit of the Indians, exercising its plenary powers over the Indians and their property, as it thinks is in their best interests; and (2) exercise its sovereign power of eminent domain, taking the Indians' property within the meaning of the Fifth Amendment to the American Constitution.<sup>510</sup> In any given situation in which Congress has acted with regard to Indian people, it must have acted either in one capacity or the other. The Supreme Court therefore decided that while Congress can

---

508 448 US 371, 100 S. Ct. 2716, 65 L. Ed. 2d 844 (1980).

509 390 U.S. 686 (1968).

510 The Fifth Amendment relates to the right of taking property in instances of public interest.

own two hats, it cannot wear both of them at the same time.<sup>511</sup> The test of whether Congress acted as trustee for the benefit of the Sioux Nation or, as a sovereign exercising its power of eminent domain (expropriation), is therefore a factual determination.

## *E South Africa*

Colonial expansion into South Africa began when the Dutch East India Company, (DEIC) or *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* (VOC), decided to fictionally appropriate for itself legal title over the refreshment station in Cape Town.<sup>512</sup> Thus began a long and often brutal process of land dispossession of the indigenous people of South Africa with the result that by 1994 the minority white population had access to 87% while the black majority had access to only 13 % of the land.<sup>513</sup> Land dispossession was one of the 'cornerstones' of the *apartheid* system and certainly one of the most legislated issues during that time.<sup>514</sup> Consequently, the Abolition of Racially Based Land Measures Act of 1991 repealed no less than 100 pieces of racially discriminatory legislation regulating land ownership, access and use.

Despite this history, South Africa has chosen not to recognise land claims dating back to the time of colonial settlement in the late 1600s because doing so would cause major social disruption which would go against the ideals of the Constitution of the Republic of South Africa Act, 1996 (Act 108 of 1996). Unlike in Australia, Canada and New Zealand, the indigenous African population constitutes the majority population in South Africa. There is also a history of different African groups displacing each other, starting with the

---

511 Note 508 at page 691.

512 The *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* (VOC) is the original Dutch of the company while the Dutch East Indian Company (DEIC) is the English translation. The company first stopped at Cape Town in 1652 on its journey to India to find spices. The VOC referred to different places in the east where it held commercial interests as 'Indian', which included not only the country known as Indian today but several surrounding places, for example, Indonesia. For the most part the VOC used the station at the Cape only for the purposes of refuelling, getting fresh water, vegetables and fruits as well as a 'post office'. It was only in 1655 that the idea was mooted to turn the refreshment station into a fully fledged colony. This idea received much serious thought after the outbreak of war between England and the Netherlands in the late 1660s over their commercial interests abroad. Legal Dutch possession of the Cape was seen as vital. In April 1672 the VOC sought to attain legal title over the territory. In order to achieve this, legal title to the Cape station was fictitiously vested in the name of a Khoekhoe man -who almost certainly had no knowledge of the transaction- and later 'ceded' to the VOC. See Maureen Tong, *Lest We Forget*, 2002 at page 8.

513 Sol T. Plaatje, *Native Life in South Africa* Ravan Press 1982, Thomas Tlou and Alec Campbell, *History of Botswana* Macmillan Botswana 1986, Frank Welsh, *A History of South Africa*, Harper Collins, 2001, Edward Roux, *Time Longer Than Rope*, University of Wisconsin Press 1964, A. J. Van der Walt, & G. J. Pienaar, *Introduction to the Law of Property* Juta, 1996, *Association for Rural Advancement 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999* AFRA 1999, Geoff Budlender, Johan Latsky and Theunis Roux, *The New Land Law* 1998 Juta, Collin Bundy, *The Rise and Fall of the South African Peasantry* 1988 David Philip, Jabavu, D. D. T., *The Black Problem* The Book Department, Lovedale C. P., 1920, Tessa Marcus, Kathy Eales, Adele Wildschut, *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa* Land and Policy Centre (LAPC) Indicator Press University of Natal, 1996, S. E. M Pheko, *South Africa: A Betrayal of a Colonised People* ISAL Publications 1989; and Maureen Tong, *Lest We Forget*: 2002 and 2007.

514 Skweyiya, 'Towards a Solution to the Land Question in Post-Apartheid South Africa: Problems and Models' 1990 *SAJHR* 197.



Khoekhoe and San people being displaced by other Bantu-speaking Africans<sup>515</sup> as well as many Bantu-speaking African groups displacing each other during the Mfecane or Difeqane wars. Opening up the restitution process back to the first European settlement in South Africa in the 1600s would lead to multiple claims by different groups over the same pieces of land.

The 1996 Constitution of South Africa strikes a balance between protection of property rights on the one hand and providing for land reform on the other. Section 25 of the Constitution provides protection against arbitrary deprivation of property; allows the State to expropriate private property for land reform purposes provided fair and equitable compensation is paid, the timing and manner of the payment either being agreed between the State and the person expropriated or decided by a Court of law. Section 25(3) tabulates a list of factors that must be taken into account when deciding on the amount of compensation payable. These include the (1) current use of the property; (2) the history of its acquisition; the market value of the property; (3) the extent of direct State investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property; (5) and the purpose of the expropriation. This means that property may be expropriated at less than market value.

Section 25(2) requires that while the State has the power to expropriate land, the expropriation must be for public purposes or in the public interest. Land reform is expressly stated to be a public purpose or public interest. Compensation must be paid for expropriation the amount; manner and time of whose payment must either be agreed by the parties or decided by a court of law. A person who qualifies for restitution of 'rights in land'<sup>516</sup> could bring their claim either in the Land Claims Court or at the Commission on Restitution of Land Rights before 31 December 1998. Both institutions are creatures of statute, namely the Restitution of Land Rights Act, 1994 (Act 22 of 1994) as amended.

The case of *Richtersveld Community v Alexkor* considered whether the concept of aboriginal title as developed in the countries of Australia, Canada and New Zealand is applicable in the South Africa context. The claim in the first *Richtersveld Community v*

---

515 The term 'bantú', the plural of 'muntu' is used here without the racist connotations that it acquired during apartheid rule in South Africa. It denotes the language structure of most African groups currently found in southern Africa, central Africa west and east Africa.

516 The Restitution of Land Rights Act, 1994 (Act 22 of 1994) defines a right in land as: "'Right in Land' means any right in land whether registered or unregistered, and may include interest of a labour tenant and sharecropper, a customary law interest, the interest of a beneficiary under a trust arrangement and beneficial occupation for a continuous period of not less than 10 years prior to the dispossession in question."

*Alexkorr*<sup>517</sup> case was based on aboriginal title, and in the alternative, ownership or beneficial occupation for a period exceeding 10 years prior to the dispossession. The Richtersveld area was annexed to form part of the British Crown in 1847 thereby disregarding the land rights of the Richtersveld community because their indigenous land tenure system was regarded as 'civilised'. The community continued to occupy the Richtersveld area until diamonds were discovered there in the 1920s leading to the formation of Alexkorr, a 100% State-owned Diamond Company and the passing of laws to physically remove the community from the diamond fields.<sup>518</sup>

Accepting that aboriginal title was not yet part of our common law, the claimants asked the Land Claims Court to develop the common law so as to allow for land claims based on this concept. The Court held that, as a creature of statute, it could not go beyond the jurisdiction bestowed on it by the Restitution Act, the Constitution or any other legislation. It held further that the Constitution does not confer jurisdiction on the Land Claims Court to develop the common law. Such jurisdiction was said to be available only to the High Court, the Supreme Court of Appeal and the Constitutional Court.

The Court stated further that the concept of aboriginal title had never been recognised in any South African court decision or any sub-Saharan African country. In terms of the concept, although a colonial power automatically acquired ownership over all land within new colonies, rights in land vesting in a community at the time of colonisation persisted as burdens on the title held by the State. Therefore, colonisation did not destroy the indigenous rights in land held by communities. Further, indigenous title or aboriginal title could be a customary law interest as contemplated in the definition section of the Restitution Act. Notwithstanding the fact that the community practiced pastoralism and was semi-nomadic, beneficial occupation had been proven in the sense that there was occupation, intention and capacity to retain exclusive control over the land. Although dispossession could be proved, the Restitution Act excludes aboriginal title claims arising from dispossessions by colonists. The Land Claims Court held that the government's failure to recognise and protect the rights of the Richtersveld Community took place before 1913. The claims were therefore invalid. The Supreme Court of Appeal (SCA) held however that the Richtersveld Community had been in exclusive possession of the land prior to its annexation by the British Crown in 1847. It also held that the nature of

---

517 [2001] 3 SA 1293 (LCC). This is the Land Claims Court case that considered the merits of the claim as opposed to the technical issues addressed in 2000 (1) SA 337; [1999] JOL 5364 (LCC).

518 For a discussion on the case see generally Maureen Tong's input to the UN Expert Seminar on Indigenous People and the Administration of Justice, Madrid, Spain, 12 – 14 November 2003 contained in Reported to the UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protections of Human Rights, 56th session of the Working Group on Indigenous Populations, 19 – 23 July 2004, UN Doc E/CN.2/Sub2/AC.4/2004/6 dated 10 June 2004.

the rights exercised, including mineral rights, was similar to common law ownership and such rights constituted a customary law interest recognised by the Restitution Act.<sup>519</sup>

Importantly, it was held that the Land Claims Court had erred in finding that the community had lost its rights because it was insufficiently civilised to have the rights recognised as per the concept of *terra nullius*. The State had ignored the Richtersveld community's rights when diamonds were discovered on the subject land during the 1920's. It regarded the land as Crown land (i.e. State land) and dispossessed the Richtersveld community of its rights in the land in a series of 'practices' as contemplated in the Restitution Act. This culminated in the grant of full ownership of the land to Alexkorr Ltd. The practices were racially discriminatory because the British Crown based them on the unexpressed premise that the community had lost all rights in the land upon annexation of the Richtersveld area in 1847 due to their race (they were of Khoi-Nama origin) and their lack of civilization.

On 14 October 2003, the Constitutional Court<sup>520</sup> confirmed the decision of the SCA that the Richtersveld community had practised an indigenous system of land tenure through which they had held land in Richtersveld prior to the annexation of the area by the British Crown in 1847 and their subsequent forcible removal after the discovery of diamonds there. The Constitutional Court held that indigenous law is now an integral part of South African law. The Constitutional Court held further that indigenous law is an independent source of South African law and must be interpreted in light of the supreme law of the land, the Constitution, and not the common law.

Both the SCA and the Constitutional Court held in the *Richtersveld* case that claims based on dispossessions that took place prior to 19 June 1913 are valid if the people continued to live on the land and their physical removal by the State only occurred after 19 June 1913. This means that if the British colonial administration had failed to recognise customary land tenure rights of claimants and registered the land in the name of the State or private individuals due to the racist doctrine of *terra nullius* but did not physically remove the people from the land and the physical removal only took place after 19 June 1913, then there is a valid land claim for which restitution can be awarded.

---

519 *Richtersveld Community and Others v Alexkorr Ltd and Another* 2003 (6) BCLR 583 (SCA).

520 *Alexkorr Ltd and Another v Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC).

## CHAPTER 3 APPLICATION OF THE RIGHT TO RESTITUTION ON THE CHAGOS MATTER

### Section I Displacement of Populations of Non-Self-Governing Territories due to US Military Activities

There are several cases involving displacement of populations of non-self-governing territories for the purpose of addressing military or political objectives of the US government. They include Thule in Greenland, Okinawa in Japan, Vieques and Culebra in Puerto Rico, Hawaii, the Philippines, Panama, Guam and the different atolls in the Marshall Islands.<sup>521</sup> Not all of them involve displacement of US nationals.

There are cases where neither the US nor the UK has political control over the non-self-governing territory, but has relied on assistance from a State that has a neo-colonial relationship over the indigenous people to enter into an agreement with the US to establish a US military base on the land of the subjugated people. Just before granting Greenland Home-Rule Government in the 1950s, Denmark entered into an agreement with the US to establish a military base at Thule, Greenland.

The case of Thule in Greenland is similar to that of the Chagos Archipelago in that an indigenous population, the Inughuit people, was displaced following an agreement between the US and Denmark, a government that still exercises political power over them in circumstances not too different from colonisation. The Chagossian people are still British 'subjects' on account of being citizens of a UK 'overseas territory'. The people of Greenland are still subject to Danish political power under the Home Rule arrangement.

Two cases involving US nationals that stand out are that of the Vieques Island in Puerto Rico and the Republic of the Marshall Islands (RMI) that were part of Micronesia in the Pacific Ocean. The RMI will be discussed to highlight its similarities and differences with the Chagos Archipelago displacements for US military purposes. Although the focus of

---

521 See David Vine, *Island of Shame* at page 65 where he provides several examples of displacement of indigenous populations of Hawai'i by the US Navy in 1885 and 50 years later after the Japanese attack on Pearl Harbour. The US military took possession of more than 45 % of the land in Guam in 1944. Panama experienced 19 land expropriations around the Panama Canal Zone between 1908 and 1931. The 1945 Battle of Okinawa led to 20 % of the island's arable land being seized by the US military. Between 1954 and 1964 about 3218 people from the Okinawa in Japan were resettled in faraway Bolivia in Latin America where there was no resettlement programme and no financial assistance put in place for them. Several have since found their way back to Okinawa. Between 1941 and 1943 and again in 1947 and the US army displaced thousands of people from the small island of Vieques in Puerto Rico. In 1948 the US Navy seized 1700 acres of land in the neighbouring island of Culebra in Puerto Rico. The displacement of the indigenous people of Alaska from their homes to other parts of the island in 1942 has some similarities with the case of the Inughuit people of Thule Denmark. The US Congress granted the surviving islanders from Culebra some compensation after the passing of an Act of Congress in 1988.

this study is the responsibility of the UK government to effect restitution and reparations in favour of the Chagossian people, the case study of the Marshall Islands will be used as a precedent where the US has compensated a population of a non-self-governing territory who were either displaced or had their land suffer serious environmental damage as a result of military operations of the US government.

The main distinction between their case and that of the people of the Chagos Archipelago is that the US had never meant to permanently remove the people of the different atolls in the RMI from their homelands and had committed to making the islands habitable again so that the people can return. In the case of the BIOT, the US Air Force, Navy and the Pentagon have no intention of allowing the Chagossian people to return to the outer islands of the Chagos Archipelago since they want to keep the whole of the Chagos Archipelago free of any permanent civilian population. This is despite the fact that the US military base occupies only a third of Diego Garcia, the main island. The Chagossian people are still in exile in Mauritius and Seychelles 30 years later with no commitment on the part of either the UK or the US to allow them to return to their land despite three High Court decisions in London, the last one as recent as 23 May 2007 confirming the right of the Chagossian people to be allowed to return home.

*Paragraph 1 Displacement of the people of the RMI due to US military activities*

*A Historical perspective*

The history of forcible removal of the people of the RMI, notably from the Bikini and Enewetak Atolls, is similar in many respects to that of the people of the Chagos Archipelago. Like the Chagossian people the people of the Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik Atolls in the RMI were removed from their land for US military purposes. Those from Bikini Atoll were also removed several times from their atoll to other atolls within the RMI and faced starvation over extended periods as a result. It is now 60 years since their first removal and they are still living on Kili Atoll and hoping to return to Bikini Atoll.

The US acquired islands in the Pacific Islands, specifically those in an area called Micronesia, after World War II.<sup>522</sup> The Marshall Islands had previously been under Japanese control and like the Chagos Archipelago used primarily for copra production. The islands started to become strategic in the early 1940s when Japan began to increase its military presence there in anticipation of World War II. Towards the end of World War II the US forces captured the Japanese military headquarters at the Kwajalein Atoll in

---

522 Ediberto Roman and Theron Simmons, *Membership Denied* at page 484.

Marshall Islands, thus taking over the islands from Japan and ceding them to the UN in 1944.

In 1946 the US started nuclear testing on Bikini Atoll, code-named Operation Crossroads, and one full year before entering into a Trusteeship Agreement with the UN in 1947 as an administering power over Micronesia, which included the Marshall Islands. As an administering authority over the territory of Micronesia, the US had a responsibility to assist its people to exercise their right to self-determination.<sup>523</sup>

Micronesia remained under US control for a number of decades before becoming four different States, namely the RMI, the Commonwealth of the Northern Mariana Islands, the Federated States of Micronesia and the Republic of Palau.<sup>524</sup> The Compact of Free Association was signed between the US and the RMI in 1986, 40 years after the first nuclear tests that devastated both the environment and the health of the people inhabiting the Marshall Islands, sending some, like the people of Bikini Atoll into exile for 60 years.

It is remarkable that during the 12-year period of the US undertaking nuclear tests on the Marshall Islands between 1946 and 1958, the territory was under the trusteeship agreement between the US and the UN, as a Trust Territory of the Pacific Islands (TTPI) and no less than 67 atomic bombs and hydrogen atmospheric bomb tests were conducted by the US. The nuclear tests had a total yield of 108 megatons, equivalent to 7 200 Hiroshima bombs.<sup>525</sup> The radiation of the islands resulting from these bombs is so severe that the US has given itself at least 30 years to clean up the Bikini Atoll.<sup>526</sup>

In the 1980s the people of the RMI brought several court cases against the government of the US resulting from their forcible removal and continued exile as well as for damages sustained to their health and environment as a result of the nuclear testing programme on their land. In 1986, while the court cases were still before the US Court of Claims, the US entered into a Compact of Free Association<sup>527</sup> with the then emerging RMI. Another agreement was entered in terms of Section 177 of the Compact of Free Association –called the Section 177 Agreement- to set up the Nuclear Claims Tribunal (NCT) to process claims by the people of the Marshall Islands who were negatively

---

523 Ibid.

524 Ibid.

525 Jonathan Weisgall, *Operation Crossroads: The Atomic Tests at Bikini Atoll*, Naval Institute Press, 1994, at page 20.

526 In the *Matter of the People of Bikini et al, Claimants for Compensation*, NCT, Republic of Marshall Islands, NCT No. 23-04134, Memorandum of Decision and Order, 5 March 2001, Majuro, Marshall Islands, at page 11.

527 The people of the RMI approved the Compact by way of a plebiscite while the US Congress approved it as the Compact of Association Act of 1985, Public Law no. 99 – 238 (1986).

affected by the nuclear testing programme on their land. The US government made an amount of US \$ 150 million available to the NCT for the settlement of all the claims related to the nuclear testing programme affecting the Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik Atolls.<sup>528</sup>

The NCT, which derives its jurisdiction from section 105(a) of the RMI NCT Act 1987,<sup>529</sup> has awarded amounts of more than US \$ 500 million to the people of the Bikini Atoll. The NCT does not have enough funds to give satisfaction to the awards it has given and people of Bikini Atoll have brought other lawsuits at US Courts to claim for more money. The Parliament of the RMI, the *Nitijela*, has brought two petitions before the US Congress in terms of the Section 177 Agreement that allow it to petition for more funds if there are 'changed circumstances' that justify such additional allocation.<sup>530</sup> They rely on the findings of the NCT based on expert evidence on the severity of the injuries and damage to the environment as well as the large amounts of money awarded by the Tribunal which cannot be satisfied due to a lack of funds to show that the US \$ 150 million allocated by the US to the NCT is woefully inadequate and justifies allocation of more funds.

### *B Nuclear testing on Bikini Atoll 'for the good of mankind'*

As stated earlier, US military activities on the Marshall Islands began even before the US trusteeship agreement to administer the Marshall Islands as part of the TTPI that came into effect in 1947. The nuclear testing programme started in 1946 with what was called *Operation Crossroads* on the Bikini Atoll in the RMI, accounting for the world's fourth and fifth atomic bomb explosions. This was the beginning of the Cold War, when the US was anxious that the Soviet Union might have nuclear power more superior than itself. Former US President Harry Truman gave a directive in December 1945 that the Army and the Navy must test nuclear weapons 'to determine the effect of atomic bombs on American warships.'<sup>531</sup>

---

528 Thomas Lum, Kenneth Thomas, C, Stephen Redhead, David Bearden, Mark Holt and Salvatore Lazzari, Congressional Research Services, CRS Report for Congress, RMI Changed Circumstances Petition to Congress, The Library of Congress, Order Code RL 32811, page 37; In the *Matter of the People of Bikini et al, Claimants for Compensation*, NCT, Republic of Marshall Islands, NCT No. 23-04134, Memorandum of Decision and Order, 5 March 2001, Majuro, Marshall Islands, and the Thornburgh Report, *the Nuclear Claims Tribunal of the Republic of the Marshall Islands: An Independent Examination and Assessment of its Decision-Making Processes*, Dick Thornburgh, Glenn Reichardt, Jon Stanley, Kirkpatrick & Lockhart LLP, Washington DC, January 2003. See also Committee on Radiological Safety in the Marshall Islands, *Radiological Assessments for Resettlement of Rongelap in the Republic of the Marshall Islands*, National Academic Press, 1994.

529 54 MIRC section 105 (a).

530 Thomas Lum *et al* at page 10.

531 *Ibid.*

The legacy of the nuclear test programme in the RMI that started in 1946 and ended in 1958 is yet to be fully addressed and the people affected are yet to be adequately compensated and their land yet to be restored to a satisfactory condition. The people of Bikini Atoll are yet to return home, 60 years since they were first removed. At the time of their forcible removal they were informed that they needed to be temporarily relocated so that nuclear bombs could be tested on their land 'for the good of Mankind and to end all wars'.<sup>532</sup> In March 1946 a total of 167 people from the Bikini Atoll were removed from their land to the uninhabited Rongerik Atoll, east of Bikini Atoll, within the RMI. There was not enough food on Rongerik Atoll and they soon faced serious food shortages.

Of all the nuclear tests that took place on the Marshall Islands, by far the biggest and most devastating bomb explosion was that of the hydrogen bomb code-named *Bravo* that detonated on 1 March 1954. It was about the same size as the nuclear bomb that was dropped on Nagasaki, Japan, by the US in August 1945.<sup>533</sup> *Bravo* caused major radiation on Bikini Atoll, which the NCT estimates will cost about US \$ 250 million to clean up.<sup>534</sup> *Bravo* also radiated 236 people of the Rongelap and Utrik Atolls as well as the crew of a Japanese fishing vessel called the *Lucky Dragon*.<sup>535</sup> It was so powerful that it exposed the people of Rongelap Atoll -that is 100 miles from the Bikini Atoll- to radiation doses equal to that received by the Japanese people less than two miles from ground zero at Hiroshima and Nagasaki.<sup>536</sup>

The testing of *Bravo* was the largest nuclear test conducted on US soil. It sparked an international controversy that led to the US putting a moratorium on atmospheric nuclear testing and the adoption of the United States-United Soviet Socialist Republic (US-USSR) Limited Test Ban Treaty.<sup>537</sup> Former US President Eisenhower informed the public in the same year that the testing of *Bravo* hydrogen bomb had resulted in unanticipated outcomes. The Atomic Energy Commission (AEC) reported that the unexpected downwind shot of about 7 000 square miles 'was so contaminated that survival might depend upon prompt evacuation of the area....'<sup>538</sup>

---

532 Jack Niedenthal, *For the Good of Mankind: a History of the People of Bikini and Other Islands*, Micronitor/Bravo Publishers, second edition, 2001.

533 Jonathan Weisgall, *Operation Crossroads*, at page 25.

534 Thomas Lum, *et al*, at page. 2.

535 Jonathan Weisgall, *Operation Crossroads*, supra.

536 Statement of the peoples of Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik before the [US] House Resources Committee, 10 July 2003, at page 3.

537 Peter Pringle and James Spigelman, *The Nuclear Barons* Holt, Rinehart and Winston Publishers, 1981 at pages 243 -259.

538 *New York Times*, 25 March 1954, quoted by Jonathan Weisgall supra.



The fallout from the *Bravo* bomb explosion also exposed the people of Rongelap and Utrik Atolls to radioactive ash for two to three days. As a result they were removed from their lands as well. The people of Utrik returned to their atoll in 1955 while those of Rongelap returned in 1957.<sup>539</sup> The people of Rongelap Atoll were re-evacuated in 1985 after studies revealed that the radiation levels on their land were unsafe.<sup>540</sup> They began to resettle their territory in 2004.

As stated earlier, the people of Bikini Atoll were removed several times. In 1968 their atoll was declared safe for habitation and 137 Bikinians` returned home. In 1978 they were re-evacuated when the radiation on their atoll was found to be of levels that made their continued stay on Bikini Atoll unsafe. Their destination this time was Kili Island, where they remain until today. The people of Bikini were given US \$ 25 000 in cash and US \$ 300 000 in trust funds by the US.<sup>541</sup> The total amount of damages awarded to the people of the Bikini Atoll as a result of 23 atomic and hydrogen bombs that were detonated on their land over a 12 year period was set by the NCT at US \$ 563 315 500. They are yet to receive a greater part of this amount.

The nuclear tests on Enewetak Atoll began with *Operation Greenhouse* in 1951 that led to the removal of the 145 people from the Enewetak Atoll to the Ujelang Atoll, within the Marshal Islands, prior to the tests. The first denotation of a hydrogen bomb under Operation Ivy, took place on the Enewetak Atoll in 1952. In 1956 the people of Enewetak Atoll were allocated an amount of US \$ 25 000 in cash and US \$ 150 000 in trust funds by the Unites States.<sup>542</sup> They returned home in 1980 after the US spent US \$ 218 million cleaning up their atoll. The people of Enewetak were exiled for 33 years and about half of the population still cannot return to their home islands in the northern part of Enewetak due to radiation of their land.<sup>543</sup>

### *C Cases brought by the people of the Republic of Marshall Islands*

The history of the displacement of the people of the RMI and the litigation they have brought over the years to claim restitution of their land and sue for adequate financial compensation bears much resemblance to that of the people of the Chagos Archipelago. The main distinction however is that in the case of the Marshall Islands, the people

---

539 Thomas Lum *et al*, at page 42.

540 Ibid.

541 Ibid.

542 Ibid at page 3.

543 Statement of the peoples of Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik before the [US] House Resources Committee, 10 July 2003, page 3. Author has copy on file.

concerned were citizens of the US prior to Micronesia- the geographic area in which the Marshall Islands is situated- attaining self-government in 1986. The Marshall Islands were thus once part of the territory of the US. Another significant distinction is that no other government was involved in the displacement of the people of the Marshall Islands.

The people of the Bikini Atoll in the RMI have been more vigorous in their court battles against the US compared to their counterparts in Enewetak, Rongelap and Utrik. Like the Ilois people of the Chagos Archipelago, the people of the Bikini Atoll are a small population numbering about 3500 people today, who despite their small numbers have consistently litigated on their right to return and receive adequate financial compensation for the period of more than 30 years. Unlike the Chagossian people however their court victories have led to actual redress, for example the signing of the 1986 Compact of Free Association between the US and the RMI<sup>544</sup> with the accompanying Section 177 Agreement setting up the NCT to process their claims. The court cases in the US Court of Claims were therefore suspended so that they would not interfere with the negotiations.<sup>545</sup> They have also been able to continue to litigate in the US courts after receiving significant financial awards at the NCT, which however does not have enough money to satisfy the awards.

Unlike the case of the Chagos Archipelago, the US Navy itself carried out the forcible removal of the people of the RMI and filmed a lot of their activities during Operation Crossroads as part of scientific experimentation. The film footage proved to be very useful in the court cases that followed. Another important distinction is that the US placed Micronesia, which includes the Marshall Islands, of which the Bikini Islands are a part, on the list of the UN Trust Territories as part of assisting its people to attain self-government as part of their exercise of the right to self-determination.

The indigenous people of the RMI did not bring court cases based on the law of torts (delict). Rather they brought lawsuits based on contract and property law as well as other grounds. The lawsuits brought by the people of the Bikini Atoll before courts in the US have not been without difficulties. One of the serious hurdles that they faced was the Statute of Limitations, considering the fact that their forcible removal took place between 1946 and 1989. The other hurdle was that once the Marshall Islands attained self-government, the people of the Bikini Atoll were no longer US nationals and the issue was whether they could sue the US government over property that is outside of the US

---

544 Compact of Association Act of 1985, Public Law No. 99- 239 (1986).

545 Congressional Research Service, CRS Report for Congress, RMI Changed Circumstance Petition to Congress, 14 March 2002, at page 31.

territory. The defence of sovereign immunity is applicable in that type of case. Further, the US Government brought the defence of espousal, arguing that by setting up the NCT to process the claims by the people of the RMI and providing it with US \$ 150 million to award damages to them the US Government 'espoused' the claims hence there was no need for further litigation.

The US government also brought the defence of the 'political question doctrine' that provides that the US courts do not have jurisdiction to adjudicate on a matter that is essentially political in nature and therefore falls under the responsibility of the US Congress. On the first point-the defence of the Statute of Limitations- the people of the Bikini Atoll successfully made the argument that because they had been evacuated several times these evacuations amounted to a series of 'takings' (expropriation) of their property without proper compensation as required by the Fifth Amendment to the US Constitution. In 1984 the judge ruled in favour of the Bikini Islanders on both issues, stating that the Bill of Rights contained in the Constitution of the US was applicable.

The case brought by the people of the Bikini Atoll, *Juda v US*,<sup>546</sup> was brought on the grounds of temporary loss of use of their land and damages suffered by persons and property due to the nuclear tests programme on their land. The removal of the people of the Bikini Atoll in 1946 was always regarded as temporary, it being intended that they would be returned to their territory once the nuclear test programme undertaken there was terminated and it was safe for them to return. They were still in exile in Rongelap at the time. The plaintiffs therefore sued for 'temporary' taking (expropriation) of their property by the US in violation of the Fifth Amendment to the US Constitution. The plaintiffs also argued that when they were removed by the US from their territory, the undertaking by the government of the US to return them to their island when it was safe to do so created an 'implied-in-fact' contract that the US government would protect their health, well being and economic condition both while in exile and when they would return to the territory.

The government of the US brought the defence of espousal and asked for summary judgement, i.e., asked the court to dismiss the claim. The US Court of Claims ruled that it had jurisdiction to discuss the case as per the provisions of the Tucker Act. The Court also ruled that the sovereign immunity of the US in relation to the claims of the people of the Bikini Atoll had been waived. The Court held further that some of the claims had survived a bar on the basis of the Statute of Limitations. The court made no finding on

---

546 *Juda v US* 6 Cl. Ct. 441 (1984).

the issue of the validity of the claims but allowed the claims to move forward on the issue of 'takings' in violation of the Fifth Amendment.

In the case brought by the people of Enewetak Atoll, *Peter v US*,<sup>547</sup> the US Court of Claims held that the 'takings' claims were not barred by the statute of limitations. Similar to the people of the Bikini Atoll, the people of the Enewetak Atoll also pleaded that the undertaking by the US that they would be returned to their territory after the nuclear test programme had been terminated and it was safe for them to return created an 'implied-in-fact' contract between themselves and the government of the US. This created a fiduciary responsibility on the government of the US to ensure their health and economic condition. It was held finally that the defence of sovereign immunity did not bar this claim of breach of implied-in-fact contract between the claimants and the US and therefore the motion by the US government to dismiss the claims was denied.

There were also cases brought by the inhabitants of Rongelap and Utrik Atolls who had been exposed to radioactive ash fallout when the *Bravo* hydrogen bomb was tested on the Bikini Atoll. They were subsequently removed from their islands as part of the precautions related to the nuclear testing programme. The people of Rongelap Atoll were returned to their island in 1957 but were re-evacuated in 1985 when the radiation levels on their land were found to be unsafe. The US Court of Claims held in the case of *Nitol v US*<sup>548</sup> that it had jurisdiction to hear the claims for unlawful 'taking' of their land and the claims were not barred by the statute of limitations. The Court also denied the motion by the US government to dismiss the 'takings' claims by the people of Rongelap and Enewetak Atolls while allowing it on all other claims.

In the case of *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v US*<sup>549</sup> the US Court of Appeals for the Federal Circuit dismissed the claims of the people of the RMI on the grounds of espousal. The Court of Appeals also held that the issue was now a political one for which it had no jurisdiction.

---

547 *Peter v US* 6 Cl. Ct. 785 (1984).

548 *Nitol v US* 7 Cl Ct. 405 (1985)

549 *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v US* 859 F. 2d 1482 (Fed. Cir. 1988).

### *D The 'Political Question' doctrine*

The government of the US is responsible for the international and foreign relations on behalf of the RMI since the latter has a quasi-independence status, it being a freely associated State to the USA. The US government brought the defence of 'political question' doctrine when faced with the claims by the people of the RMI. The doctrine, developed in *Baker v Carr*<sup>550</sup> holds that the US Congress has the responsibility to take political decisions, especially in matters of foreign and defence policy and should be allowed to do so without the interference of the courts. This is in line with the principle of separation of powers between the three different arms of government, namely the legislature (Congress), the executive and the judiciary that is followed in Commonwealth countries and most other parts of the world. This issue was also raised several times in the *Bancoult* cases in the London High Court, which opined that it could not adjudicate on the appropriateness or otherwise of the decision by the UK Government to establish an US military base on Diego Garcia.

### *E The Doctrine of Espousal*

In traditional international law, only States are subjects of international law. The law on indigenous people and the practice of the UN established during the decolonisation era to admit liberation movements changed this. Further to the traditional international law view that only States are subjects of international law, the doctrine of 'espousal' allows a government of one country to assert the private claims of its citizens against the government of another country. The US government therefore purported to address the claims of the people of the RMI through the 'Section 177 Agreement' that was entered into in terms of the Compact of Free Association between the US and the RMI. In terms of the Section 177 Agreement, the RMI can be said to have 'espoused' the claims of its citizens for damages arising from the US government arising from the nuclear testing programme in the RMI. The US government made good on those claims by making US \$ 150 million available to the NCT to settle those claims.

This doctrine is used in the US whereby Congress can divest the judiciary of the power to address matters that are already before the courts. Articles X and XII of the Section 177 Agreement state that the agreement constitutes the full and final settlement of all claims 'past, present and future' of the people of the RMI and their government arising from the nuclear testing programme on their land. It also provides that all such claims pending before US courts are to be dismissed.

---

550 369 U.S. 186 217 (1962).

The US Supreme Court held however in the case of *Blanchette v Connecticut General Insurance Corporation*<sup>551</sup> that the right of Congress to espouse 'takings' (expropriation) claims brought in terms of the Fifth Amendment to the US Constitution is subject to the condition that when the property is 'taken' for public use there is at the time of the taking a 'reasonable, certain and adequate provision for obtaining compensation'.<sup>552</sup> In the case of *Juda v US* the US Court of Claims held that the fact that the NCT had been set up to address claims of the people of the RMI did not bar them from litigating before US courts since the matter concerned a 'takings' claim that must be dealt with in terms of the Fifth Amendment of the US Constitution. Espousal can therefore not have the effect of barring plaintiffs from enforcing federal constitutional rights.

The US Court of Claims found, however, that the Section 177 Agreement provides a 'reasonable and certain' means for obtaining compensation' for the takings. This was in line with the decision of the US Supreme Court in *Dames & Moore v Reagan*<sup>553</sup> that the US – Iran Claims Tribunal was an adequate alternative forum to address claims of 'uncompensated takings' arising from the suspension of claims against Iran under the agreement to release US hostages. The US Court of Appeals for the Federal Circuit reached a similar conclusion in the case of the *People of Enewetak, Rongelap and other Marshall Islands Atolls v US*<sup>554</sup> that the NCT was an alternative forum for providing compensation for the taking and that 'we are un-persuaded that judicial intervention is appropriate at this time on the mere speculation that the alternative remedy may prove to be inadequate.'<sup>555</sup>

### *Paragraph 2 Displacement of the people of Greenland due to US military activities*

The forcible relocation of the Inughuit people of Greenland was undertaken in 1953, prior to Greenland being granted limited self-rule in the form of Home Rule Government in 1979. The Inughuit people of Greenland have brought judicial proceedings in Denmark and the European Court challenging their relocation from Thule and challenged the amount of compensation that they had been provided in lieu of the removal.<sup>556</sup>

#### *A Historical perspective*

---

551 *Blanchette v Connecticut General Insurance Corp* 419 U.S. 102, (1974), quoting *Cherokee Nation v Southern Kansas Railroad Co.*, 135 U. S. 641 (1890) (Weisgall: Statement of the Peoples of Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik before the House Resources Committee, 10 July 2003.)

552 *Ibid* at 124- 125.

553 *Dames & Moore v Reagan* 453 US 654 (1981) at page 689.

554 *People of Enewetak, Rongelap and other Marshall Islands Atolls v US* 864 F. 2d 134, (1988).

555 *Ibid* at page 136.

556 See Aqqaluk Lynge, *The Right to Return: Fifty Years of Struggle by Relocated Inughuit in Greenland*, Forlaget Atuagkat Publishers 2002.

Thule is in Greenland, a territory that is geographically considered to be part of the Western Hemisphere. At one point Greenland is separated from Canada by only 30 kilometres, making it the possibly the largest island in the world.<sup>557</sup>

The Inughuit people<sup>558</sup> are said to have discovered the territory about 4000 years ago. It is apparent that the territory was once home to Norse people whose settlements later disappeared about 1000 years ago.<sup>559</sup> As in the case of the Chagos Archipelago, the population of Greenland may be regarded as originating from elsewhere. The Inughuit people of Greenland are linked to the Inuit of Canada, Alaska and Siberia both ethnically and linguistically.<sup>560</sup> The territory, like the Chagos Archipelago, has been subjected to different colonial powers. The King of Norway ruled the area in 1261 making Greenland a Norwegian colony until 1814 when it was ceded to Denmark in terms of the Treaty of Kiel.<sup>561</sup> Norwegian and Danish missionaries and merchants 'recolonised' Greenland in the first half of the 18<sup>th</sup> century.<sup>562</sup>

Greenland has since then been 'ruled' by Denmark, who later granted it Home Rule in 1979. It has its own Home Rule Parliament and Home Rule Government but has not yet attained full independence from Denmark. A Danish-Greenlandic Self-Government Commission was established in 2004 to address the quest for further Greenlandic control of Greenlandic affairs that is supported by the vast majority of the population but did not to move forward due to the continued dispute between and among political parties in Greenland.<sup>563</sup> Serious progress was however achieved when Denmark granted Greenland more powers of self-government on 10 June 2009.

The Inughuit people had for a long time lived a simple life not concerned about what happens to the rest of the world. As happened in the case of the Chagos Archipelago, this changed once the US expressed interest in their land for use as a military base. Thule is currently home to a US military base that was established as per agreement between the US and Denmark in terms of Article X of the NATO Special Forces

---

557 Gudmundur Alfredsson, *Greenland and the Law of Political Decolonization*, in German Yearbook of International Law, at page 290.

558 Alfredsson spells the name as 'Inuit', which he explains is the native word for people otherwise known as Eskimos, meaning people who eat meat. The term 'Inuit' means human beings. Ibid. Aqqaluk Lyngge uses the spelling 'Inughuit'. Lyngge's spelling will be used because he is part of that community.

559 Ibid at page 291.

560 Ibid.

561 Alfredsson note 557 at page 299.

562 Ibid.

563 The Commission on Self-Government established in 1999 to investigate the possibility of taking over more responsibility from the Danish state preceded the Danish-Greenlandic Self-Government Commission set up in 1994. See IWGIA *The Indigenous World 1999- 2000* at 28; WIGIA *The Indigenous World 2004* at page 30; IWGIA *The Indigenous World 2005* at page 31 and IWGIA *The Indigenous World 2006* at page 34.

Agreement of 1951 and Article VII of the agreement between Denmark and the USA in 1951.

Greenland used to be an integrated province of Denmark under conditions akin to colonialism, an assertion most Danes would find offensive.<sup>564</sup> The Greenlanders purportedly exercised their right to self-determination in the 1950s when Greenland was integrated into Denmark.<sup>565</sup> Denmark included Greenland on the UN list of non-self-governing-territories and used to provide reports to the UN Special Committee of 24 (Decolonisation) as per the provisions of the Article 73e of the UN Charter until 1954 after which Denmark argued that Greenland had been integrated into the 'mother country', namely Denmark, through amendment of the Constitution of Denmark.<sup>566</sup>

When Denmark joined the European Community in 1972 the then province of Greenland also became a member of the European Community despite the objections of its population. The Greenlanders were out-voted by the rest of the Danish population in a State-wide referendum.<sup>567</sup> In 1982 a second advisory referendum the people of Greenland elected to withdraw from the European Community.

### *B Litigation by the Inughuit people of Thule, Greenland*

The Danish Eastern High Court ruled on 20 August 1999 that 'the decision to relocate the Inughuit was taken solely by the Danish authorities' without proper consultation and notice to the Inughuit people, leading to a serious interference with the population.' This interference 'must be considered an unlawful violation of the peoples of Uummannaq' under common legal practice.<sup>568</sup> The claimants had brought claims amounting to 235 million DDK (Danish Kroner) arising from lost and deteriorated hunting and fishing grounds due to the establishment of the US military base and relocation of the population from the Uummannaq settlement. The Danish Eastern High Court awarded an amount of DKK 500 000 as collective compensation and individual amounts of DKK 25 000 and DKK 15 000 to only 63 claimants, which excluded those who had been children under four years of age at the time of the forcible relocation.<sup>569</sup>

---

564 Most Danes regard the arrangement with Greenland to be in the latter's benefit. For example they point to the annual block grants that Denmark makes to Greenland. See IWGIA supra.

565 Some doubt has been cast on the integrity on the part of senior Danish government officials as well as the process followed to secure the decision of the Greenlanders for their territory to be integrated into Denmark. See Gudmundur Alfredsson, *Greenland and the Right to Self-Determination*, an unpublished dissertation, 1982 Harvard University, Cambridge, Massachusetts and Gudmundur Alfredsson, *Greenland and the Law of Political Decolonisation*.

566 Alfredsson Note 557 at page 292.

567 Ibid.

568 Quoted by Lynge at pages 32 and 34.

569 English summary of the outcome of the court case provided by Aqqaluk Lynge, copy on file.



On 28 November 2003 the Inughuit people lost an appeal to the Danish Supreme Court, which largely confirmed the decision of the Danish Eastern High Court that the relocation of the Inughuit was neither consultative nor fair due to the fact that the relocation was decided and carried out in a way and under circumstances that 'constituted a serious intervention and unlawful conduct towards the population of Uummannaq'.<sup>570</sup> The Danish Supreme Court held, however, that the interventions by the Danish government in 1951 to control their access to hunting and fishing as well as the 1953 relocation of the settlement were valid acts of expropriation for which the claimants had received 'full compensation' in the form of replacement houses for relinquishing their homes in Uummannaq.<sup>571</sup> The Supreme Court upheld the decision of the Eastern High Court to award financial compensation in the amount of DKK 500 000 for the entire community and individual amounts of DKK 25 000 and DKK 15 000 to 63 claimants.

Court cases involving Danish citizens living or working on the US military base in Thule, Greenland, have confirmed that traffic laws applicable on the military base are those of the US. For example US traffic signs, instead of Danish ones, are used in the military base. A Danish national working at Thule is required to acquire a US driving licence. The US army runs the buses and taxi services; strictly guards the base; and seriously restricts entry thereto. The *Thule Air Base Traffic Offence* case<sup>572</sup> ruled that neither the Danish nor Greenland traffic legislation applied within the US military base at Thule. By contrast, the Danish Eastern Provincial Court decided in the case of *Faroe Islands Traffic Offences*<sup>573</sup> that Danish traffic law is applicable in the Faroe Islands where there is no US military base.

Danish citizens living or working on the US military base on Thule, Greenland, are however subject to Danish law and jurisdiction. The Ministry for Greenland in Denmark certified in the *Thule Air Base Traffic Offence* case that Danish citizens living in Danish/USA defence areas in Greenland were subject to Danish jurisdiction. The Greenland Provincial Court confirmed this when it decided on 28 January 1981 in the case of *Larsen, Petersen, Lise and Andersen v Self-Governing Province of Greenland*<sup>574</sup> that Danish taxation law is applicable to Danish nationals living and working on the Thule base.<sup>575</sup>

---

570 See the English translation of the 28 November 2003 decision of the Danish Supreme Court provided by the President of the ICC, Mr Aqqaluk Lyngé. The author has it on file.

571 Ibid.

572 Case number 16-107/1981 reported in *International Law Reports*, Lauterpacht and Greenwood, Cambridge, Grotius Publications Ltd 1993 at page 263.

573 Case number 17-463 1980 Ibid.

574 Case number 3-213/1981 Ibid.

575 Ibid.

## Section II: Litigation by Chagossians before UK and US Court

We have demonstrated above that the Chagossians were forcibly removed from their homeland from the 1960s until the beginning of the 1970s. This section will present the court cases that they brought before municipal courts in Britain with a view to claim for their right to return to their homeland and receive adequate financial compensation. We will also briefly refer to the lawsuits they have brought before US courts.

### *Paragraph 1            Litigation by Chagossians before UK Courts*

The Chagossian people have managed to litigate before UK courts because they have dual UK and Mauritius citizenship. Had they not had this dual citizenship they would most probably have had very little chance of bringing the legal challenge to their forcible removal. Court cases in Mauritius would have had very little impact.

Traditionally, when countries gain independence the citizens of the former colonized States cease to be citizens of the former colonizing State and colonial laws cease to operate. In the case of the people of the Chagos Archipelago living in Mauritius they retained UK citizenship through the insertion, unbeknown to the Mauritius politicians at the time, of section 3 of the Mauritius Independence Act 1968.<sup>576</sup>

Section 3 provides for the retention of citizenship of UK and Colonies by ‘certain citizens’ of Mauritius. It states that a person shall not cease to be a citizen of the UK and Colonies if he, his father or his father’s father was born in the UK or in a colony or an associated State.<sup>577</sup>

---

576     The Mauritius Independence Act 1968 came into effect on 20 February 1968.

577     ‘3. Retention of Citizenship of United Kingdom and Colonies by Certain Citizens of Mauritius

(1) Subject to subsection of (5) of this section, a person shall not cease to be a citizen of the United Kingdom and Colonies under section 2(2) of this act if he, his father or his father’s father -

(a) Was born in the United Kingdom or in a colony or an associated state; or  
 (b) Is or was a person naturalised in the United Kingdom and Colonies; or  
 (c) Was registered as a citizen of the United Kingdom and Colonies; or  
 (d) Became a British subject by reason of the annexation of any territory included in a colony

(2) A person shall not cease to be a citizen of the United Kingdom and Colonies under the said section (2) if:

(a) He was born in a protectorate or protected state, or  
 (b) His father or his father’s father was so born and is or at any time was a British subject.

(3) A woman who is a wife of a citizen of the United Kingdom and Colonies shall not cease to be such a citizen under the said section 2(2) unless her husband does so.

(4) Subject to subsection (5) of this section, the reference in subsection (1)(b) of this section to a person naturalised in the United Kingdom and Colonies shall include a person who would, if living immediately before the commencement of the British Nationality Act 1948, have become a person

All Chagossian people living in both Mauritius and Seychelles have dual citizenship. They are UK citizens in terms of the UK Overseas Territories Act, 2002 that was passed on 21 May 2002. The Act renamed the UK Dependent Territories citizens to become the UK Overseas Territories citizens. The Act provides the Chagossian people the right of abode in the UK. A small number of them are currently resident in the UK but continue to assert their right to return to the Chagos Archipelago.

#### A *The Vencatessen litigation in the 1970s*

In February 1975 Mr Vencatessen started court action against the UK Government [in terms of commercial law and law of torts (delict)] for damages that he alleged he suffered as a result of his forcible removal from the Chagos Archipelago. This court action was suspended by agreement on 8 October 1982 in order to settle the matter by way of negotiations between Mr Vencatessen (represented by his London solicitor, Mr Bernard Sheridan), the UK Government and the rest of the Chagossian people living in Mauritius to stay the litigation and enter into an out of court settlement to for the benefit of all the Chagossian people.

On 4 April 1972 Mauritius acknowledged receipt of the amount of £ 650 000 'for the cost of the scheme for resettlement of persons *displaced* from Chagos.'<sup>578</sup> The amount was said to be in full and final discharge of the UK Government for the displacement of the Chagossian following the agreement between the US and UK Governments. This amount was in fact what the UK Government had long been considering to make available for a resettlement scheme in the form of a piggery, not for taking primary responsibility for the resettlement of the Chagossian people, but only 'to assist' the Government of Mauritius to undertake this responsibility. After some delays, the money was only

---

naturalised in the United Kingdom and Colonies by virtue of section 32(6) of the Act (persons given local naturalisation in a colony or protectorate before the commencement of that Act)

(5) In this section –

- (a) References to a colony shall be construed as not including any territory which, on the appointed day, is not a colony for the purposes of the British Nationality Act 1948 as that Act has effect on that day, and accordingly do not include Mauritius, and
- (b) References to a protectorate or protected state shall be construed as not including any territory which, on the appointed day, is not a protectorate or a protected state (as the case may be) for the purposes of the Act as it has effect on that day;

And subsection (1) of this shall not apply to a person by virtue of any certificate of naturalisation granted or registration effected by the Governor or Government of a territory which by virtue of this subsection is excluded from references in this section to a colony, protectorate or protected state.

(6) Part III of the British Nationality Act 1948 (supplemental provisions) as in the force at the passing of this Act shall have the effect for the purposes of this section as if this section were included in that Act.

<sup>578</sup> Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly Port Louis, Mauritius June 1983 Appendix P at page 63.

distributed from 1978, more than 10 years since some of the people that had left the Chagos Archipelago voluntarily in the early 1960s were barred from returning.

In May 1976 Mr A.R.G Prosser, Advisor on Social Development in the Ministry of Overseas Development, produced a report on the resettlement of the Chagossian people in Mauritius, suggesting that they be integrated into mainstream Mauritian society.<sup>579</sup>

In January 1978 the amount £650 000 plus interest that had been agreed in 1972 was distributed as cash to 595 families. Negotiations began on further compensation since the amount was found to be woefully inadequate, taking into account that it was already some 10 years since the first boatload of the Chagossian people had disembarked on Mauritius with no provision for their accommodation or well being. They had arrived without their personal possessions in the Chagos Archipelago. Further negotiations between leaders of the Chagossian community, the government of Mauritius and that of the UK continued on the issue without much progress between 1979 and 1981.

However in March 1982 agreement was reached for a further £ 4 million compensation and land worth £ 1 million in favour of the Chagossian community. In July 1982 agreement was entered into between the governments of Mauritius and the UK in the form of Exchange of Notes to provide for the funds. The Ilois Trust Funds Board (ITFB) was created and it was given the responsibility of disbursing the funds. In October 1982 the Chagossian people, more specifically Mr Vencatessen agreed to suspend the court action in favour of the negotiated settlement. The ITFB disbursed the funds to the Ilois people living in Mauritius in 1983. Those living in Seychelles received nothing.

The agreement between the Government of Mauritius and that of the UK, entitled the Exchange of Notes, was for the purpose of making the funds available to the Chagossian people. It was entered into 'without prejudice' of the right of the UK Government to deny that it was responsible for the forcible removal and exile of the Chagossian people and sought to release it from any further responsibility towards their welfare, once the agreed funds were received by the Chagossian people and they had signed renunciation forms to that effect.

The 'Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Mauritius Concerning the Ilois'<sup>580</sup> makes

---

579 Ibid Appendix Z at page 74.

580 Dated 7 July 1982, Cmnd 8785 Treaty Series (Mauritius) no 6 (1983), with Amending Exchange of Notes, 26 October 1982, Port Louis.

reference to the 'departure or removal' of the Ilois from the Chagos as well as their 'preclusion from returning to the Chagos Archipelago'. The text reads:

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (herein after referred to as the Government of the United Kingdom) and the Government of Mauritius,

Desiring to settle certain problems which have arisen concerning the Ilois who went to Mauritius on their departure or removal from the Chagos Archipelago after November 1965 (hereinafter referred to as 'the Ilois');

Wishing to assist with the resettlement of the Ilois in Mauritius as viable members of the community; and

Noting that the Government of Mauritius has undertaken to the Ilois to vest absolutely in the Board of Trustees established under Article 7 of this Agreement, and within one year from the date of entry into force of this Agreement, land to the value of £ 1 million as at 31 March 1982 for the benefit of the Ilois and the Ilois community in Mauritius.

Have agreed as follows:

#### Article 1

The Government of the United Kingdom shall *ex gratia* with no admission of liability to pay to the Government of Mauritius for and on behalf of the Ilois and the Ilois community in Mauritius in accordance with Article 7 of this Agreement the sum of £ 4 million which, taken together with the payment of £ 650 000 already made to the Government of Mauritius, shall be in full and final settlement of all claims whatsoever of the kind referred to in Article 2 of this Agreement against the Government of the United Kingdom by or on behalf of the Ilois.

#### Article 2

The claims referred to in Article 1 of this Agreement are solely claims by or on behalf of the Ilois arising out of:

All acts, matters and things done by or pursuant to the BIOT Order 1965, including the closure of the plantations in the Chagos Archipelago, the *departure or removal* of those living and working there, the termination of

their contracts, their transfer to and resettlement on Mauritius and *their preclusion from returning to the Chagos Archipelago* (hereinafter referred to as 'the events'), and

Any incidents, facts or situations, whether past or present or future, occurring in the course of the events arising out of the consequences of the events. (Emphasis added).

The UK Government wished to force the Ilois to waive their right to make any future claims arising out of the removals. The responsibility of procuring the waivers was shifted to the Government of Mauritius. Article 4 of the 1982 Agreement with Mauritius states:

#### Article 4

The Government of Mauritius shall use its best endeavours to procure from each member of the Ilois community in Mauritius a signed renunciation of the claims referred to in Article 2 of this Agreement, and shall hold such renunciations of claims at the disposal of the Government of the United Kingdom.

Some of the Chagossians signed such renunciation forms at the time of receiving financial compensation in the 1980s. The issue of whether those who signed understood what they were signing and thereby acknowledge that they shall have no future claims against the UK Government was one of the main issues to be decided in the group litigation case of *Chagos Islanders*.

#### *B The Bancoult cases*

The people of the Chagos Archipelago have used diverse legal strategies. The decision by the High Court in London on 3 November 2000 in *Bancoult* (1) was made in terms of administrative law. It declared the 1971 Immigration Ordinance that was used to exile the Chagossians as *ultra vires* the powers of the BIOT Commissioner. The UK government indicated it would not appeal this judgement. It passed a new BIOT Order

on the same day allowing the Chagossians the right to return to their homeland, with the exception of Diego Garcia.

After the Queen passed the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council nullifying the outcome of *Bancoult (1)* the Chagossian people brought an application in terms of administrative law to take judicial review of both the 2004 BIOT Orders in Council. Judge Hooper decided in *Bancoult (2)* that royal prerogative is justiciable, meaning that it can be subject to judicial review. He held further that royal prerogative is not unfettered and cannot be used to effectively exile an entire population of British subjects outside of the British dominions. The UK government appealed this judgement. The Court of Appeal held in *Bancoult (3)* that what the UK government was doing amounted to abuse of power. It put beyond doubt whether the royal prerogative may be reviewed. It held that even the Queen does not have the power to exile an entire population of her subjects. The Court of Appeal stated that royal prerogative was in reality an act of the executive used to circumvent the democratic parliamentary process of debate before legislation is passed.

The UK Government appealed against the *Bancoult (3)* judgement and the House of Lords in the UK delivered its judgement on 22 October 2008 in the case of *Bancoult (4)*. It recognized that the BIOT is a non-self-governing territory and that its population was removed in order to ensure that the UK does not have obligations in terms of Article 73 of the United Nations Charter to report on the well-being of its citizens. Article 73 of the UN Charter would also require that the UK develop self-government in the territory.<sup>581</sup> The House of Lords stated that at the time of the establishment of a US military base on Diego Garcia and the forcible removal of its permanent population in the early 1970s, the UK had justifiable fears that the Soviet Union and the non-aligned movement would use the presence of a permanent population on the Chagos Archipelago in order to block the construction of a US/UK military base on Diego Garcia.

Although it acknowledged that the manner in which the Chagossians were removed from their territory and left in Mauritius under deplorable conditions was not justifiable, it held however that it is no longer necessary to reverse the political decision of 1968 that was based on defence and foreign policy considerations of the time.<sup>582</sup> The House held that in any case, the question of defence and military policy are the responsibility of the executive branch of government and not for parliament. It confirmed that the Queen, when she participates in the Privy Council, has the authority to legislate by way of Order

---

581 Paragraph 10 of *Bancoult (4)*.

582 *Bancoult (4)* at paragraph 53.

in Council without the participation of Parliament. This is because the BIOT was acquired by cession and not by conquest. The highest court in the UK has therefore denied the Chagossians the right to return.

### 1 *Bancoult (1)*

The *Bancoult (1)* judgement was brought in terms of administrative law. The main issue was the legality sections 4 of the 1971 BIOT Immigration Ordinance, the question being whether its provisions could be reasonably described as being for the 'peace, order and good government' of the BIOT as required by section 11 of the Ordinance. Judge Laws held that the 1971 Immigration Ordinance, specifically section 4 thereof, was *ultra vires* the powers of the BIOT Commissioner.

Judge Laws held that:

'Section 4 of the [1971 BIOT Immigration] Ordinance effectively exiles the Ilois from the territory where they are belongers and forbids their return. But the 'peace, order and good government' of any territory means nothing, surely, save by reference to the territory's population. They are to be governed not removed...[the exclusion of the people] has been done for high political reasons: good reasons, certainly, dictated by pressing considerations of military security. But they are not reasons which may reasonably be said to touch on peace, order and good governance of BIOT, and in my judgment this is so whether the test is to be found in our domestic public law, exemplified by the *Wednesbury* doctrine or in a more or less, intrusive approach.'<sup>583</sup>

In so far as the power of the BIOT Commissioner to make law for the 'peace, order and good government' of its territory, Judge Laws sated:

'The authorities demonstrate beyond the possibility of argument that a colonial legislature empowered to make law for peace, order and good government of its territory is the sole judge of what those considerations factually require. It is not obliged to respect precepts of the common law or English traditions of fair treatment. This conclusion marches with the cases on the Colonial Laws Validity Act 1865, and I have dealt with that. But the colonial legislature's authority is not wholly unrestrained. Peace, order and good government may be a very large tapestry, but every tapestry has a border.'<sup>584</sup>

---

583 *Bancoult (1)* at paragraph 57.

584 *Bancoult (2)* at paragraph 127 quoting *Bancoult (1)* at paragraph 55.



The case began in 1998 with an application by the Chagossian people for a right to visit the Chagos Archipelago to tend to the graves of their ancestors. The UK Government declined to grant them the permission on several grounds, including the fact that journalists should not be allowed to accompany them. When the previously classified secret document concerning the establishment of the BIOT became public documents after the passage of 30 years the Chagossian people brought an application to take judicial review of the 1971 Immigration Ordinance that effectively exiled them.

On 3 November 2000, the same day of the *Bancoult (1)* judgement the UK Government passed the BIOT Immigration Ordinance 4 of 2000 to allow the Chagossian to return to the outlying islands, except Diego Garcia. Section 4 provided as follows:

'4.(1) No person shall enter the Territory, or being present in the Territory, shall remain there, unless he is in possession of a permit issued under section 6 or his name endorsed is on a permit under section 8.

(2) This section does not apply to members of Her Majesty's Forces, or to public officers, or to officers in the public service of the Government of the UK while on duty, or to such other person as may be prescribed.

(3) Except in respect of his entry into, or his remaining in Diego Garcia, this section does not apply to any person who

- a) is, under the British Nationality Act, 1981,... is a British Dependent Territories citizen and;
- b) is such a citizen by virtue of his connection with the Territory;
- c) and it also does not apply to the spouse or to the dependent (sic) child, under the age of 18 years, of such a person.'

The optimism expressed by Justice Laws in the *Bancoult (1)* judgement that the executive branch of the UK Government in its conduct of the case 'exemplified a high tradition of co-operation between the executive and judiciary in the doing of justice and upholding of the rule of law'<sup>585</sup> was short-lived. After the *Bancoult (1)* decision the UK Government had announced that it would not appeal the ruling, stating that 'the Government has not defended what was done or said thirty years ago. As Lord Justice Laws recognised, we made no attempt to conceal the gravity of what happened. I am pleased that he has commended the (UK Government's) wholly admirable conduct in

---

585 *Bancoult (1)* at paragraph 63.

disclosing material to the Court and praised the openness of today's Foreign Office.'<sup>586</sup> The government then commissioned a feasibility study on the prospects of resettling the Chagossian people on the Chagos Archipelago. A preliminary feasibility study was produced on 20 June 2002 followed by Phase 2B thereof on 10 July 2002. The results of the feasibility study were used to justify passing the 2004 BIOT Orders in Council, thereby nullifying the *Bancoult (1)* judgement.

*(a) The Queen nullified the Bancoult (1) judgement by decree*

While the Chagossians were expecting the UK Government to inform them of concrete plans to allow them to return to the Chagos Archipelago, especially because of the undertaking by Secretary Robin Cook that the government would not appeal the *Bancoult (1)* judgement, something totally unexpected happened. The UK Commonwealth and Foreign Office gave a press briefing on 15 June 2004 informing the British public that two Orders in Council, namely the 2004 BIOT Constitution Order and the 2004 BIOT Immigration Order had been passed on 10 June 2004. The Under Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, who released the statement, stated that as a result of the feasibility study conducted they could not allow the Chagossian people to be resettled on the islands due to climatic considerations as well as the fact that the world has changed since terrorist attacks on the USA on 11 September 2001. He stated further that the US government was insisting that there be no permanent civilian population on all the islands of the Chagos Archipelago. The relevant parts state:

'Equally, restoration of full immigration control over the entire territory is necessary to ensure and maintain the availability and effective use of the Territory for defence purposes, for which it was in fact constituted and set aside in accordance with the UK's treaty obligations entered into almost 40 years ago. Especially in the light of recent developments in the international security climate since the November 2000 judgement this is a factor to which due weight has had to be given.'<sup>587</sup>

The reason provided for this extraordinary action was the outcome of the feasibility study that had advised against long-term resettlement of the Chagos Archipelago due to climate change. The statement by the Under Secretary of State for Foreign and Commonwealth quotes the following passage from the feasibility study:

---

<sup>586</sup> British Foreign Secretary Mr Robin Cook's statement on the day of the ruling on *Bancoult (1)* on 3 November 2000 quoted in *Bancoult (2)* at paragraph 81 and *Bancoult (3)* at paragraph 8.

<sup>587</sup> Page 2 of the Written Ministerial Statement, Foreign and Commonwealth Office, 15 June 2004, introduced by the Parliamentary Under-Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Mr Bill Rammell quoted in *Bancoult (2)*.

'.....whilst it may be feasible to resettle the islands in the short-term, the costs of maintaining a long-term inhabitation are likely to be prohibitive. Even in the short-term, natural events such as periodic flooding from storms and seismic activity are likely to make life difficult for a resettled population...human interference within the atolls, however well managed, is likely to exacerbate stress on the marine and terrestrial environment and will accelerate the effects of global warming. The resettlement is likely to become less feasible over time.'<sup>588</sup>

The feasibility study states that the main threat facing a permanent human settlement on the Chagos Archipelago is climate change. It states:

'... [T] he main issue facing a resettled population on the low-lying islands will be flooding events, which are likely to increase in periodicity and intensity and will not only threaten infrastructure, but also the freshwater aquifers and agricultural production. Severe events may even threaten life.'

Examples of such severe events were the possibilities of tsunami's and earthquakes. Although very low lying- the highest elevation is 15 metres above sea level on Diego Garcia<sup>589</sup> - the Chagos Archipelago was not affected by the recent Asian tsunamis of December 2004 that caused serious devastation. There are no records of major earthquakes affecting the Chagos Archipelago in recent times. The claim of possible submerging or sinking of the islands into the ocean is not supported by the expenditure of billions of US dollars by the US military on the defence facility on Diego Garcia. The Chagos Archipelago is in that part of the Indian Ocean where cyclones rarely hit because it is where they form. The only recorded cyclone to hit Chagos was in 1891.<sup>590</sup>

Had such real threats of the islands submerging existed then the US military would not be investing such high amounts of money on the military facility there. Further, the claim that there is likely to be serious shortages of fresh water does not explain how the Chagossian people managed to live in the territory for many generations prior to their removals. It is apparent that they sourced water from wells and used rain water catchment technology.<sup>591</sup> Further, there is currently human habitation on the islands made of military personnel and contract workers who are not known to suffer any serious shortages of water. Not a single member of the Chagossian community was consulted during the conduct of the feasibility study.

---

588 Ibid The feasibility study was conducted as a 'desk top' study but not by actual 'inspection in loco'. Contrary to the usual practice of consulting the affected community, not a single Chagossian person was consulted.

589 Vine, *Empire's Footprint*, at page 58.

590 Ibid.

591 Ibid.

The statement by the Under Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs also argues that the Chagos Archipelago would not be able to sustain long-term human settlement. There is usually more than 4 000 military personnel and contract workers on the islands at any given time. Further, the Chagossian people had lived on the islands for more than five generations prior to their forcible removal. The decision of the UK to extend the 1982 UN Convention on the Law of the Sea to the BIOT in 1997 also contradicts the notion that the Chagos Archipelago is incapable of sustaining human settlements. The UK claimed 200 miles maritime zones around BIOT in 1991 and 2003 in terms of Article 121 of the 1982 Convention. Claims of this kind can only be made in respect of islands that can sustain human habitation or economic life of their own. Therefore in 1991 the UK regarded the BIOT as capable of sustaining human habitation.

The written statement concludes that the UK Government considers that there would be no purpose in commissioning any further study into the feasibility of resettlement. It concludes that 'it would be impossible for the government to promote or even permit resettlement to take place.' It states further that the combined effect of the 2004 Orders in Council is to restore the legal position to what it had been before the High Court decision of 3 November 2000 in *Bancoult (1)*. This means that the Chagossian people could no longer return, contrary to the decision in *Bancoult (1)*, which the UK government had not appealed against. So much for what Judge Laws in *Bancoult (1)* had noted as 'a high tradition of co-operation between the executive and the judiciary in the doing of justice and upholding of the rule of law'. The statement by the Under Secretary states further that the 2004 BIOT Constitution makes it clear that as a principle of the Constitution no person has the right of abode in the territory. This implies that the BIOT is a territory without any population, something unique to it.

The effect of passing the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council was to seriously undermine the role of the British judiciary. Ordinarily legislation is tabled before Parliament and debated in public before it is passed. Members of opposition parties normally have the opportunity to participate in this process. In contrast, Orders in Council are not debated nor discussed in Parliament. Instead some members of Cabinet join the Queen at the sitting of the Privy Council whereby all that is required for the Order to be passed is that it is mentioned by name and the Queen states that she 'assents' to the passing of the Order.<sup>592</sup> In so assenting the Queen relies on the advice of the relevant Minister. In the case of the 2004 BIOT Orders in Council that Minister was

---

592 Judge Hooper in *Bancoult (2)* at paragraph 5 notes that he was coincidentally also present at the meeting when the Queen assented to the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council.

the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs. The source of the power to make an order in Council is royal prerogative.

On 7 July 2004 the Permanent Under-Secretary said the following in the course of debate at the House of Commons:

'The [*Bancoult* (1)] judgement, which was given in November 2000, held that the provisions of the 1971 [BIOT Immigration] Ordinance was invalid to the extent that it excluded the Chagossians from the whole of the territory. At that stage, the Government decided to accept the finding and not appeal, and the 1971 [BIOT Immigration] Ordinance was replaced by a new one, which allowed the Chagossians to return and reside in any part of the territory, except, for defence purposes, Diego Garcia. A reasonable question at that juncture would have been 'what has changed between now and then' That is a legitimate question to which I will try to respond.

...

Due to the fact that the settlement is not feasible, the Government decided after long and careful consideration- that was genuinely the case- to legislate to prevent it. Equally, however legislation to restore full immigration control over the entire territory is also necessary, and I do not absolve ourselves from responsibility for this so as to ensure and maintain the availability and effective use of the territory for defence purposes for which it was constituted and set aside in accordance with the UK's treaty obligations almost 40 years ago.'

*(i) 2004 BIOT Constitution Order*

As far as denial of the human rights of the Chagossian people to return to their homeland is concerned, section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order is the most far-reaching. This is especially taking into account the legislative mechanism chosen to achieve the objective of permanently barring the Chagossian from ever returning. Its effect is also to retroactively negate whatever rights the Chagossians have been able to establish through the judicial process, notably the decision in *Bancoult* (1) in November 2000. Section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order provides as follows:

No right of abode in the Territory

'(1) Whereas the Territory was considered to be available for the defence purposes of the Government of the United Kingdom and the Government of the USA, no person has the right of abode in the Territory.

(2) Accordingly, no person is entitled to enter or be present in the Territory except as authorised by or under this Order or any other law for the time being in force in the Territory'

While section 11 of the 1971 BIOT Immigration Ordinance gave the BIOT Commissioner powers to make laws for 'peace, order and good government' of the BIOT the 2004 BIOT Constitution Order gave such powers to the Queen. Further, the Immigration Ordinance was passed by the BIOT Commissioner while the 2004 BIOT Constitution Order was passed by the Queen as an Order in Council. Section 15(1) of the 2004 BIOT Constitution Order stated as follows:

' Powers reserved to Her Majesty

15(1) There is hereby reserved to Her Majesty full power to make laws for the peace, order and good government of the Territory, and it is hereby declared, without prejudice to the generality of that expression but for the avoidance of doubt that-

Any laws made by Her Majesty in the exercise of that power may make any such provision as Her Majesty considers expedient for or in connection with the administration of the Territory; and

No such provision shall be deemed to be invalid except to the extent that it is inconsistent with the status of the Territory as a UK overseas territory or otherwise as provided by the Colonial Laws Validity Act, 1865'

Similar to section 4 of the 1971 BIOT Immigration Ordinance, the 2004 BIOT Constitution Order also provided the BIOT public officers with powers to regulate entry without a permit and effect removal of any person whose presence is deemed unauthorised. Significantly, the 2004 BIOT Constitution Order went further by providing for the use of 'reasonable' force in order to effect the removal. Section 15(2) of the 2004 BIOT Constitution Order provided as follows:

'The prohibition and *punishment of unauthorised entry* into, or unauthorised presence in, the Territory, for the prevention of such unauthorised entry and the removal from the Territory of persons whose presence in the Territory is unauthorised, and for empowering public officers to effect such prevention or, as the case may be, such removal (*including by the use of such force as is reasonable in the circumstances*)' (Emphasis added)

(ii) *2004 BIOT Immigration Order*

The 2004 BIOT Immigration Order repealed the 2000 Immigration Ordinance that was passed on the same day as the *Bancoult* (1) judgment on 3 November 2000. Section 5(1) stated that “no person shall enter the Territory or be present there unless he is in possession of a permit”, while Article 6 automatically deemed contractor personnel to be in possession of a permit. The text of section 5 (1) of the 2004 BIOT Immigration Order provided as follows:

‘5(1) No Person shall enter the Territory or be present there unless he is in possession of a permit issued under section 7 or his name if endorsed on a permit under section 9.

(2) This section does not apply to members of Her Majesty’s armed forces or to public officers, or to the public service of the Government of the United Kingdom while on duty, or to such other persons as may be prescribed.’

Section 11 made it unlawful for a person to enter or be present in the BIOT without a permit. It provided:

‘It is unlawful for any person to enter or be present in the Territory in contravention of section 5, or after the expiry or cancellation of his permit, or after the expiration of an endorsement on a permit made in respect of him, or in contravention of a condition to which his permit, or the endorsement made in respect of him, is subject, or when an order made under section 12(1) is in force in respect of him.’

Section 12 of the 2004 BIOT Immigration Order is entitled ‘Powers to remove persons unlawfully present in the Territory and to prevent unlawful entry into the Territory’. It provides as follows:

‘12(1) The [BIOT] Commissioner or the Principal Immigration Officer may make an order directing that any person who is unlawfully present in the Territory shall be removed from the Territory and shall remain out of the Territory, either indefinitely or for such period as is specified in the order, or that any person not then present in the Territory shall not enter the Territory and shall remain out of the Territory, either indefinitely or for such period as is specified in the order.’

Subsections 14-16 sanctioned a sentence of 3 years imprisonment and/or a fine of 10 000 pounds sterling, including forfeiture of the vessel and all things on board to the British Crown. The imposition of imprisonment was novel to the 2004 BIOT Immigration Order since the 1971 and 2000 Ordinance did make provision for imprisonment. This shows a shift towards more powers of control of entry and deportation of anyone whose

presence in the BIOT is considered undesirable. The main targets of this legislation were the Chagossian people as well as perceived terrorists.

The 2004 BIOT Immigration Order granted an immigration officer powers to take or cause to be taken whatever 'reasonable' measures as might be necessary to compel compliance with any direction. The powers of the immigration officer included the use of 'reasonable' force.

Although no law has been passed to that effect the practice by contractors in Diego Garcia has been to bar the Chagossian people from employment in the Chagos Archipelago. It can be assumed that the contractors have been given strict instructions not to employ any Chagossian people out of fear that once there they would refuse to leave the territory and stake their claim to live there permanently, and possibly exercise their right to self-determination, which may include the wish that the US military base on Diego Garcia be evicted. By 2006 only three Chagossians had been employed on Diego Garcia as stone masons. It should be stated however that the Chagossian people have consistently expressed a desire to coexist with the military base on Diego Garcia and possibly derive their livelihoods from being employed there. As indicated earlier, the US government does not want any permanent civilian population on the islands. There are however many contract personnel from neighbouring countries like the Philippines Sri Lanka working on Diego Garcia.

## 2 *Bancoult (2)*

The UK Divisional Court of the High Court of Justice held on 11 May 2006 in *Bancoult (2)* that the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council were unlawful. This was based on the fact that they were in fact acts of the executive disguised as royal prerogative. The Court held that the Orders were reviewable on account of their effect of forcibly exiling an entire population. The case of *Bancoult (2)* began by way of application proceedings brought by Louis Olivier Bancoult, the same applicant in *Bancoult (1)* in terms of administrative law taking judicial review of the 2004 BIOT Constitution Order in Council and 2004 BIOT Immigration Order in Council.

Perhaps in light of the fact that Judge Ouseley had in the group litigation case of *Chagos Islanders* reversed a number of findings by Judge Laws in *Bancoult (1)* while quoting at length some of the documents already dealt with in that case; Judge Hooper in *Bancoult (2)* again went through the background to the creation of the BIOT in 1965, how the land in the Chagos Archipelago passed from private ownership to crown land as well as



the events leading to what he calls the departure of the people living in the BIOT between 1965 and 1973 concluding with the *Bancoult (1)* decision. Judge Hooper covered more secret UK Government documentation that was drafted during that time to analyse the thinking at different times by the officials of the UK Government concerning the fate of the permanent population on the Chagos Archipelago.

When analysing the composition of the permanent population on the Chagos Archipelago by the early 1960s Judge Hooper does not make any conclusive findings regarding whether or not they can be considered 'belongers' of the Chagos Archipelago. He does show however that the officials of the UK Government knew that there was a permanent population on the Chagos Archipelago in the 1960s, some of whom had been there for several generations.

Judge Hooper also found that the officials of the UK Government participating in the UN Special Committee (on Decolonisation) proceedings on 16 November 1965 deliberately misrepresented the number of people and status of the permanent population on the Chagos Archipelago as well as the fact that BIOT had already been established on 8 November 1965.<sup>593</sup> This deliberate misrepresentation of the existence of a permanent population on the Chagos Archipelago and its size continued from the 1960s to 2004 when the 2004 BIOT Orders in Council were passed on 10 June 2004.<sup>594</sup>

Judge Hooper made no finding concerning the competence of the UK Government to pass any laws it deems fit in relation to foreign policy as well as military affairs. In particular he made no judgment regarding the defence interests of the US and UK Governments.<sup>595</sup>

*Bancoult (2)* was primarily concerned with whether the Queen has the power to pass the 2004 BIOT Orders in Council, which she had done on the advice of the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs. The Chagossian people sought a declaration from the High Court of Justice that the provisions of the 2004 Constitution Order in Council were unlawful. They stated further that while arguably the UK Parliament could remove the rights of the Chagossian people to return to the Chagos Archipelago, the Queen could not do so by making the Orders in Council, alternatively that if she had the power to pass the Orders in Council to remove their right to return then the purported exercise of her power was unlawful.<sup>596</sup>

---

593 Ibid.

594 The statement by the Under Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs referred to 'transient' workers.

595 *Bancoult (2)* at paragraph 122.

596 Paragraph 4.

The UK Government had contended that an Order in Council for a UK Overseas Territory such as the BIOT is not justiciable, meaning that it is immune from review by UK courts or courts established for the BIOT. Judge Hooper considered at length authorities dealing with judicial review of acts of the executive, including that of the monarch exercised through royal prerogative. He cited the doubt expressed by Judge Laws in *Bancoult (1)* as to 'whether the prerogative power extends so far as to permit the Queen in Council to exile her subjects from the territory where they belong.'<sup>597</sup>

The Chagossians had challenged the 2004 BIOT Orders in Council on among other grounds: (1) the power of the Queen in Council to legislate for the Territory is limited by the UK's obligations to respect the human rights of the Chagossian people, in particular their right to respect for private and family life and home, and their right to peaceful enjoyment of possessions; (2) that the courts have jurisdiction to determine the legal limits of the prerogative powers of the Queen in Council; (3) the UK Government had undertaken four years earlier to respect the outcome of the *Bancoult (1)* case and to undertake the feasibility study to determine whether they could be resettled; (4) this had created a legitimate expectation on the part of the Chagossian people that the UK Government would see to their resettlement on the Chagos Archipelago; and that the decision to make the 2004 Orders in Council was as per Lord Diplock's finding in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 'a decision so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question would have arrived at it'.<sup>598</sup>

Judge Hooper found section 9 of 2004 BIOT Constitution Order irrational on public law grounds because its purported object was to set aside the BIOT for defence purposes of the US and UK Governments and yet the section sought to extinguish the right of abode for the Chagossians and restricted their right to enter and remain in the BIOT with no reference at all to the interests of the BIOT, a test against which the validity of the 2004 BIOT Constitution Order had to be measured.<sup>599</sup>

Importantly, Judge Hooper found in favour of the Chagossians that the government of the US does not have the right under the bilateral agreement it entered into with the UK Government to require the latter to enact the 2004 BIOT Orders in Council in relation to the outer islands because the US had up to that time only required the use of the island of Diego Garcia where the US military base is housed.<sup>600</sup>

---

597 *Bancoult (1)* at paragraph 70 quoted in *Bancoult (2)* at paragraph 100.

598 *Bancoult (2)* paragraph 103.

599 *Bancoult (2)* at paragraph 122.

600 Paragraph 104.

The main contention by the UK Government in the *Bancoult* (2) case was that at common law Orders in Council made for an Overseas Territory like the BIOT attract the same sovereign immunity as that of Parliament. This was based on the argument that the Queen has full legislative power to legislate for the 'peace, order and good government' of a ceded territory with the proviso that the legislation is not repugnant to an Act of Parliament.

The Court held that there is no precedent whereby the power to legislate for the 'peace, order and good government' of a territory was used to exile a whole population. The Court considered what is repugnant to be the idea that a Minister could claim to use an Order in Council as a means to exile a whole population from a British territory under the guise of doing so for the 'peace, order and good government' of the territory.<sup>601</sup> It therefore followed the conclusions reached in *Bancoult* (1) that making laws for 'peace, order and good government' can never be considered as justification for exiling an entire population from a British territory to another country outside of the British dominions. The Court considered itself possibly bound by those conclusions. But it was not necessary to make a decision based on this since the Chagossians succeeded on other grounds. It found no precedent for the use of prerogative power to banish or remove a British subject from a British territory, in the case of the Chagossian people removal from their own homeland, and prevent them from returning home.

The Court determined that the central issue was whether 2004 BIOT Constitution Order in Council might be challenged in light of the modern approach to the judicial review of executive action. After considering a number of authorities, specifically *Council of Civil Service Unions and others v Minister for the Civil Service*,<sup>602</sup> Judge Hooper came to the conclusion that royal prerogative has always been considered as part of the common law and is therefore subject to it. The exercise of royal prerogative is reviewable just like statutory power, especially if the subject matter that it is concerned with is justiciable. Having established that the Queen does not have the prerogative power to force citizens of a UK overseas territory into exile and preclude them from returning, this matter is therefore justiciable. Once it is justiciable then it is reviewable. It is therefore the subject matter and not the source of the prerogative that determines whether or not it is subject to judicial review. The fact that the source of the decision-making is common law and not a statutory power is not the only determinant of whether it is immune from judicial review.

---

601 Paragraph 142.

602 [1985] AC 374.

Quoting *Council of Civil Service Unions and others v Minister for the Civil Service* at length, Judge Hooper held that the scope of judicial review had changed dramatically since the 1950s to allow for judicial review of prerogative power. At any rate modern constitutional convention requires that all acts of the Queen be done on the advice of and are carried out by Cabinet Ministers.<sup>603</sup> What is described as the act of the Queen is in reality the act of the executive. In this particular case the 2004 BIOT Orders in Council were indeed drafted by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, the Queen merely 'assenting' to the Orders in Council upon the advice of the Secretary of State. The Orders in Council were therefore reviewable because they were for all intents and purposes the acts of the Secretary of State clothed in royal prerogative.

The Court held, finally, that the issue of repugnancy as contained in the Colonial Laws Validity Act, 1865 did not arise. The only question was whether the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council were subject to judicial review. Having found that they were subject to judicial review, he ruled that they were unlawful on account of their object being the exiling of the Chagossian people and barring their return to the territory to which they belong.

### 3 *Bancoult (3)*

The case of *Bancoult (3)*<sup>604</sup> decided on 23 May 2007 was the appeal by the UK Government against the *Bancoult (2)* judgement after Judges Hooper and Cresswell had granted them leave to appeal. As discussed at length above, Judge Hooper, with Judge Cresswell concurring, had decided in *Bancoult (2)* that royal prerogative is not unfettered and does not allow the power to exile an entire population of her subjects. It was held further that the Chagossian people had had a legitimate expectation that their return to the Chagos Archipelago would be allowed since the Secretary of State, Mr Robin Cook, had stated on 3 November 2000 that the UK Government felt bound by the decision of the High Court on the same day.

While Judge Hooper had already held in *Bancoult (2)* that it was the subject matter rather than the source of the royal prerogative that determined whether it could be subjected to judicial review, the Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office decided to place the matter in contention again in *Bancoult (3)* in an attempt to

---

<sup>603</sup> *Bancoult (2)* at paragraph 158 quoting *Council of Civil Service Unions and others v Minister for the Civil Service* at paragraph 417.

<sup>604</sup> [2007] EWCA Civ 498.

argue that the Court of Appeals lacked the jurisdiction to adjudicate on the validity or otherwise of the 2004 BIOT Orders in Council.

The argument went further that regardless of its source, the 1865 Colonial Laws Validity Act placed an Order in Council on par with the Act of a colonial legislature –in this case the BIOT legislature- and therefore placed it beyond challenge by the courts except for when it is repugnant with an imperial statute. ‘Repugnancy as a legislative term means an irreconcilable conflict between two laws.’<sup>605</sup>

Counsel for the Secretary of State argued further that since there was no imperial statute –a law passed in London in relation to the BIOT-<sup>606</sup> that the 2004 Orders in Council were repugnant to, they could not be subjected to judicial review and thereby be declared invalid. In analysing a number of authorities on judicial review of royal prerogative as Judge Hooper did in *Bancoult (2)*, Judge Sedley came to the conclusion that constitutional law and practice in the UK has developed to a point that there was no ambiguity concerning jurisdiction of the court to review a purported exercise of royal prerogative.<sup>607</sup> Judge Sedley found that an Order in Council is an act of the executive – in this case the Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office- and as such is subject to any appropriate form of judicial review.<sup>608</sup> The following passage from the judgement of Lord Scarman in *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*<sup>609</sup> was quoted with approval by all three judges sitting in *Bancoult (3)*. It was also quoted with approval in *Bancoult (2)*. It states:

‘My Lords, I would wish to add a few, very few words on the reviewability of the exercise of royal prerogative. Like my noble learned friend Lord Diplock, I believe that the law relating to judicial review has now reached the stage where it can be said with confidence that, if the subject matter in respect of which prerogative power is exercised is justiciable, that it to say if it is a matter upon which the court can adjudicate, the exercise of the power is subject to review in accordance with the principles developed in respect of the review of the exercise of statutory power. Without usurping the role of the legal historian to which I claim no special qualification, I would observe that the royal prerogative has always been part of

---

605 *Bancoult (3)* at paragraph 30.

606 Although the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council were passed in London they were enacted at the behest of the Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and assented to by the Queen sitting in the Privy Council acting in his capacity as the BIOT Commissioner. They are therefore not ‘imperial statutes’.

607 *Bancoult (3)* at paragraph 36.

608 Paragraph 35.

609 [1985] AC 374 at 407.

the common law, and that Sir Edward Coke had no doubt that it was subject to the common law: Case of Prohibitions del Roy (1607)...’<sup>610</sup>

Judge Sedley found in *Bancoult (3)* that Orders in Council – as an exercise of prerogative power- could never be used to allow for torture to obtain evidence, abolishing all recourse of law in colony or introducing forced labour even in the absence of an imperial statute that could be shown to be repugnant to it. They would be subject to judicial review irrespective of their source, namely royal prerogative.

Judge Laws had ruled in *Bancoult (1)* that the power of the BIOT Commissioner to make laws for ‘peace, order and good government’ in the BIOT contained section 11 of the 1965 BIOT Order in Council did not empower him to make the 1971 BIOT Immigration Ordinance to exile the entire Chagossian population in terms of section 4.<sup>611</sup> Judge Hooper had also ruled in *Bancoult (2)* that such powers were later vested in the Queen in terms of section 15(1) of the 2004 BIOT Constitution Order did not allow her to make laws to exile the population of the Chagos Archipelago. Counsel for the Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office had however placed the question in issue again in *Bancoult (3)*. Judge Sedley reproduced the whole text from paragraphs 55 to 57 by Judge Laws in *Bancoult (1)*. The following passage is particularly relevant here:

‘Short of an extraordinary instance [of some natural or manmade catastrophe the land had become toxic and uninhabitable] I cannot see how the wholesale removal of a people from the land where they belong can be said to conduce to the territory’s ‘peace, order and good government’...these people are subject of the Crown, in right of their British nationality as belongers in the Chagos Archipelago.’<sup>612</sup>

After finding that the power to enact laws for the territory’s ‘peace, order and good government’ did not include the power to forcibly exile them, Judge Hooper had held in *Bancoult (2)* that section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order took away the Chagossian people’s right of abode in the Chagos Archipelago to be irrational. Counsel for the Chagossian people submitted that they had a legitimate expectation that the UK Government would allow them to return to the Chagos Archipelago in accordance with the commitment of the then Secretary of State, Mr Robin Cook on 3 November 2000, especially in light of the fact that there has not been any change in circumstance to justify their exclusion from the territory. The Court of Appeals, ruled in *Bancoult (3)* as

---

610 Ibid.

611 *Bancoult (1)* at paragraph 57.

612 Ibid.

per Judge Sedley that section 9 in fact amounted to an abuse of power by the Crown.<sup>613</sup> Judge Sedley went to assert:

‘Power may be abused in variety of ways, of which acting beyond the limits of the power is one, acting irrationally is another, acting for an improper purpose is a third and acting so as to frustrate a legitimate expectation is a fourth; and there are more, both procedural and substantive.’

He stated that the ‘making of section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order and the entire 2004 BIOT Immigration Order were an abuse of prerogative power of the Crown’s common law powers and do not extend to the exiling of an entire population.’<sup>614</sup> Similar to the ruling by Judge Hooper in *Bancoult (2)* Judge Sedley agreed that the ‘permanent exclusion of an entire population from its homeland for reasons unconnected with their collective well being cannot have the character and accordingly cannot be lawfully accomplished by use of the prerogative power of governance.’<sup>615</sup> The making of the two Orders in Council was thus an abuse of power for they denied the Chagossian people ‘one of the most fundamental liberties known to mankind’ namely the right to return to their homeland. The Court had failed to see any reason why the Chagossian people should lose their rights as ‘belongers’ of the Chagos Archipelago.

Judge Waller concurred with Judge Sedley, but for different reasons. He agreed that there was no change in circumstance in the period between November 2000 and 2004 when the Orders in Council were made. He held that frustrating the expectation of the Chagossian people to return to their homeland amounted to abuse of power. Judge Waller felt that the critical question to be decided was whether the procedure taken by the Minister to introduce the Orders in Council in 2004 was reviewable. He found that hiding behind the Crown’s prerogative is not good enough as a reason to prevent a matter that should be subjected to Parliamentary debate from such scrutiny.<sup>616</sup> Judge Waller upheld the decision of the Divisional Court in *Bancoult (2)* to set aside only those parts of the 2004 BIOT Orders in Council that effectively reversed the findings of *Bancoult (1)* allowing the Chagossian people to return to the Chagos Archipelago.

Sir Anthony Clarke concurred with both Judges Sedley and Waller to uphold the decision of the Divisional Court in *Bancoult (2)* and thereby dismiss the appeal. He held that the Queen does not have unfettered powers to legislate by Orders in Council. He found that in placing the 2004 BIOT Orders in Council before the Privy Council there was no

---

613 *Bancoult (3)* at paragraph 60.

614 Paragraph 61.

615 Paragraph 67.

616 *Bancoult (3)* at paragraph 107.

consultation with the Chagossian people or with the Privy Council, let alone the UK Parliament. The Orders in Council were simply placed before the Queen 'who was bound by constitutional theory and practice to make them.'<sup>617</sup> Sir Clarke also agreed with the two judges that the making of the 2004 BIOT Orders in Council was an abuse of power in light of the fact that there were no changed circumstances that justified them being made.

#### 4 *Bancoult (4)*

On 22 October 2008 the House of Lords delivered a judgement in the case of *Bancoult v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*<sup>618</sup> [*Bancoult (4)*]. The case was an appeal by the UK Government against the ruling of the Court of Appeal in *Bancoult (3)*.

Like *Bancoult (2)* and (3), *Bancoult (4)* was particularly concerned with the validity of section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order. As indicated above, section 9 states that the BIOT has been set aside for military and defence purposes of the US and UK Governments and therefore no one has a right of abode in the territory. It states further that no one may enter or be present in the territory without permission. As stated above, section 5 of the 2004 BIOT Immigration Order augments this by stating that no one may enter or be present in the territory without a permit issued by the BIOT Commissioner. Section 11 makes it unlawful for anyone to be present in the territory without a permit. Importantly, section 12 gives the BIOT Commissioner the power to deport anyone within the territory without a permit. It also makes it a criminal offence to be present in the territory without a permit.

The *Bancoult (4)* judgement was therefore concerned with whether the Queen in Council had the power to enact section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order, which took away the right of the Chagossians to live in their homeland. The Divisional Court and the Court of Appeal had unanimously decided in *Bancoult (2)* and *Bancoult (3)* that royal prerogative does not give the Queen the power to exile an entire population from their homeland. The two courts had also held that the power of the Queen to make laws for colonies was not unfettered. Finally, that royal prerogative was subject to judicial review. The House of Lords is the highest court in England and there is no further appeal against its decisions.

---

617 Paragraph 115.

618 2008 UKHL 61 [*Bancoult (4)*].



The main issue in *Bancoult (4)* was whether the right of abode is of such a fundamental nature that it may not be taken away by the Queen by way of passing an Order in Council. As stated above, unlike normal legislation, an Order in Council is not debated in Parliament. Instead, it is passed in Council, with the participation only of Ministers. The Order is prepared by the relevant Ministry and presented. No discussion takes place. The name of the Order is only read out and the Queen simply states that she 'assent' that it should be passed. This is usually a mere formality.

The UK Government argued in *Bancoult (4)* that the right of everyone to enter and remain in their territory is not of such a fundamental nature that it may not be taken away by the Queen in Council. The government argued that UK Human Rights Act of 1998 does not apply to the BIOT because it was a ceded territory as per the 1814 Treaty of Paris. It argued further that because BIOT was a ceded territory, the Queen was free to make any laws she deems fit for the territory. This means that she can give the citizens of the ceded territory the right of abode in the territory and take it away as she deems fit. Lord Hoffman, giving the majority judgement of the House of Lords, agreed with the approach taken by the UK Government.

Three judges in the House of Lords, against two judges, decided that indeed Queen has the power to exile the entire population of the Chagos Archipelago because the BIOT is a ceded colony and not a settled colony. The majority of the judges held that the right of abode, meaning the right of citizens to enter and remain in their homeland, is a creature of the law. It was created by the Magna Carta of 1291. The law may give the right and the law may take it away. It is not a right that is so fundamental in nature that the Queen cannot touch it. The House of Lords held further that when the Queen passes an Order in Council regarding colonies, she is guided by the interests of the UK and not those of the colony, or in this case the interests of the Chagossians.<sup>619</sup>

The House of Lords recognized that the BIOT is a non-self-governing territory and that its population was removed in order to ensure that the UK does not have obligations in terms of Article 73 of the UN Charter to report on the well-being of its citizens. Article 73 of the UN Charter would also require that the UK develop self-government in the territory.<sup>620</sup> As indicated earlier, the House of Lords stated that at the time of the establishment of a military base on Diego Garcia and the forcible removal of its permanent population in the early 1970s, the UK had justifiable fears that the Soviet Union and the non-aligned movement would use the presence of a permanent population

---

619 Paragraph 49.

620 Paragraph 10.

on the Chagos Archipelago in order to block the construction of a US/UK military base on Diego Garcia.

The court acknowledged that the manner in which the Chagossians were removed from their territory and left in Mauritius under deplorable conditions was not justifiable. It held however that those events had happened more than 30 years ago and the UK has since 'confessed its sins' regarding the matter and paid compensation for the forcible removal of the Chagossians.<sup>621</sup> It is therefore no longer necessary to reverse the political decision of 1968 that was based on defence and foreign policy considerations of the time. The House of Lords held that at any rate issues of foreign and defence policy were matters for the executive branch of government and not for the courts to pronounce upon.

The court held further that the right of Chagossians to enter and leave the Chagos Archipelago/BIOT that was recognized in the 2000 *Bancoult* (1) judgement was purely symbolic. This is because the UK Government does not support resettlement in the territory and had no intention to fund such a resettlement. It quoted with approval the decision of the Court of Appeal in 2004 when it refused leave to appeal the *Chagos Islander* judgement. Judge Sedley had ended the ruling by saying:

'This judgment brings to an end the quest of the displaced inhabitants of the Chagos Islands and their descendants for legal redress against the state directly responsible for expelling them from their homeland. They have not gone without compensation, but what they have received has done little to repair the wrecking of their families and communities, to restore their self-respect or to make amends for the underhand official conduct now publicly revealed by the documentary record. Their claim in this action has been not only for damages but for declarations securing their right to return. The causes of action, however, are geared to the recovery of damages, and no separate claims to declaratory relief have been developed before us. It may not be too late to make return possible, but such an outcome is a function of economic resources and political will, not of adjudication.'<sup>622</sup>

Lord Hoffman, supported by Lord Roger and Lord Carswell, held that Judge Sedley had missed the point in *Bancoult* (3) when he stated that the 2004 BIOT Constitution Order and the 2004 BIOT Immigration were taking away one of the fundamental liberties known to humankind. Judge Sedley had stated:

---

621 Paragraph 53.

622 On 22 July 2004 the Court of Appeal (Dame Elizabeth Butler- Sloss P, Sedley and Neuberger LJ) refused leave to appeal the Chagos Islanders judgment. This paragraph is quoted in *Bancoult* (4) at para 22.

'The point is that the two Orders in Council negate one of the most fundamental liberties known to human beings, the freedom to return to one's own homeland, however poor and barren the conditions of life...'

Lord Hoffman stated that funding for the resettlement on the Chagos Archipelago was the subtext of the whole matter. The UK is only prepared to allow Chagossians to visit the graves of their ancestors but is not prepared to allow the Chagossians to resettle on their homeland. The UK is also not prepared to advance public funds for this purpose. The UK was especially concerned that should it allow the Chagossians to return to the BIOT, it would be bound by a sacred trust placed on it by Article 73 of the UN Charter to ensure 'economical, social and educational advancement' of the Chagossians. The UK would be obliged to send reports to the UN Secretary General regarding the matter, which it was not prepared to do.<sup>623</sup> The US remains opposed to the resettlement of a permanent population on BIOT. Lord Hoffman said the courts should therefore leave the matter to the executive branch of government and not pronounce on it, since it concerned defence and foreign policy.<sup>624</sup>

Lord Hoffman also held that the UK Human Rights Act 1998 did not apply to BIOT. He says the reason is that when the UK made a declaration in 1953 in terms article 56 of the European Convention it included Mauritius on the list of territories for which the UK was responsible for international relations. This declaration fell away when Mauritius gained independence in 1968. The UK never made a declaration to include BIOT on the list for which it was responsible for international relations. Lord Hoffman states that although BIOT was part of Mauritius until it was excised in 1965 the declaration made to extend applicability of the European Convention applies to a political entity and not to the land which may or may not have been part of the territory. He states finally that BIOT became a separate political entity since 1965 to which the European Convention was never extended.

As far as the applicability of international law on the matter, Lord Hoffman states at paragraph 66:

'As for international law, I do not understand how, consistently with the well-established doctrine that it does not form part of domestic law, it can support any

---

623 Paragraph 55 of *Bancoult* (4).

624 This is interestingly similar to the approach taken by courts in South Africa during apartheid to say that no matter how unjust the law used to implement racial segregation may be, it was not for the courts to form any opinion on the matter. The courts decide during *apartheid* that it is for parliament and the executive arm of government to decide on such matters. This is no longer possible since South Africa has adopted a policy of supremacy of the Constitution. This means that Parliament, the executive branch of government (Cabinet) and the judiciary are obliged to uphold fundamental freedoms and human rights contained in the Constitution of 1996.

argument for the invalidity of a purely domestic law such as the Constitution Order.'

Lord Rodger, in supporting Lord Hoffman, states that the Queen can legislate for the colonies without the concurrence of Parliament. This is especially so when the colony was acquired by cession or conquest. He held that section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order was not open to challenge in English courts and was not repugnant to any fundamental principle. He held further that the UK government was entitled to refuse resettlement of the Chagossians in their homeland because the cost was prohibitive and the UK was not prepared to fund the resettlement. He held finally that the Magna Carta did not prohibit the banishment of the Chagossians from their territory.

Lord Carswell for his part stated that the Chagossians were free to visit the graves of their families on BIOT. They should therefore not be bringing a 'campaign' to force the UK Government to fund their resettlement on BIOT if it does not wish to do so. He also supports the view that courts should not interfere in political decisions, even if such decisions have the effect of exile an entire population. At any rate the feasibility study of 2002 showed that the resettlement of the Chagos Archipelago is impractical and would be prohibitively expensive.

The dissenting judgement delivered by Lord Bingham, supported by Lord Mance, is very interesting. He states that royal prerogative, or the rule of the Queen by decree, is an exercise of legislative authority without the participation of Parliament. It is 'a relic of a past age' and anachronistic in the modern era. At any rate there is no precedent of using royal prerogative to exile an entire population. He cites with approval a text from *A History of English Law* that:

'The Crown has never had prerogative power to prevent its subjects to enter the kingdom, or to expel them from it.'

Lord Bingham cites paragraph 39 of *Bancoult* (1) judgement stating that the right to enter and leave one's homeland is a principle of international law and certainly a constitutional right that every UK citizen enjoys. This right may only be removed by Parliament. He states further that the essence of the relationship between a citizen and the State is based on reciprocal duties of allegiance and protection. The duty of protection prohibits the State from removing and excluding its citizens from their homeland. Lord Bingham therefore held that the Queen did not have the power to enact section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order to exile Chagossians. Alternatively, if she

did have the power to do so, such power was subject to judicial review and liable to be declared null and void.

The ground on which Lord Bingham would declare section 9 null and void is that it is irrational because there was no reason for enacting it. The reasons advanced by the UK for enacting the 2008 BIOT Constitution Order was solely based on letters received from officials in the US. Such letters reemphasized the strategic importance of the US military base on Diego Garcia and why it should be kept free of any permanent civilian population. There had also been suggestions that the chairperson of the Chagos Refugees Group (CRG), Olivier Bancoult, who is the main litigant in the *Bancoult* cases, had been present in a meeting of *La Lutte* (LALIT), an organization that campaigned for the eviction of the US military in Diego Garcia. Lord Bingham pointed out however that Mr Bancoult had informed the LALIT gathering that the CRG supports the continuation of the military base on Diego Garcia. This is seen as beneficial to the Chagossians since they would derive a livelihood from employment on the military base. Mr Bancoult had also informed the LALIT meeting that the UK government was making preparations for the return of the Chagossians to their homeland based on the 2000 *Bancoult* (1) decision and the 2002 feasibility studies. The Chagossians therefore had a legitimate expectation that the UK government would facilitate their return.

The other ground on which Lord Mance would declare section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order was that it went against the legitimate expectation created by Secretary of State Robin Cook on 3 November 2000, that the UK would not appeal the *Bancoult* (1) judgement and would take measures to allow them to return to their homeland.

Lord Mance agrees with Lord Bingham that English law recognises that the right of abode is of a fundamental nature and should not be taken away unless there were compelling reasons for doing so. He also agreed with Lord Bingham that the use of royal prerogative to remove a citizen's right of abode is unprecedented. Lord Mance took the view that the distinction between the laws applicable to colonies defined as settled, conquered or ceded only relates to private law and not public law. In other words, English settlers carry with them the private law of England when they live in a settled colony. This distinction has no relevance in public law. This means that ceded colonies could not be treated differently from settled territories. The Queen cannot pass any laws as she deems fit in ceded colonies without the concurrence of Parliament.<sup>625</sup> The distinction between private and public law rights does not mean that if a citizen does not have

---

625 *Bancoult* (4) at paragraph 155.

property rights in a territory as a matter of private law, they lose their public law right to live in the territory as citizens.<sup>626</sup>

Importantly, Lord Mance held that a constitution of a territory introduced for the specific aim of exiling the entire population of a territory is self-contradictory. He held further that the approach of the UK Government in the proceedings:

'treats BIOT and the prerogative power to make constitutional or other laws relating to BIOT as if they related to nothing more than the bare land, and as if the people inhabiting BIOT were an insignificant inconvenience (a phrase which reflects the flavour of some of the government's internal memoranda in the 1960s), liable to be dispossessed at will for any reason that might seem good to the executive in the interests of the UK. ... But enacting a constitution for a conquered or ceded colony which has the aim of depopulating the whole of a habitable territory in the interests of the UK or its allies is another matter. A colony, whether conquered, ceded or settled, consists, first and foremost, of people living in a territory, with links to a 'parent' State. The Crown's "constituent" power to introduce a constitution for a ceded territory is a power intended to enable the proper governance of the territory, at least among other things for the benefit of the people inhabiting it. A constitution which exiles a territory's inhabitants is a contradiction in terms. The absence of any precedent for the exercise of the royal prerogative to exclude the inhabitants of a colony from the colony is significant, although to my mind entirely unsurprising. Until the present case, no-one can have conceived of its exercise for such a purpose. Territories, such as Gibraltar or Malta, have been conquered or ceded with military purposes in mind, but never, so far as appears, has there been either an original purpose or a subsequent attempt compulsorily to exclude their natural inhabitants. It may not have been necessary in the present case to use force to empty BIOT, but the logic of the government's position is that this too would have been permissible.'<sup>627</sup>

Lord Mance deals with the issue of use of Order in Council at paragraph 159 as follows:

'As Judge Waller rightly observed in the Court of Appeal (para 106), there are fundamental differences between legislation enacted by the executive through Her Majesty in Council and legislation subject to democratic debate in Parliament. In the present case, the process adopted affected basic common law rights without any form of consultation whatever with the Chagossians affected. The

---

626 Paragraph 153.

627 Paragraph 157.

only justification advanced for this by Mr Rammell, Parliamentary Under-Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, in the Parliamentary debate on 7 July 2004 was that "There is no settled population within BIOT and that is why we have to make decisions that we have to make". But section 9 affected the rights to enter BIOT of a category of persons defined by the 2000 Ordinance, with a number of known representatives. Not only was there no opportunity for democratic debate outside or within Parliament, but the process of Parliamentary scrutiny of orders in council by the Foreign Affairs Committee could be and was overridden by the executive, with the result that the Committee only learned of the BIOT Order 2004 after it was made. (The Secretary of State's evidence is that this unusual process was supplemented in mid-2002 by specific Committee request to see any draft orders effecting constitutional changes in overseas territories, a request in which the Foreign Secretary said in reply that he saw "merit". The explanation given after 10 June 2004 for the scrutiny override was that complete confidentiality needed to be preserved if "the risk of an attempt by the Chagossians to circumvent the Orders before they came into force" was to be avoided.)

Lord Mance holds that as a matter of public law it would not have been permissible for the Queen to legislate by Order in Council to introduce a provision such as section 9 of the 2004 BIOT Constitution Order during the period 1965 to 1973 while Chagossians continued to live in BIOT. In 2004 they retained the same rights as they had while they still lived in the BIOT prior to their removal. He concludes that since section 9 could not have been enacted by order in council during the period 1965 to 1973, it could not be enacted in 2004. He reiterates however that the UK Parliament could have legislated on the matter in open debate.

### *C Group litigation for adequate financial compensation: Chagos Islanders*

Feeling confident after the outcome of *Bancoult* (1) on 3 November 2000, the Chagossians brought the case *Chagos Islanders* in 2003 as a group action based on among other grounds, torts, violations of human rights, and misfeasance of public office. The case was for further financial compensation arising from their forcible removal and exile in the late 1960s and early 1970s. They lost that case, Judge Ouseley finding that they had been adequately compensated and that at any rate by signing the denunciation forms at the time of receiving the compensation they had released the UK Government from any further responsibility for their economic conditions arising from the forcible

removal and exile. They also lost leave to appeal the ruling of Judge Ouseley, who said in the case of *Chagos Islanders*:

'I do not regard it as arguable that there could be no power at all, however it might be enacted or expressed, to remove the whole indigenous population of BIOT for defence purposes. It might not be necessary to do so; it might be disproportionate; *whether it should be done is a matter of political judgement*. But *to say that it could not be done*, where the people were removed to countries of which they were also citizens and which were willing to accept them, *is to deny the essence of sovereignty*, and its essence in a Parliamentary democracy with powers over the Crown in right of its colonies and is to substitute for its rule, not of law but of judges. ...' <sup>628</sup> (Emphasis added)

*'It cannot be for the court to assess the degree of disturbance to the islanders which any given defence or foreign policy interest might justify, and to rule an enactment or its use unlawful or lawful accordingly.'* <sup>629</sup> (Emphasis added)

Judge Ouseley also made reference to the Court of Appeal decision in *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign Affairs [2002] EWCA Civ 1589* <sup>630</sup> that the court would not interfere with matters of foreign policy. The question of whether a court would intervene depends on how administrative the decision was or whether there was a policy which might give rise to a legitimate expectation. The case of *Bancoult (1)* had been decided on the administrative law grounds of *ultra vires*. Judge Ouseley ruled that the decision by the UK Government not to disclose to the UN that it had created the BIOT was an issue of 'high policy' in which the court should not interfere. <sup>631</sup>

He further ruled that the decision of the UK Government not to inform either the Chagossian people or the government of Mauritius about the fact that it had secretly inserted a clause in the Constitution of Mauritius granting dual citizenship to the people of the Chagos Archipelago was also an issue of foreign relations that only the executive branch of the UK Government was entitled to make and that the courts, being part of the judiciary, do not have the power to pronounce upon it. Judge Ouseley ruled that:

'[b]esides, the Mauritius Government only had to look at its Constitution and the Mauritius Independence Act which made the position clear. The Prime Minister of Mauritius knew of the position.' <sup>632</sup>

---

628 *Chagos Islanders* at paragraph 267.

629 Paragraph 271.

630 Decided on 6 November 2002 [2003 UKHRR76].

631 *Chagos Islanders* at paragraph 342.

632 Paragraph 343.



The case of the *Chagos Islanders* noted a number of authorities that indicated that a person could not rely on international law treaties to enforce individual rights if it had not been incorporated into domestic law of the UK. Among them was *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry*.<sup>633</sup> The same could be said of the various agreements entered into by the US and UK Governments that led to the establishment of the military base on Diego Garcia and the consequent forcible removal of its permanent population. The only time the court could intervene related to reviewing administrative decisions by the Foreign and Commonwealth Office in achieving that outcome. The court noted further that relevance of the UN Charter to the decision and how separate members of the UN would view it was also a matter that it would not intervene in since they were issues of high policy.<sup>634</sup>

The decision of Judge Ouseley is surprising in that it required the plaintiffs, the Chagossian people claiming for compensation arising from their forcible removal, to provide evidence despite the fact the whole project had been a top secret affair. The group litigation case itself was only possible after the formerly classified 'secret' document of the UK Government had been declassified following the 30-year rule. Judge Ouseley treated the forcible removal of the Chagossian people as if they were just a number of unrelated activities that were not part of a deliberate and systematic UK and US plan to establish an US military base on Diego Garcia and depopulate it.

The following passage from the ruling by Judge Ouseley is odd given the fact that Judge Laws had already established in the case of *Bancoult (1)* a lot of the material facts alluding to the high secrecy in which the project had been planned and implemented, thereby circumventing political oversight of both the UK Parliament and the US Congress:

'I have already accepted that it is reasonably arguable that if the return of the Ilois in 1967 and 1968 was on the instructions or, or indeed at the request of the Defendants, that was unlawful. I think it is also reasonably arguable that, in those circumstances, if the Commissioner or his agents knew that those going to Mauritius might not be able to return for that same reason, there was duty on them to forewarn the Ilois. However, there is no evidence that any of the Defendants or its agents knew or thought that those who left would be prevented from returning. Mr Moulinié may have known what the general pattern of recruitment would have been and it may have been a common expectation that Ilois would be re-employed and transported back to the Chagos if they so wished;

---

633 [1990] 2 AC 418 at pages 499- 501.

634 *Chagos Islanders* at paragraph 342.

of course there was no obligation on them to return or to do so at any particular time. It is clear from the evidence of the Chagossians that they regarded themselves as free to make that choice and some stayed for substantial periods in Mauritius, some arriving before BIOT was even created. *It must have been obvious to the islanders that there were no new recruits or returns from Mauritius in 1967 and yet others left in March 1968 apparently without inquiry as to their prospects of return. ....* But Moulinié was not the agent of the BIOT in transporting to Mauritius those who wished to go there or when they said or failed to say anything about whether they might return. *The fact that some Ilois were advised to go to Mauritius in connection with medical treatment imposed no different duty and certainly not upon the Defendants.* Mr Moulinié may have realised that recruitment of those leaving in 1967 and in 1968 was not certain and nothing was said; he might be criticised for that. But it is not something for which any responsibility arguably lies with the Defendants as a breach of any duty by them or other illegality, let alone one of which they know or were recklessly indifferent thereto.<sup>635</sup> (Emphasis added)

The conclusions in this paragraph are odd for the following reasons:

1. The UK Government had realised much earlier on that the indigenous population on the Chagos Archipelago would have to be removed in order to give effect to the condition by the US government the islands would have to be free of any civilian population;
2. These activities were clearly part of the implementation of the plan by the UK Government to depopulate the islands in order to give effect to its agreement with the US government;
3. Even the British Prime Minister had been briefed that the islands would have to be depopulated; and
4. Moulinié was clearly acting as an agent of the UK Government

There had been several newspaper reports in the UK in the late 1970s concerning the plight of the Chagossian people who had been stranded in Mauritius being refused return passage to the Chagos Archipelago.<sup>636</sup> This was about the first time that the British public came to know about the establishment of the BIOT, the US military base there and the forcible removal of the Chagossian people from there to make way for the military base. There was at the time some level of acceptance on the part of the UK Government for its role in getting the Chagossian people stranded in Mauritius and the

---

<sup>635</sup> Paragraph 298. For a contrary view on this judgement see generally David Vine, *Island of Shame: the Secret History of the US Military Base on Diego Garcia*.

<sup>636</sup> The Islanders that Britain Sold, the *Sunday Times* (London), 1975, at page 10.

British public was asking that their return to the Chagos Archipelago be facilitated. Despite denying the responsibility of the UK Government in getting the Ilois people to Mauritius between 1964 and 1968, Justice Ouseley stated at paragraph 135 of the judgement:

'In any event, if there had been a duty not to prevent the return of the islanders or even to facilitate it, there is no evidence at all that any Defendant or official knew of any such duty, or was recklessly indifferent to it. There is nothing to suggest that there was or was ever thought to be a duty to re-employ those who went to Mauritius or to require their re-employment regardless of economic needs or to provide transportation or a means of subsistence to them. Neither Defendant had ever employed the Ilois or transported them; *they were not abandoned by either Defendant in a remote or inaccessible spot to which they had taken them.*<sup>637</sup> (Emphasis added)

Justice Ouseley makes the point that those Chagossian people that left the territory between 1964 and 1968 did so voluntarily. The judge states that 'these Ilois went voluntarily to a country of which they were citizens and with which some enjoyed varying degrees of family connection'.<sup>638</sup>

He states further that if they had been induced to do so by the company that ran the copra plantations, the UK Government is not responsible since the company had not acted as its agents. Justice Ouseley states:

'The Mauritius Government in March 1968 might have thought the non-return [of the Ilois stranded in Mauritius] was a BIOT responsibility but that is simply not borne out by evidence. By October 1968, after the July 1968 US decision, there is evidence that the Defendants [UK government] contemplated preventing the recruitment of Ilois because of the resettlement implications, *but they did not in fact do so.* Indeed there was a limit, according to Mr Moulinié, of 250 on the number of male adult workers on Diego Garcia. There is no documentary evidence to support that, but if it is correct, the population figures show that that limit was in no danger of being exceeded and so it never acted as a constraint on the recruitment of the Ilois.'<sup>639</sup> (Emphasis added)

---

637 *Chagos Islanders*, paragraph 305. See Vine, *Island of Shame* at page 93 where he states that that Contract between Crown and Moulinié and Company (Seychelles) Limited, 1968, PRO: WO 31/21295 stipulated that after they had been sold to the UK Government no improvements were to be made on the plantations without BIOT permission. He also indicates at page the company was under strict instruction not to employ any Chagossians but had to ensure that the plantations were run down so that the island could be turned into a military base.

638 *Chagos Islanders* at paragraph 135.

639 Paragraph 303.

'The Defendants did not do anything to assist or to require the return of the Ilois... there is no domestic legal obligation on a Government to arrange for the return of its citizens to those territories where they can reside. It cannot be said that there was a duty on the Defendants to arrange for the Ilois to return to the islands, let alone one which left aside any question of employment or how they would be fed or housed.'<sup>640</sup>

Despite evidence that by the time of their final forcible removal from the BIOT to Mauritius and Seychelles there had been no clear plan for their reception let alone accommodation, Justice Ouseley makes the point several times that the Ilois people were only removed after arrangements had been made for them to go to countries of which they were citizens and which would take them.<sup>641</sup> The judge relied on the case of *R v Secretary of State Ex Parte Tharkar*<sup>642</sup> that the obligation that a State has in international law to admit its own nationals if they had been expelled by another State – which cannot be relied upon by an individual- does not apply if it conflicted with immigration legislation.

The judge further distinguished the *R v Secretary of State Ex Parte Tharkar* case from that of the *Chagos Islanders* in that it applied to people who had nowhere else to go, something that according to the judge did not apply to the Chagossian people since they had somewhere to go, namely Mauritius and Seychelles, countries that were willing to accept them. The fact that the Chagossian people had not known that they would never be allowed to return to their homeland and had not been given the opportunity to collect their personal belongings and no provision was made for them to transport such belongings seems to be irrelevant.

Justice Ouseley takes the view that just before the final 'evacuation' of the Chagossian people from Salomon and Peros Banhos islands in the Chagos Archipelago there had been no threat used by the officials of the UK Government and/or its agents to make the Chagossian people leave. The judge glosses over the fact –which he does not dispute- that the pet dogs of the Chagossian people had been gassed *en masse* in their presence. The judge decides that 'there is not the slightest evidence of the threat of or the actual use of force or intimidation to bring about the removal of the Ilois, or that there was any for which the defendants were responsible.'<sup>643</sup>

---

640 Paragraph 304.

641 Paragraphs 312 and 350,

642 [1974] QB 684 CA quoted in *Chagos Islanders*.

643 *Chagos Islanders* at paragraph 331. The plaintiffs had appended, without leading the witness to attest to the point, a photograph that ported to show evidence of a meeting where an US officer informed the Chagossian people of their final 'evacuation'.

Judge Ouseley reversed a number of findings by Judge Laws in *Bancoult* (1). He appears to suggest that the British Crown is a private landowner on the Chagos Archipelago and therefore its treatment of the Chagossian people must be viewed solely in that light. This seems to suggest that the public law relationship between the UK Government as colonial ruler of the Chagos Archipelago and its people is irrelevant. He states:

‘If the landowner had decided to give up running coconut plantations and to remove the islanders from the land to make way for tourist enterprise, there would be room for political debate as to what should happen but not for legal debate as to the power of the landowners, (assuming that the Ilois had no property rights themselves). There is no obligation on the legislature to prevent private landowners exercising their rights and refusing to permit onto land those whom they are not willing to allow residing there.’<sup>644</sup>

The judge is only prepared to accept that ‘it is reasonably arguable that the use of private law ownership rights to remove the whole population of the BIOT was unlawful, because of the remarks of the Divisional Court in *Bancoult* (1).’<sup>645</sup> He decided that the UK Government officials could not have known that there was a limitation of using private law powers to regulate public law relationships and were reckless as to the outcome of doing so. Further, Judge Ouseley opines that the *Bancoult* (1) decision could not have implied that once the land within the Chagos Archipelago had been compulsorily acquired by the British Crown in 1967 there was an obligation on the BIOT Commissioner to provide housing, education and other social services to the Chagossian people while they were still there. He decides therefore that even if that obligation might have existed on the part of the British Crown, represented by the BIOT Commissioner, that responsibility fell away ‘once arrangements had been made for the islanders to go to a country of which they were citizens and which was prepared to take them.’<sup>646</sup>

Judge Ouseley reduces the matter of how the Chagossian people who had been stranded in Mauritius after travelling there voluntarily to seek medical treatment- something that had been practice for many years- and those that had allegedly been induced to travel to Mauritius under false pretences and then refused return passage was an issue of labour relations between the Chagossian people and the company running the copra plantation on the Chagos Archipelago at the time. The judge states:

‘There is no obligation to require employers to employ particular individuals or to provide them with transportation to or from the Chagos. There is no obligation on

---

644 Paragraph 327.

645 Paragraph 329.

646 Ibid.

the legislature to enact nor has the Sovereign required the Commissioner to so legislate nor has She passed any such Act herself. I do not see anything in *Bancoult* that would support such an approach.’<sup>647</sup>

Judge Ouseley goes to the extent of stating that the 2000 BIOT Immigration Ordinance did not entitle the Chagossian people to return to the Chagos Archipelago because it was privately owned land. He goes further to state that the *Bancoult* (1) decision was the only reason that the UK Government had conceded to the UN Human Rights Committee that its prohibition of the Chagossian people to return to their territory was unlawful.

On 22 July 2004 the UK Court of Appeal made a ruling declining the Chagossians’ application for leave to appeal against the ruling by Judge Ouseley.<sup>648</sup> The judgment was delivered after the enactment of the 2004 BIOT Orders in Council on 10 June 2004. The Court of Appeal agreed with Judge Ouseley’s finding that those Chagossians who had signed renunciation forms at the time of receiving financial compensation in the early 1980s could not bring fresh proceedings as they had denounced their right to claim and their right to return to the Chagos Archipelago.<sup>649</sup> The Court of Appeal further held that exile, which the Chagossians were claiming had been enforced on them, was not a free-standing tort (delict) on which they could sue.<sup>650</sup> The Court held further that any representations made by UK officials to the Chagossians was unarguable as a claim of deceit and that they could not bring a viable claim for misfeasance in public office against UK officials.<sup>651</sup> The Court concluded however that ‘It may not be too late to make return [of the Chagossian people to the Chagos Archipelago] possible, but such an outcome is a function of economic resources and political will, not of adjudication.’<sup>652</sup>

### *Paragraph 2 Litigation by Chagossians before US Courts*

Apart from cases in the UK the Chagossian people brought a case before the US Circuit Court for the District of Columbia in Washington in November 2002 and appealed to the District Court in 2004. The case of *Bancoult et al v McNamara et al*<sup>653</sup> was brought against current and former officials of the US Air Force, Navy and the military for compensatory damages resulting from their forcible removal and destruction of the property of the Chagossians. Apart from the UN Charter, they also based their action on other UN human rights conventions like the Convention against Torture and other Cruel,

---

647 Ibid.  
 648 [2004] EWCA Civ 997.  
 649 Paragraph 19.  
 650 Paragraph 22.  
 651 Paragraphs 32 and 29 respectively.  
 652 Paragraph 29.  
 653 370 F.Supp.2 1,9 (D.D.C 2004).

Inhuman and Degrading Treatment or Punishment,<sup>654</sup> the Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, the ICCPR, and the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

The 'headquarters rule' requires that although you cannot sue the government of the US for acts done outside of national boundaries, you can do so if you can show that all the decisions related to that matter were made by the government of the US in Washington. The Chagossian people therefore asserted that the Circuit Court for the District of Columbia has jurisdiction because a substantial part of the acts and omissions that gave rise to their claims occurred in the District of Columbia, more specifically at the seat of the US government in Washington. The Chagossian people stated that their action 'does not address or seek to interfere with matters of foreign policy, national security, or defense policy decisions of the US'. They instead sought relief for their 'mistreatment', and redress arising from the wrongful conduct of US officials during their forced removal and the destruction of their property.

As stated earlier, the political question doctrine applied in the US holds that a matter may not be heard by the courts if it raises a political question, which falls under the domain of Congress or Cabinet, based on the principle of separation of powers between the three branches of government. The doctrine was developed by the Supreme Court of the US in the case of *Baker v Carr*.<sup>655</sup> According to the doctrine, there are six criteria to consider in deciding whether a matter falls within the competence of the courts or the domain of US Congress or Cabinet. They are:

- (1) A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or
- (2) A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or
- (3) the impossibility of deciding it without an initial policy determination of a non-judicial kind; or
- (4) The impossibility of a court's undertaking independent resolution of the matter without expressing a lack of respect to other branches of government; or
- (5) An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or
- (6) The potential of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.<sup>656</sup>

---

654 The Convention came into force in the US on 20 November 1994.

655 369 U.S. 186 217 (1962).

656 See Christian Nauvel, *A Return from Exile in Sight: The Chagossians and their Struggle*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 5 2006 at page 119.

If any of these questions can be answered in the affirmative then the US courts may not adjudicate on the matter since it raises political questions which only Congress or Cabinet may decide on. In an attempt to overcome this problem the Chagossian litigants pleaded in the US Circuit Court in Washington that they were not litigating on the lawfulness or “political wisdom of the US’ decision to negotiate with the UK, nor to establish a military base on Diego Garcia” but on whether the policy was being implemented legally or not.<sup>657</sup> The Circuit Court of District of Columbia dismissed the case on the basis of the political question doctrine. It held that what the Chagossians were really asking the Court to do was to assess the reasonableness of Cabinet’s decision to enter into a treaty with the UK to establish the military base on Diego Garcia and to depopulate the Chagos Archipelago for that purpose. It held that the matter was really about military and foreign policy considerations during the Cold War, an issue which is clearly of a political nature.

The Circuit Court found that the second to the sixth criteria set out in *Baker v Carr* were met in this case. It therefore dismissed the case since doing otherwise would require the court to ‘substitute its judgement for that of the political branches and determine the national defence needs of the US military in the Indian Ocean.’<sup>658</sup> It held further that both the US Congress and Cabinet had at some point known about the possible negative impact the establishment of the military base on Diego Garcia would have on the population of the Chagos Archipelago but had approved it nonetheless.<sup>659</sup>

The Federal Torts Claims Act (FTCA) and the Alien Torts Claims Act (ATCA) provide US federal employees with protection against liability for decisions they take in the course of their duties. For example the US military and naval officials are protected for their role in establishing the US military base at Diego Garcia. They can raise the defence of ‘sovereign immunity’ when faced with litigation by international plaintiffs like the Chagossian litigants. The Chagossian litigants failed to rebut application of this defence in this case. The case went on appeal to the Washington District Court in *Bancoult et al v McNamara et al* 445 F.3d 427 (D.C Cir.2006), whereby the District Court for the District of Columbia affirmed the Circuit Court’s decision. Although the Chagossians are considering an appeal to the US Supreme Court, their chances of succeeding there are negligible because the US government and its officials are likely to raise the same defences of sovereign immunity and political question doctrine. The Chagossian litigants are also unlikely to succeed in the argument that the US does not enjoy

---

657 Ibid at pages 12 – 13.

658 Circuit Court decision at page 15.

659 Ibid at 16- 17.



sovereign immunity from the lawsuit because their forcible removal is a violation of peremptory norms of international law to which the US may not claim immunity.

### **Section III Proposed restitution programme for the Chagossian people**

The Foreign and Commonwealth Office (FCO), the UK department that is responsible for overseas territories and therefore the BIOT, has commissioned two feasibility studies for possible resettlement of the Chagos Archipelago. The first one was commissioned in 1999 in anticipation of the *Bancoult (1)* decision. It was completed in 2000. This study was drafted by officials in the Department for International Development (DFID). The second feasibility study was commissioned in 2000 following the *Bancoult (1)* judgement. It was undertaken by *Posford Haskoning* consultants. It was published in 2002.

There has been some controversy regarding possible interference and alteration of the findings of the *Posford Haskoning* feasibility study by officials in the FCO before it was published in 2002. The controversy is related to whether the consultants' findings on feasibility of resettlement of a permanent civilian population on the Chagos Archipelago were qualified or not.<sup>660</sup> It is beyond doubt however that both the 1999 and 2002 feasibility studies found the prospect of resettlement of the Chagos Archipelago to be practicable. The House of Lords considered this issue in *Bancoult (4)* but made no definite finding. This study asserts that the feasibility studies undertaken by the UK Government indicate that it is practicable and feasible to resettle the Chagossians on their homeland.

In March 2008 the Chagos Refugees Group published a resettlement proposal for the Chagos Archipelago entitled '*Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Archipelago*'.<sup>661</sup> The proposal is based on the 1999 and 2002 feasibility studies discussed above. It worked on the assumption that resettlement of the Chagos Archipelago is both feasible and practicable.<sup>662</sup> It envisages a phased resettlement process, initially for between 800 and 1000 people and finally for about 2500 people, which is half the population since the other half has indicated that they only wish for a right of temporary abode in order to see relatives and tend to the graves of their

---

<sup>660</sup> See Seventh Report on 2007 –8 of the House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories, dated 18 June 2008 HC147 II, House of Commons, United Kingdom published on 7 July 2008 at Ev 22. The lawyers for the Chagos Refugees Group claim that the draft feasibility report they received in 2000 had no qualification and such qualification had been handwritten onto the draft and eventually published as if it was in the original.

<sup>661</sup> Chagos Refugees Group and Chagos Support Group UK, *Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, March 2008.

<sup>662</sup> *Ibid* at page 6.

ancestors. The proposal, written before the *Bancoult* (4) judgment, moves from the bases that the court cases in London have established the right of the Chagossians to return to the outlying islands of Peros Banhos and Salomon and takes no position on the right of the former inhabitants of Diego Garcia to return to their island. The former inhabitants of Diego Garcia have accepted being resettled on the outlying islands but hope to eventually return to Diego Garcia someday in the future.

*Paragraph 1 Costs of resettling the Chagos Archipelago*

The June 2004 written statement by the UK Secretary for Foreign and the Commonwealth Office stated that one of the justifications for enacting the 2004 BIOT Constitution and Immigration Orders in Council was that the 2002 *Posford Haskoning* feasibility study had made findings that resettlement on the Chagos Archipelago would be both precarious and very expensive. When the issue arose at the hearings of the UK House of Commons Foreign Affairs Committee on Overseas Territories in 2008 the Chagos Refugees Group pointed out that the terms of reference for the *Posford Haskoning* consultants did not include the costs of resettlement and related costs to the UK Government and/or tax payer, hence the assertion that it would cost £ 40 million over a period of 10 years to resettle the Chagossian people on their territory did not have its origin in the feasibility study but had been an estimate that officials in the FCO made.<sup>663</sup>

The *Returning Home* proposal by the Chagossian people estimates that the total cost of resettlement, excluding private sector tourism development, would be £ 25 million. This amount is divided into capital costs of £ 17, 5 million and £ 7.5 million for technical assistance over a period of 5 years.<sup>664</sup> The proposal suggests that the Chagos Archipelago has the potential, with private sector investment, to generate substantial revenue and become the most self-sufficient of the UK overseas territories requiring financial support from DFID. A comparable case is that of the Falklands Islands (Malvinas) with a population of less than 3000 people, which has become self-sufficient after initial investment by the UK government during the 1970s and after the 1982 Falklands War with Argentina regarding sovereignty over the territory.<sup>665</sup> The fisheries industry now contributes 55 % of the Gross Domestic Product (GDP) of the Falkland Islands (Malvinas). The 2008 Foreign Affairs Committee Report on Overseas Territories indicates that the UK government has provided £ 250 million in development assistance

---

663 Foreign Affairs Committee Report On Overseas Territories, July 2008 at Ev 23.

664 *Returning Home* at page 8.

665 See paragraph 19 of Ev 148, Foreign Affairs Committee Report, which indicates that in the last two decades the UK has spent billions of pounds in defending the Falklands Islands.

to Montserrat since the volcano hit the territory in 1995/1996.<sup>666</sup> The UK continues to provide the territory of Montserrat with ongoing programme funding to the tune of £ 15 million per annum.<sup>667</sup> The *Derasine Report* estimates that the UK Government distributes £ 25 million per annum for development projects in overseas territories.<sup>668</sup> This means that the estimated cost of resettlement of the Chagos Archipelago at £ 5 million per annum over 5 years is affordable to the UK government.<sup>669</sup> It has been suggested that the European Development Fund (EDF) could also be made available to fund the resettlement of the Chagossian people since the BIOT is listed as one of the potential beneficiaries of the EDF.<sup>670</sup>

The ruling by the House of Lords on 22 October 2008 found in *Bancoult (4)* that the cost would be too expensive as to be prohibitive. The court also indicated that the UK Government has no intention to fund the resettlement of the Chagossians on their homeland. This study takes the view that international law gives the Chagossians the right to return and restitution in the form of rehabilitation of their islands. Adequate financial compensation would make it possible for them to resettle on their homeland.

#### *Paragraph 2 Different approaches to asserting Chagossians' right to restitution*

We have shown that the forcible removal and exile of the Chagossian people was in violation of several international human rights instruments and amounts to gross violation of several of their human rights. The issue is how the Chagossian people can use these human rights instruments to claim for a remedy for the gross violation of their rights and how to make the UK government accountable for these violations. We will consider several options in order to arrive at the most suitable cause of action for them to realize their rights.

#### *A Lessons from the NCT in the Marshall Islands*

---

<sup>666</sup> Ibid. Montserrat received £ 80 million in 2003 after experiencing natural disasters. See also the *Derasine Report* at 45 also quoted by Stephen Allen *Looking Beyond the Bancoult Cases* at page 452.

<sup>667</sup> Ibid.

<sup>668</sup> See the *Derasine Report* at page 54. The findings of the *Derasine Report* are published by David Vine, as 'The Impoverishment of Displacement: Models for Documenting Human Rights Abuses and the People of Diego Garcia', (2006) 13 [Human Rights Brief](#) 21.

<sup>669</sup> John Pilger noted in his film *Stealing a Nation* that a single diplomatic residence costs the British tax payer about 5 million pounds sterling per annum. The *Derasine Report* points out other examples like St Helena, which has a population 4007 receives 66 % of its budget from the. Montserrat received £ 80 million in 2003 after experiencing natural disasters.

<sup>670</sup> Foreign Affairs Committee Report at Ev 23 and 108. This submission was made by the lawyer representing the Chagossians at the FCA hearings. It is to be noted, however that the submission by the Foreign and Commonwealth Office at the FCA hearings qualified this by stating that the EDF is available to fund national development programmes in overseas territories with settled populations. See Foreign Affairs Committee Report at Ev 147. This implies that the BIOT may not be funded through the EDF until the Chagossians are resettled there. At any rate, the intention is to make funds available for their resettlement.

We have discussed the NCT established in terms of the Section 177 of the Compact of Free Association between the US and the RMI. In terms of the so-called the Section 177 Agreement the US contributed a sum of US \$ 150 million to the Tribunal to 'espouse' claims by the people of the RMI following the nuclear testing programme conducted by the US on Bikini, Enewetak, Rongelap and Utrik Atolls of the RMI from 1946 to 1958.<sup>671</sup> The NCT has made awards for more than US \$ 500 million for the Bikini and Enewetak Atolls alone, which exceeds by far the US \$ 150 million that the US government made available to the NCT.

The people of the RMI have brought several lawsuits to the US Court of Claims and the US Federal Court for more financial compensation. The people of Bikini Atoll were removed several times to different islands. They were able to argue in court that their forcible removals constituted several acts of expropriation, which had to be compensated for individually. They also sued the US government for an 'implied-in-fact' contract to fully compensate them for all damages they suffered during their forcible removals. They claimed for both personal damages and damages to their environment. Personal damages included costs already incurred and future costs for their health, property and economic benefits. While the Chagossian people were not successful in their litigation before US courts, the cases brought by the people of the RMI makes for useful comparison of the kind of claims they could have been able to bring had they managed to overcome the problem of jurisdiction and liability of the US government. The Chagossians were however never US citizens and it is almost impossible to make the UK government accountable for its contribution to the gross violations of the human rights of the Chagossian people. The US government may choose to compensate the Chagossians due to the moral responsibility it bears for their forcible removal and displacement. Should it choose to do the NCT in the Marshall Islands provides a useful model to consider.

### *B An approach based on BIOT as an UK Overseas Territory*

We have shown above that the resettlement of the Chagos Archipelago is practically feasible and sustainable and that it is affordable by the UK government. The UK government could approach the resettlement of the Chagossian people in the same way as it has addressed development projects on its small island overseas territories following natural disasters as happened in Montserrat after the volcano eruptions or its development of the Falkland Islands (Malvinas) after the war with Argentina. This approach is however limited to the extent that it is not based on the concept of

---

671 Thomas Lum, et al, *supra*.

restitution, which is really what the Chagos matter is about: putting the Chagossian people back in a position they would have been had they not been forcibly removed and exiled from their land.

The case of the Inughuit People of Thule, in Greenland, is useful in showing that the Chagossian people should have been consulted prior to the establishment of the military base on their land. They should have been allowed to coexist with the US military base and be properly compensated for being 'internally displaced' to other islands within the Chagos Archipelago to make way for the military base. The distance between Diego Garcia and the outlying islands of Salomon and Peros Banhos is big enough to allow for a civilian population there. At any rate there are currently 2500 civilian Filipinos and Sri Lankans working on the military base on Diego Garcia.<sup>672</sup> This civilian population is about the same number of Chagossians who wish to return to the outlying islands, not just to Diego Garcia. With adequate training a number of Chagossians could be offered the majority of the jobs currently held by these Filipino and Sri Lankan civilians. There are currently only 3 Chagossians employed at Diego Garcia. They are the only ones known to have ever been allowed to work on the islands since the forcible removal and exile of the Chagossian people. This situation came about as a result of a policy of contractors on Diego Garcia taking a policy of not employing Chagossians.<sup>673</sup>

If the drawn out court process on the *Bancoult* matter, especially the decision to use antiquated legislative process like 2004 BIOT Constitution and immigration Orders in Council to nullify decisions of the independent judiciary, is anything to go by then it is quite apparent that the UK government would not proactively implement a resettlement programme for the Chagossian people. It is therefore imperative to consider the more 'coercive' processes to make the UK honour its international obligations based on treaties that it has voluntarily become signatory to and there bound by.

### *C An approach based on their rights in terms of the ICCPR and the ICESCR*

As per the Concluding Observations of the UN Human Rights Committee when reviewing the State Party Report of the UK in October 2006, the UK government should facilitate the return of the Chagossian people to their territory. It is submitted that since the UK government was directly responsible for the forcible removal and exile of the Chagossian people, it should also provide the resources, which it can clearly afford, for the resettlement of the population. This is not a matter of philanthropy but would be an act

---

672 Foreign Affairs Committee Report on Overseas Territories at Ev 21.  
673 Ibid.

of correcting a wrong that was committed, which was in reality a gross violation of the human rights of the Chagossian people. Notwithstanding the fact that they are a small community of barely literate people, the Chagossian people have managed to use one of the arms of government in the UK, the judiciary, to achieve serious victory against the current world super powers, the UK and the US. What is required is for the UK government to respect its own institutions of justice and 'decisions' of the UN Human Rights Committee.

The UK is signatory to both the ICCPR and the ICESCR of 1966. It submitted its letter of ratification on 20 May 1976, excluding the BIOT from the list of territories.<sup>674</sup> Both conventions are applicable to the Chagossian people because, unlike the European Convention, the ICCPR and the ICESCR do not contain territorial clauses that limit their application to territories that are listed in the instruments of ratification but rather apply to all individuals within the jurisdiction of the State that has ratified the conventions. The Chagossian people have rights as per the provisions of these conventions, which they could use to compel the UK government to implement a resettlement programme and continue to make funding available to the BIOT, to ensure that among others their right to housing, education, food, work, etc, are realized.

#### *D Restitution claims based on the 2007 UN Declaration on Indigenous People*

We have shown that the Chagossian people could prove that they are an indigenous people. However the BIOT is still not an independent State hence they could not be claiming as an indigenous people of the BIOT. Further, while they hold Mauritian citizenship, claiming a status of being indigenous in Mauritius would weaken their status as a people of the Chagos Archipelago for purposes of international law of political decolonization. The 2007 UN Declaration on Indigenous People is very useful as an advocacy instrument but the Chagossian people would not be able to rely on its provisions to bring claims before UK courts for restitution and reparations (financial compensation). It is only a Declaration and not a binding treaty to which the UK is signatory and therefore bound to observe. The UK is not signatory to the ILO Convention 169 of 1989. As per the decision of Judge Ouseley in the case of *Chagos Islanders* it would be difficult to hold the UK liable for the violation of the rights of the Chagossians based on this treaty unless its provisions have been incorporated into domestic law. There is yet to be any jurisprudence on claims based on the UN Declaration on Indigenous People because it was only adopted in September 2007.

---

<sup>674</sup> See Letter of the Director of General Legal Division, Office of Legal Affairs, 29 June 1976, C.N.193.1976. Treaties-6, quoted by Stephen Allen, *Looking Beyond the Bancourt Cases*, note 78.

*E Lessons from restitution programmes in former British colonies*

As indicated above, the concept of aboriginal title as applied in Australian, Canada and New Zealand stem from a recognition by the current dominant societies that the aboriginal people had been the occupiers of the land from time immemorial and such occupation pre-dates European settlement in those territories. The restitution claims are largely based on treaties that had previously been entered into between the indigenous people and the State. The governments had subsequently ignored these treaties or 'extinguished' them by passing municipal law to that effect. European settlement in those territories had been characterized by massacres of the indigenous population and their total social, economic and political subjugation and marginalization. The concept of aboriginal title to land and natural resources in Canada, Australia and New Zealand is therefore based on the principle that indigenous people in those countries 'had been there first' prior to the arrival of Europeans. Indigenous people therefore have title over land, which exists 'as a burden' over the crown or sovereign. In reality however aboriginal title operates as a lesser form of freehold title, with the possibility that the land could be claimed.

In Canada the resolution of these claims, for example the Nisg'aa claim in British Columbia, has led to recognition of other aboriginal rights like limited self-government in specified territories. Should a similar approach be taken in the Chagos matter, the resolution of their restitution claim could lead to limited self-government. This approach is however more suited to independent States mentioned above. On the one hand it may prove inappropriate in the Chagos matter because the Chagos Question is a matter of unfinished business of decolonization rather a situation of correcting internal matters in an independent State after decolonization. On the other hand, the manner in which the restitution claims by indigenous people in those countries are dealt with provides some examples of how restitution could be dealt with in the Chagos matter.

The restitution claims by indigenous people in Australia, Canada and New Zealand for land and natural resources have been successful primarily because of political will on the part of the governments concerned. This political will was however only realized after many years of lobbying both nationally and internationally, as well as litigation by the indigenous people at municipal courts.

Political will on the part of the UK government is a prerequisite before the restitution process as undertaken in these former British colonies, including South Africa, could be

undertaken in the Chagos Archipelago. These countries provide useful models, with necessary adaptation, of how the restitution process could be undertaken. Policy decisions would need to be taken on the scope of the programme and how much money the UK government is willing to set aside for the process.

The first part of the process requires that the Chagossian people be allowed to return to their territory and for the UK government to finance their resettlement on the basis of mutually agreed principles. The 'negotiations' between the parties would have to proceed on the basis of established rights as proven in the first three *Bancoult* cases in the UK. The *Returning Home* proposal should form the basis for the discussion. It is to be noted that the *Returning Home* proposal is very modest as far as the amount of money required for resettlement is concerned. Once the people have returned there is a need to agree on what form of land tenure would be practised. The *Returning Home* proposal envisages that a form of communal land tenure system be practised because of the size of the land available and the realities of communal living on a small island.<sup>675</sup>

#### *F Quantifying financial compensation for the forcible removals and exile*

We have shown that the Chagossians were unsuccessful in their group litigation for financial compensation in the case of *Chagos Islanders*. Having exhausted their domestic remedies, they are currently preparing a case for the European Court. We now consider the different models that could be used to calculate quantum of financial compensation that should be paid to the Chagossian people for their forcible removal and exile. One way is to consider the resettlement proposal, if accepted, as a form of restitution. This however does not take into account the financial loss they suffered over a period of over 30 years when they had to leave their homes and social wealth behind and consequently became chronically impoverished in Mauritius and Seychelles.

We showed how in 1967 two Ordinances were used, namely Ordinance No 1 of 1967 (Compulsory Acquisition of Land for Public Purposes Ordinance) and the BIOT Acquisition of Land for Public Purposes (Private Treaty) Ordinance No 2 of 1967 to expropriate the land to set it aside for the US military base. In 1983 both these ordinances were repealed by the Acquisition of Land for Public Purposes (Repeal) Ordinance of 1983, which declared that all land in the BIOT is Crown land. It is noted that the last removals from the Chagos Archipelago took place in 1973.

---

<sup>675</sup> *Returning Home* at page 13.



One of the issues to settle is to decide if the Chagossians should be compensated for rights in land that were not freehold title. It has been established that they did not hold freehold tenure in the Chagos Archipelago at the time of their forcible removal because by 1967 all land in the territory had been compulsorily expropriated and by 1983 ownership was transferred to the British Crown. The practice in many former British colonies was to recognize the communal land tenure system that existed prior to British colonialism. It is not entirely clear what land tenure system the French and the Dutch had implemented on the Chagos Archipelago prior to British colonization of the territory.

Land claims by indigenous people in former British colonies proceed on the basis that the people occupied the land, but not necessarily held it in freehold title, before the British descendants arrived and therefore have title to the land based on 'indigenous ownership' of the territory from time immemorial.<sup>676</sup> Chagossian occupation of the territory predates its British colonialism through cession in 1814. The South African model of restitution recognizes restitution of 'rights in land', which include tenancy, share cropping, communal land tenure and beneficial occupation of land for a period of not less than 10 years prior to 'dispossession'.<sup>677</sup> This approach was taken because of the history of the Dutch and British colonial administrations in South Africa not recognizing the land tenure system that existed there before colonialism. Legislative and policy measures were subsequently introduced to impose lesser forms of land tenure on the indigenous populations to ensure descendants of the colonial society have freehold title to land and the indigenous population does not.

The South African model of restitution has developed methodologies to quantify the 'true' market value of rights in land that were lost during dispossession in order to quantify what should be paid at the time of restitution. Section 25 of the South Constitution, which is part of the Bill of Rights, provides a list of factors that must be taken into account when determining the amount of financial compensation that should be paid to land owners whose land is being expropriated for restitution purposes, which may be below market value.<sup>678</sup> While in most cases no financial compensation had been paid at the time of dispossession, there were instances where some financial compensation had been paid at the time of dispossession but was not adequate. The

---

<sup>676</sup> The South African case of the Richtersveld community discussed above extensively addressed the matter of recognizing land tenure systems of the indigenous people based on their indigenous law.

<sup>677</sup> See definition of 'rights in land' in the Restitution of Land Rights Act, 22 of 1994, as amended.

<sup>678</sup> Section 25(3) of the Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 provides that the following factors must be taken into account when determining the amount of compensation for expropriation:

- (a) History of dispossession of the property;
- (b) Manner of acquisition of the property;
- (c) Market value of the property;
- (d) State subsidies paid to former owners; and
- (e) Any other relevant factors.

methodology is to determine what would have been fair market value of the right in land at the time of the dispossession, escalating the amount to today's value to allow for inflation.<sup>679</sup> As far as urban land is concerned the current value of fully services sites is used as an indicator of what should have been paid at the time of dispossession, minus what was actually paid, which is also escalated to today's value to take into account inflation.

The *Derasine Report* proposes the methodology similar to the one used by the NCT in the RMI to quantify the loss that the Chagossians suffered as a result of their forcible removal and exile. This is based on the recognition that while the Chagossians did not have freehold title to the land they should be compensated for the loss of rights and interest in the land. The model proposes two approaches: the first determining market value of the land in 1967 and escalating it to today's value and the second approach is to calculate what they would have been paid in rental from 1967 had they not been forced to leave the land.<sup>680</sup> It is submitted that the compensation that the Chagossians received in the early 1980s was far from adequate. They need to be properly compensated for the financial losses they suffered as a result of their forcible removals and exile. The South African model, with some relevant adjustment, provides a useful approach, seeing that it shares some similarities with one of the approaches proposed in the *Derasine Report*. This financial compensation must be paid over and above the money to be contributed by the UK government for the resettlement of the Chagossians. It is still not clear whether the European Court would exercise jurisdiction to hear the case of the Chagossian people for restitution and reparations arising from their forcible removal and exile. The case is yet to begin.

---

679 Maureen Tong, *Lest We Forget*, 2002.

680 *Derasine Report* at page 176 quoted by Stephen Allen, note 78 at page 467.

**TITLE III**

**CONCLUSIONS AND RECCOMENDATION ON HOW TO RESOLVE  
THE CHAGOS MATTER**

## CHAPTER 1: CONCLUSIONS ON THE CHAGOS MATTER

The Chagos Archipelago or the BIOT represents a case of unfinished business of decolonisation. The territory and its people are however not yet on the UN list of non-self-governing territories. The Chagossian people are not able to count on the support of the administering power, the UK; to attain self-government because of the latter's commitment to the US to maintain a civilian-free military base on Diego Garcia, at least until 2006.

Mauritius is not likely to support the inclusion of the Chagos Archipelago on the UN list of non-self-governing territories since it is contesting sovereignty over the territory. It is a moot point whether the UN would take a similar approach as it has done in the case of the Western Sahara to support the leadership of the people of the territory despite vehement opposition by one of its Member States claiming sovereignty over the territory from where the people come. So far the African Union supports Mauritius's claim of sovereignty over the Chagos Archipelago. It is a moot point whether it will support a claim of self-determination by the people of the territory.

While US and UK Governments are competent to take foreign policy decisions of the sort that they have taken to establish the US military base on Diego Garcia, there is no reason for not allowing the Chagossian people to co-exist with the US military base at Diego Garcia as is with the case with the US military base at Guantanamo Bay in Cuba. This would have obviated the situation where the civil and political rights of the Chagossian people as well as their social, economic, cultural rights continue to be violated in the manner that is it currently happening.

It is beyond doubt that the Chagossian people lived in the Chagos Archipelago for a period of just less than 200 years prior to their forcible removal and exile in Mauritius and Seychelles to make way for the US military base on Diego Garcia following agreement between the US and UK Governments. Until *Bancoult* (4) UK courts had supported their right to return to their territory. International law also supports their right to return.

They should therefore be allowed to return and be allowed to exercise their right to self-determination as per existing international law based on UN instruments and practice as well as jurisprudence from the ICJ. Political decolonisation, otherwise termed external self-determination, has emerged as a binding rule of international law.

The treaties firstly between Mauritius and the UK and the Seychelles and the US to excise some their islands from their territories to establish the BIOT over the Chagos Archipelago and secondly between the US and the UK to establish a military base on Diego Garcia, an island in the Chagos Archipelago, are clearly contrary to the rule of *jus cogens*. The treaties could be declared null and void if raised the before the ICJ under Article 66(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Few Member States of the UN may however be willing to bring the matter to the ICJ.

The ICJ could render an advisory opinion on the Chagos question to assist the UN General Assembly to decide how to proceed with the matter. Whether the resolution of the Chagos question could drag on as long as the Western Sahara has or whether it would be dealt with as relatively quickly as East Timor and Namibia were done remains to be seen. Further, the AU may take a similar approach as it does in the case of Western Sahara where it recognized the SADR despite objections by Morocco or it may continue to support Mauritius to regain sovereignty over the Chagos Archipelago. The Chagossian people may still choose to become an associated State of the UK or wish for integration with the UK while retaining autonomy and self-government on local affairs. Whether they choose to do so or not is a matter for them to decide. The purpose of this study is only to show what rights they have in order to inform their choices.

## *A Recent developments*

Recent developments point to a possibility of a political resolution of the Chagos matter by way of allowing Chagossians to return to their homeland. This is despite the 22 October 2008 decision of the House of Lords denying them such a right. The legal resolution of the matter depends first and foremost on political will on the part of the US and governments to allow the Chagossians to return to their homeland.

### *1 The African Commission visits to Mauritius and Seychelles*

The approach taken by the Government of Mauritius to its communications to the African Commission is similar to the one it has taken at the UN, arguing that the Chagos archipelago was part of its territory and was unlawfully excised from Mauritius when the BIOT was established. The combined second, third, fourth and fifth Period Report of Mauritius to the African Commission in October 2008 included a discussion on the

Chagos Archipelago under Article 20 of the African Charter on self-determination.<sup>681</sup> The African Commission has now taken on the matter. It paid promotional visits to Mauritius in 2002 and Seychelles in 2008. The report on the African Commission's visit to Mauritius recommended that the Government of Mauritius should take steps to protect rights of Chagossians living in Mauritius.<sup>682</sup>

The African Commission's promotional mission to the Seychelles in July 2008<sup>683</sup> included visits with NGOs, associations representing Chagossians living in the Seychelles and government officials. The mission observed that Chagossians living in Seychelles were facing social discrimination and were finding it difficult to find employment in the public sector due to the fact that their ID numbers shows they are Chagossians.

Unlike those in Mauritius, Chagossians living in Seychelles do not get automatic Seychellois citizenship. They have to apply for it at a fee. While some were naturalized Seychellois, the cost of applying for citizenship has proven prohibitive for some of them, hence their status had not yet been regularized. The Ministry of Foreign Affairs reported that it has been tasked with conducting a study of how many Chagossians live in the Seychelles and investigate their living conditions. The approach of the government of the Seychelles is that Chagossians should become integrated into mainstream Seychellois society since some of them are part Seychellois. The African Commission recommended that the government of Seychelles should take measures to protect rights of Chagossians living in Seychelles. In particular it should find ways to make it easier for them to acquire Seychellois citizenship.

## 2 *European Parliament resolution on 25 March 2009*

The European Parliament took a resolution on 25 March 2009 entitled the 'European Parliament: Resolution of 25 March 2009 on the Interim agreement establishing a framework for an Economic Partnership Agreement between Eastern and Southern Africa States on the one part and the European Community and its Member States on the other part'. Paragraph 41 of the Resolution states that the European Parliament:

'41. Recognises the plight of the people of the Chagos Archipelago, who have been forcibly removed from their islands and are currently living in a

---

681 See page 52 of the report at [www.achpr.org/english/state\\_report/Mauritius](http://www.achpr.org/english/state_report/Mauritius) visited on 5 December 2008.

682 See Report of the Promotional Mission to the Republic of Mauritius in 2007. See [www.achpr.org/english/mission\\_reports/mauritius/mission](http://www.achpr.org/english/mission_reports/mauritius/mission) visited on 5 December 2008.

683 See Report of the Promotional Mission to the Republic of Seychelles in July 2004. See [www.achpr.org/english/mission\\_reports/seychelles/mission](http://www.achpr.org/english/mission_reports/seychelles/mission) visited on 5 December 2008.

state of poverty in the islands of Mauritius and the Seychelles, and considers that the [European] Union should work towards trying to find a solution for the Chagossians to allow them to return to their rightful homeland islands.’<sup>684</sup>

This is the first time that the European Parliament has shown interest on the Chagos matter. This new avenue should be used to pressurise the UK to allow them to return to their homeland.

### 3 Possible change in US foreign and military policy?

Since his appointment as US President, and even before his appointment, Barack Obama has been making statements that indicate a shift in on issues of military and defence policy. He has for example taken a decision to review the role of US military officials and advice by White House lawyers regarding torture and human rights abuses at the US military bay at Guantanamo Bay, Cuba. During his electoral campaign he promised to bring the US troops back home ‘soon’ from Afghanistan and Iraq. He has made overtures to the Muslim world, suggesting that the US is rethinking its decision to go on the ‘war on terror.’ Robert McNamara, the former US Secretary for Defence who played a central role in Vietnam War and the establishment of the US military base on Diego Garcia and the forcible removal of the Chagossians died on June 2009. He has expressed ‘regret’ over his role in the Vietnam War.<sup>685</sup> As far as Diego Garcia is concerned he stated to David Vine during research for the book, *Island of Shame*: ‘Professor Vine. This is Robert McNamara. I don’t believe I can help you. At 91, my memory is very, very bad. And I recall almost nothing about Diego Garcia. Thank you.’<sup>686</sup>

The current US First Lady, Ms Michele Obama, has taken a direct interest in the welfare of families of US military service men, making statements that they have made sacrifices for the entire nation and the US owes them a debt of gratitude. This seems to be in line with her husband’s views that the USA has become more unsafe due to the wars it has been waging more recently, notably the so-called ‘war on terror’. It is probable that fact the Mrs Obama is a descendent of African slaves herself may influence the way that she and her husband view the issue of displacement of Chagossians from their homeland for the purposes of establishing a US military base there. Some newspapers have speculated

---

684 English site: <<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0177+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN>>> visited on 1 May 2009. See also French site: <<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0177+0+DOC+XML+V0//FR>>> visited on 1 May 2009.

685 See <<<https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/csi-publications/csi-studies/studies/96unclass/ford.htm>>> visited on 13 July 2009.

686 David Vine, *Island of Shame*, at page 14.

however that the 10 July 2009 visit by the Obamas to Ghana may be more influenced by the possible oil wealth that Ghana may possess in the future, which implies a continuing US interest in securing access to oil field, something that motivated most of the wars that the USA has been involved in.<sup>687</sup>

Most interestingly, it appears that the brains behind what was termed the 'Strategic Island Concept' Stu Barber, has since had a change of heart regarding the justification for depopulating the Chagos Archipelago. Prior to his death he had written the following letter to the Washington Post in 1991, which was unfortunately, never published:

'It seems to me to be a good time to review whether we should now take steps to redress the inexcusable inhuman wrongs inflicted by the British at our insistence on the former inhabitants of Diego Garcia and other Chagos group islands. The costs would be trivial compared with what we invested in construction and what we gained...it is my firm opinion that there was never any good reason for evicting residents from the Northern Chagos [the outlying islands of Peros Banhos and Salomon Island], 100 miles or more from Diego Garcia. Probably the natives could even have been safely allowed to remain on the east side of Diego Garcia atoll... it would have been safe to let them go back, t North Chagos certainly. Such permission, for those who still want to return, together with resettlement assistance, would go a long way to reduce our deserved opprobrium. Substantial additional compensation for 18 – 25 past years of misery for all evictees is certainly in order. Even if that were to cost US \$ 100, 000 per family, we would be talking of a maximum US \$ 40 to US \$ 50 million, modest compared with our base investment there, with the value derived from it, and with costs of Philippines bases. If we are too poor to pay it, perhaps the Japanese or Germans or Saudis might suggest they would like to allocate some of their Persian Gulf contributions to it.'<sup>688</sup>

The letter was written in 1999, some 10 years before the first *Bancoult* judgement on 3 November 2000.

---

687 See among other, the South African Sunday times of 11 July 2009, <<<http://www.thetimes.co.za/printedition/Default.aspx>>> and the Mail and Guardian of same date: <<<http://www.mg.co.za/article/2009-07-10-what-obama-can-do-for-africa>.>> both visited on 11 July 2009  
688 David Vine, *Island of Shame*, at page 197.



**CHAPTER 2: RECCOMENDATIONS ON HOW TO RESOLVE THE CHAGOS MATTER**

1. The first step would be an acknowledgement on the part of both the US and UK Governments that a serious wrong has been visited upon the Chagossian people. This is not just a moral wrong but amounts to gross violation of almost all the human rights of the Chagossian people, for which both governments bear joint responsibility. The aboriginal people of Australia and New Zealand have managed to get their governments to apologize for the way they have been treated.
2. The UN Permanent Forum on Indigenous Issues needs to take up the issue to ensure that it receives enough attention in UN structures.
3. The Special Committee of 24 (Decolonization) needs bring the matter before UN General Assembly. The people of the territory would have to master enough support from member States of the UN like South Africa did when it managed to convince the UN to place particular attention on *apartheid* as a crime against humanity and colonialism of a special type.
4. As happened with the matter of Western Sahara, the UN General Assembly could refer the matter to the ICJ to render an advisory opinion on the right of the Chagossian people to self-determination and the contention by Mauritius that sovereignty over the BIOT is returned to Mauritius.
5. The people from the territory need political champions to ensure that the matter is brought before the relevant UN bodies. Although the African Union supports Mauritius in its claim of sovereignty, it is unclear what its approach would be should the Chagossian people wish to claim their right to self-determination. Although has not traditionally take up a stance against its members for failure to observe human rights, the Southern African Development Community (SADC) should be brought on board to engage Mauritius on the way it has dealt with the people of the Chagos Archipelago.
6. The African Commission on Human and Peoples' Rights needs to discuss the Chagos matter at its sessions in order to pass resolutions on the matter. The resolutions must be followed up at subsequent session of the Commission to monitor how far they are being implemented or not. There should be a follow up on the recommendations made from the fact-finding missions of the African Commission to Seychelles and Mauritius in 2007 and 2008 respectively.

7. The matter needs to be brought before the African Court on Human and Peoples' Rights for a decision. It would be important however that it is brought as a human rights issue concerned with the rights of the Chagossians living in both Mauritius and Seychelles. The focus needs to move away from the right of Mauritius to regain sovereignty of the Chagos Archipelago to a discussion on the rights of Chagossians living in both countries. At some point the Chagossians could bring up an issue on their right to self-determination, which is an issue in terms of the international law of political decolonization.
8. Human rights organizations like Human rights Watch need to be brought on board. A lot of advocacy work is required to bring the issue of Diego Garcia and the Chagossian people to mainstream political and human rights discourse.
9. The Chagossian people are bringing the matter before the European Court. It remains to be seen whether they will manage to persuade the European Court to exercise jurisdiction to hear the matter.
10. The European Parliament must continue to discuss the Chagos matter in order to increase pressure on the UK government to allow the Chagossians to return home. There must be a follow up on the resolution of 25 March 2009.

## BIBLIOGRAPHY

### 1. PUBLISHED ARTICLES AND BOOKS

AFRA

*Association for Rural Advancement, 20 Years in the Land Struggle: 1979 – 1999 ;*  
AFRA 2000.

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (ACHPR)

- *Fourteenth Report, Annual Report of Activities (2000-2001) of the African Commission on the Assembly of Heads of States and Government of the OAU, 37<sup>th</sup> Ordinary Session/5<sup>th</sup> Ordinary Session of the AEC, 9 – 11 July 2007, Lusaka, Zambia, AHG/229 (XXXVIII)*
- *Collectif des Veuves et Ayants-droits, Association Mauritanienne des Droits de l'homme v Mauritanie, 13<sup>ème</sup> Rapport d'Activités de la Commission Africaine 1999-2000, CADHP/RTP/13th, Annexe V.*
- *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference for East Africa v Sudan, Thirteenth Report on Activities of the African Commission, 1999-2000, ACHPR/RTP/13th, Annex V.*

ALFREDSSON, (G.)

- *Greenland and the Law of Political Decolonisation, German Year Book on International Law, Duncker & Humblot/Berlin, Volume 25 1982, 290 P. 299.*

ALFREDSSON, (G.)

- *Different Forms and Claims to the Right of Self-Determination.*

ALFREDSSON, (G.)

'Different Forms of and Claims to the Right of Self-Determination' in *Self-Determination. International Perspectives*, Donald Clark and Robert Williamson (editors), London & New York: MacMillan Press & St. Martin's Press, 1996, pp. 58-86 (collection of essays from a symposium at University of Saskatchewan in memory of Martin Ennals).

ALFREDSSON, (G.)

"Autonomy and Human Rights" in Lise Lyck (ed.), *Constitutional and Economic Space of the Small Nordic Jurisdictions*, Stockholm, Nordiska Institutet för Regionalpolitisk Forskning, 1997, pp. 34-47.

ALFREDSSON, (G.)

- *The Rights of Indigenous Peoples With a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries*, Heidelberg Journal Of International Law, Max Planck Institute For International Human And People's Rights, Sonderabdruck Aus Band 59, No 2, 1999 P. 529, 530.

ALFREDSSON, (A.); MELANDER (A.)

*Raoul Wallenberg Compilation Of Human Rights Instruments* © 1992 Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers.

ALFREDSSON, et al,

- *International Human Rights Monitoring Mechanisms* © 1994 Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Academic Publishers.

ALLEN, (S.)

- *Looking Beyond The Bancourt Cases: International Law And The Prospect of Resettling The Chagos Islands*, Human Rights Law Review (2007) 7:3 Pp. 441 – 482.
- *International Law and the Resettlement of the (Outer) Chagos Islands*, Human Rights Law Review (2008) 8:4 Pp. 683- 702.

ALLEN, (R.)

- *A Traffic of Several Nations: The Mauritius Slave Trade, 1721 to 1835*, in TEELock, et al *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

ALPERS, (E.A.)

- *Becoming Mozambique: Diaspora and Identity in Mozambique 111* ; in TEELock, et al *History, Memory and Identity* Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

ALSTON, (P.)

- *Peoples' Rights*, © 2001 Oxford.

AMSTRONG (J. C.)

*Analysing 'Malagasy' Slave Names in the 1820s and 1835 Census*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

BAGSHAW, (S)

*Property Restitution for Internally Displaced Persons: Developments in the Normative Framework*, Scott LECKIE, *Returning Home*: p. 385.

BECH (P.)

- *The Falkland As An International Problem* ©1988 Routledge.

BLACKSTONE

- *Human Right Series: Taking a Case to the European Court of Human Rights* © 1994.

BUDLENDER, (G); LATSKY (J) et ROUX, (T)

- *The New Land Law*, Juta, 1998

BUNDY, ( C)

- *The Rise and Fall of the South African Peasantry*,

BUNWAREE, (S.)

- *Globalisation and the Afro-Mauritian Community* in *Revi Kiltir Kreol*, p. 50

CASTELLINO, (J.)

- *International Law and Self-Determination*.

CHAGOS REFUGEES GROUP and CHAGOS SUPPORT GROUP UK,

- *Returning Home: A Proposal for the Resettlement of the Chagos Islands*, GRC and Chagos Support Group, UK, London, United Kingdom, March, 2008.

CHANDA, (Z.)

- *The Organisation of African Unity: An Appraisal*, Zambian Law Journal 1989 – 1992, p. 5.

CHASKALSON, (M.)

- *The Problem with Property: Thoughts on the Constitutional Protection of Property in the US and the Commonwealth*, 1993 SAJHR; 1993 p. 388.

CHASKALSON, (M.)

- *The Property Rights Clause: Section 28 of the Constitution* 1994 SAJHR p. 131.

CHASKALSON, (M.)

- *Stumbling towards Section 28: Negotiations over the Property Rights in the Interim Constitution*, 1995 SAJHR p. 229.

COMMONWEALTH,

- *Commonwealth Year Book 1992*.

DINAN, (M.)

- *Mauritius in the Making: Across the Censuses 1846 – 2000*, Neslon Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2004.

DOLZER, (R.)

- *The Territorial Status of the Falklands (Malvinas): Past and Present*, © 1993 Oceana Publications Inc.

EDIS, ( R.)

- *The Pick of Limuria: The Story of Diego Garcia*, © 1993 Bellew Publishing Company Ltd.

FORTUNE, (J)

- *Tracing My Family History: A Case Study*, inTEELOCK, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

GOUGH (B.)

- *The Falkland Island/Malvinas* © 1992 Athlone.

GUSTAFSON,

- *The Sovereignty Dispute over the Falklands (Malvinas) Islands*, © 1988 Oxford.

Institute for Human Rights and Development

- *Compilation of the Decisions and Communications of the African Commission, Activities of the African Commission 1994-1999, Third Printing*, 2000, Institute for Human Rights and Development

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *Indigenous Affairs*, April, May, June 1999, p. 53 (IWGIA)

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2001-2002*, IWGIA, 2001-2002

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2003*, IWGIA, 2003

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2004*, IWGIA, 2004

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2005*, IWGIA, 2005

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2006*, IWGIA, 2006

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2007*, IWGIA, 2007.

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA)

- *The Indigenous World, 2008*, IWGIA, 2008.

International Working Group on Indigenous Affairs (IWGIA) and the African Commission on Human and Peoples Rights (ACHPR),

- *Conceptual framework Document on Indigenous Populations in Africa*, 2005 IWGIA and ACHPR, 2005

JABAVU, (D.D.T)

- *The Black Problem*, L.L.C. , Lovedale, 1920.

KULCHYSKI, (P.)

- *Unjust Relations; Aboriginal Rights in Canadian Courts* © 1994 Oxford University Press.

LARSON (P. M)

- *The Origins of Malagasy Arriving at Mauritius and Réunion, 1770 – 1820: Expanding the History of Mascarene Slavery*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

LAVER, (R. C.)

- *The Falklands/Malvinas Case* © 2001 Martinus Nijoff.

LECHARTIER, (C )

- *Origenes: Ebauche d'un Projet*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

LECKIE, (S.)

- *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons* © 2003 Transnational Publishers.

LUM, (T.) ; THOMAS, (K.) ; REDHEAD, (S.) ; BEARDEN, (D.) ; HOLT (M.) ; et

LAZZARI, (S.)

- *Republic of the Marshall Islands Changed Circumstances Petition to Congress*, Congressional Research Services, CRS Report for Congress, Library of Congress, Code RL 32811, p. 37.
- *Matter of the People of Bikini et al, Claimants for Compensation, Nuclear Claims Tribunal, Republic of the Marshall Islands*, NCT No. 23-04134, Memorandum of Decisions and Orders, 5 March 2001, Majuro, Marshall Islands.

LYNGE, (A.)

- *The Right to Return: Fifty Years of Struggle by Relocated Inughuit in Greenland*, Forlaget Atuagkat, 2002.

MADELY, (J.),



- *Paradise Lost: Diego Garcia: A Contrast to the Falklands*, © 1982 Minority Rights Group Report.

MAHMUD, (T.)

- *Colonialism and Modern Constructions of Race: A Preliminary Enquiry*, University of Miami Law Review, Volume 53, No. 4 p. 219.

MAHMUD, (T.)

- *Migration, Identity and the Colonial Encounter*, Oregon Law Review, Volume 76, No. 3 p. 633.

MAHMUD, (T.)

- *Genealogy of a State-Engineered 'Model Minority': 'Not Quite/Not White South Asian Americans'*, Denver University Law Review, Volume 78 No. 4 2001 p. 657.

MARCUS, (T.) EALES (K.) and WILDSCHUT, (A.)

- *Down to Earth: Land Demand in the New South Africa*, LAPC, 2002.

MURPHY, (J.)

- *Insulating Land Reform from Constitutional Impugnment: An Indian Case Study*, 1992 SAJHR p. 362.

MURRAY, (J.)

- *The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987 – 2000: An Overview of its Progress and Problems'*, African Human Rights Law Journal Centre For Human Rights, Luta Law, 2.

NAUVEL, (C.)

- *A Return from Exile in Sight: The Chagossians and their Struggle*, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 5 2006 pp. 96 – 119

ROMAN, ( E.) et SIMMONS (T.),

- *Membership Denied: Subordination and Subjugation under US Expansionism*, San Diego Law Review, Volume 39 No 2, 2002 p. 437.

PAPECHE, (N.); FARON, (E.); MERITE (G.); TEELOCK (V.)

- *Searching for the Slave Family: Problems and Methods in Researching Family History*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

PHEKO, (S.E.M)

- *South Africa: A Betrayal of a Colonised People*,

PLAATJE, (T.)

- *Native Life in South Africa*; ISAL 1920

POOLE, ( R)

- *Nation and Identity*, © 1999 Routledge Publishers.

POLICE, (D)

- *Les pratiques musicales de la population servile puis affranchie de Maurice dans le wcris francophones des XVIII et XIX siecles*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

REDDI (S.)

- *Aspects of Indian Culture in Ile de France between 1803 and 1810*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

ROUX, (E.)

- *Time Longer Than Rope* ; Wisconsin University Press, 1964

SACKWELL, (J.)

- *The Emerging Australian Law of Native Title: Some North American Comparisons* Australian Law Journal 2000, p. 820.

SAHRINGON

- *Report on the fact-Finding Mission to Mauritius*, SAHRINGON, 2001.

SCOTT, (R.)

- *Limuria: Mauritius and its Lesser Dependencies* © 1961 Oxford University Press.

SHELL, (R.C.H.)

- *The Twinning of Maputo and Cape Town : The Early Mozambican Slave Trade to the Slave Lodge, 1677 – 1731* p. 178 ; in TEELock, et al *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

SKWEYIYA, (Z.)

- *Towards a Solution to the Land Question in Post-Apartheid South Africa: Problems and Models* 1990 SAJHR p. 197.

STAVENHAGEN, (R.)

- *Self-Determination, Right or Demon*, Self Determination: International Perspectives, D. CLARKE et R. WILLIAMSON, p. 2.

STEYN, (M.)

- *Whiteness seen through Whiteness: Another Look at South Africa*, State University of New York Press, Albany, New York, 2001.

STRANGE, (I.)

- *The Falkland Islands*, © 1985 David Charles

TEELock (V.); and A. ALPERS (E. A. )(eds)

- *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

TEELock (V.); and ALPERS, (E.A.)

- *Introducing Mozambique* p. 111 ; in TEELock, et al *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

TEELock, (V.) (ed)

- *The Vagrant Depot of Grand River, its Surroundings and Vagrancy in British Mauritius*, The Aapravasi Ghat Trust Fund, Mauritius, 2004.

THORNBERRY (P.)

- *Self-determination and Indigenous People: Objections and Responses*, Operationalizing The Right Of Indigenous People To Self-Determination, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, Turku, Abo, 2000, 39 P. 40

THORNBURGH, (D.) REICHARDT, (G.) and STANLEY (J.)

- *Thornburgh Report, Nuclear Claims Tribunal for the Republic of the Marshall Islands: An Independent Examination and Assessment of its Decision-Making Processes; Radiological Assessments for Resettlement of Rongelap in the Republic of the Marshall Islands*, Committee on Radiological Safety in the Marshall Islands, National Academic Press, 1994. Kirkpatrick & Lockhart LLP, Washington DC, January 2003.

TLOU, (M.); CAMPBELL, (A.)

- *History of Botswana* ; 1982 Macmillan Botswana.

TOMUSCHAT, ( C.)

- *Modern Law of Self-Determination*, © 1993 Martinus Nijhoff Publishers Kluwer Academic Publishers.

TONG, (M.)

- *Lest We Forget: Restitution Digest on Administrative Decisions*, Commission on Restitution of Land Rights, 2002.

TONG, (M.)

- *Lest We Forget: Jurisprudence on Restitution of Land Rights in South Africa*, Commission on Restitution of Land Rights, 2007.

TRIGGS, (A.)

- *Australia's Indigenous Peoples and International Law: Validity of Native Title Amendment Act 1998* Melbourne University Law Review 1999 [volume 23] p. 372.

VALENTINE, (B.)

- *Slaves in Mauritius at Emancipation in 1835*, in TEELock, et al, *History, Memory and Identity*, Nelson Mandela Centre for African Culture, Mauritius, 2001.

VAN DER WALT, (A.J); PIENAAR, (G.J)

- *Introduction to the Law of Property*; Juta, 1998.

VINE, (D.)

- *War and Forced Migration in the Indian Ocean: The US Military Base at Diego Garcia'* International Migration Volume 42 (3) 2004, Blackwell.

VINE, (D.)

- *The Impoverishment of Displacement: Models for Documenting Human Rights Abuses and the People of Diego Garcia*, 13 Human Rights Brief 2006.

VINE, (D.)

- *Island of Shame: The Secret History of the US Military Base on Diego Garcia*, 2009, Princeton University Press.

WEISGALL, (J. M.)

- *Operation Crossroads: The Atomic Tests at Bikini Atoll*, 1994, Naval Institute Press,

WELSH, (F.)

- *A History of South Africa*, David Philip, 2005

WINCHESTER, (S.)

- *The Sun Never Sets: Travels to the Remaining Outposts of the British Empire*, New York: Prentice Hall Press.

WINCHESTER, (S.)

- *Krakatoa, The Day the World Exploded: August 27, 1883*, Perennial (HarperCollins) 2003.

-

WORLD BANK,

- *Involuntary Resettlement Sourcebook: Planning and Implementing in Development Projects*, World Bank, 2004.

## 2. UNPUBLISHED DOCUMENTS

ANYANGWE ( C.)

- *Question of the Chagos Archipelago: Report on the Fact-Finding Mission to Mauritius*, SAHRINGON 2001

LARUS (J.)

- *Diego Garcia: Political Clouds over a Vital US Base* © 1982 Strategic Review

MORREL, (C.)

- *Notes on the Chagos Matter, a memorandum to Richard Gifford, solicitor, Sheridans Solicitors, 18 October 2004. Minority Group International*

HOOKOMSINGH, (V.)

- *Bury my Heart in Chagos, Diego Garcia*, an unpublished conference paper, on 'The Fate of the Chagossians Since their Eviction from the Chagos Islands', Vrije University, Amsterdam, 21 August 2008.

JEFFREY, (L.)

- *Documentation, Memory And Evidence In Chagos Islanders v Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner*, Social Anthropology, University of Cambridge.

JEFFERY (L);

- *Chagossians Refused Right to Return Home*, Anthropology Today, a newsletter of the Royal Anthropological Institute, February 2009.

SMANDYCH, ( R.)

- *History, Theory And The Cultural Imperialism Of Law, Working Papers Series, Working Paper No 2, Socio-Legal Research Centre, Griffith University, Nathan, QLD, p. 411.*

TONG, (M.)

- *Self-determination after Namibia: What prospect for the People of the Chagos Archipelago*, an unpublished conference paper, on the 'The Fate of the Chagossians Since their Eviction from the Chagos Islands', Vrije University, Amsterdam, 21 August 2008.

VINE, (D.)

- *The Ilois: An Indigenous People of the Chagos Island: Analyzing the Evidence, Expert Report for Washington College de Law, American University in Washington, Washington, DC, 9 July 2003.*

VINE, (D.) SOKOLOWISKI (W.) et HARVEY, (M.)

- *Derasine: The Expulsion and Impoverishment of the Chagossian People*, a report for American University in Washington and Sheridans Solicitors in London, 11 April 2005.

VINE (D); JEFFERY (L)

- *Sorrow, Sadness, and Impoverishment: the Lives of Chagossians in Mauritius*, draft paper for a proposed book on Chagossians by Brill, Netherlands, March 2009

### 3. THESES

VINE, (D.)

- *Empire's Footprint: Expulsion and the US Military Base on Diego Garcia*, unpublished doctoral thesis, Faculty of Anthropology, Graduate Centre, City University of New York, 2007.

### 4. GOVERNMENT DOCUMENTS NEVER CLASSIFIED BEFORE

GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM

- *British White Paper on Partnership for Progress and Prosperity: Britain and Overseas Territories*, UK Parliament, 2001.

GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM

- *Report for 2007 – 08, House of Commons, Foreign Affairs Committee on Overseas Territories*, 18 June 2008 HC147 II, 7 July 2008 House of Commons, United Kingdom, 2008.

GOVERNMENT OF MAURITIUS

- *Survey on the Conditions of Living of the Ilois Community Displaced From The Chagos Archipelago*, 1981, Port Louis, Mauritius.
- *Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, Mauritius Legislative Assembly, Port Louis, Mauritius, June 1983.

LABOUR PARTY OF THE UNITED KINGDOM

- *Information paper by the international department of the labour party*, 1984 Report, London, United Kingdom.

HANSARD

- *Written Answers*, 5 February 1974, pp. 276- 277.

NEWSOM (M. E)

- Under Secretary Department of State for Political and Military Affairs, a letter to M. R. WILKINSON, Director for America for British Foreign and Commonwealth Office, dated 21 June 2000.

## 5. PREVIOUSLY CLASSIFIED GOVERNMENT DOCUMENTS

AUST, (M)

- Director General for Legal Division, UK Office for Legal Affairs, a letter dated 29 June 1976, *C.N.193.1976. Treaties-6*.

PROSSER (M. A. R. G.)

-*Mauritius-Resettlement of Persons Transferred From Chagos Archipelago, Report on visit to Mauritius*, MA.R.G. PROSSER, Advisor on Social Development, 1976 24 January to 2 February 1976.

*Treaty series (United States of America) no 15 (1967), cmd 3231.*

*Treaty series (United States of America) no 126 (1972), cmd 5160.*

*Treaty series (United States of America) no 19 (1976), cmd 6413.*

*Treaty Series (Mauritius) no 6 (1983), Cmd 8785.*

## 7. INTERNATIONAL REPORTS ON HUMAN RIGHTS

CAPORTOTI, (F)

- *UN Study On Persons Belonging to National, Ethnic, Linguistic and Religions Minorities*, 1977, UNP Sales No E.91.XIV.2.

COBO MARTINEZ, (J)

- *UN Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4para.379.

DAES, (E.I)



- *Standard Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People* UN Doc E./CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

DENG, (M.F.)

- *Basic Principles on Internal Displacement*, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998).

DRAEBEL,

- *Evaluation des besoins sociaux de la communauté déplacée de l'Archipel de Chagos*, World Health Organization, December 1997.

International Labour Organisation (ILO)

- *Manual on the Convention 169 of 1989 on Tribal and Indigenous Peoples*, Promotional Project on the Political Rights of Tribal and Indigenous Peoples, © 2000 ILO.

Organisation of African Unity

- *Meeting of Experts for the Preparation of the African Charter on Human and Peoples Rights*, Dakar, Senegal, 28 November to 8 December 1979, CAB/LEG/67/3/Rev.1.

PINHEIRO, (S.G)

- *UN Special Rapporteur on Restitution of Housing Rights* UN Doc. E/CN.Sub.2/2002/16.

VAN BOVEN (T)

- *Final Report of the UN Special Rapporteur on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Mr Theo van Boven, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1993/8

## **8. NATIONAL LEGISLATION**

- *Constitution of Mauritius, 1968*
- *Constitution of Seychelles, 1976*
- *Colonial Boundaries Act 1895, United Kingdom*
- *Colonial Laws Validity Act, 1895, United Kingdom*

- *British Nationality Act, 1981, United Kingdom*
- *British Indian Ocean Territory Order 1965*
- *British Indian Ocean Territory Immigration Ordinance, 1971*
- *British Indian Ocean Territory Order, 2000*
- *British Indian Ocean Territory (Constitution) Order 2004*
- *British Indian Ocean Territory (Immigration) Order 2004*
- *British Overseas Territories Act 2002*
- *Canadian legislation: Section 35 of the Constitution of Canada)*
- *Legislation of New Zealand: Treaty of Waitangi, 1840*
- *Australian Legislation (Native Title Act 1992, Native Title Amendment Act 1998)*
- *Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993*
- *Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996*
- *Restitution of Land Rights Act, 22 of 1994 (South Africa)*
- *Land Reform (Labour Tenants Act, 3 of 1996) (South Africa)*
- *Extension of Security of Tenure Act 62 of 1997 (South Africa)*

## 9. JURISPRUDENCE FROM THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

- *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 176 (1970) ICJ Reports 1971 P. 31*
- *Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975,*
- *East Timor (Portugal v Australia); ICJ Reports 1995, page 90.*
- *International Status of South West Africa, ICJ Report, 1950*
- *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro 26 February 2007*  
<<<http://www.icj-cij.org>> visited on 26 February 2007.
- *Chorzow Factory : Germany v Poland 1928 PCIJ (Series A) No 17, decided 13 September 1928, p. 47.*

## 10. INTERNATIONAL COURT CASES

- *Awas Tingyi (Sumo) v Nicaragua Preliminary Objections Series C No 66 [2000] IACHR 3, 1 February 2000.*
- *Away Tingyi (Sumo) v Nicaragua Reparations Judgement Series C No 79 [2001] IACHR 9, 31 August 2001.*
- *Blake Preliminary Series C No 27 [1996] IACHR 5, 2 July 1996. Blake Judgement Reparations Series C No 36 [1998] IACHR , 24 January 1998.*

- *Blake* Interpretation of Reparations Judgement Series C No 57 [1999] IACHR, 11 October 1999.
- *Ivcher Bronstein* Series C No 74 [2001] IACHR No 1, 6 February 2001.
- *Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras* Series C Number 4 [1988] IACHR 1, 29 July 1988.
- *Manfredo Velasquez Rodriguez v Honduras* Interpretation of Compensation Judgement Series C Number 9 IACHR [1990] 9, 17 August 1998.
- *Neira Algeria et al* Series C Number 29 [1996] IACHR 1, 19 September 1996.
- *Aloeboetoe* Series C Number 11 [1990] ICAHR 1, 4 December 1990.
- *Aloeboetoe Reparations Judgement* Series C No 15 [1993] IACHR 2, 10 September 1993.
- *El Amparo* Series C Nor 19 [1995] IACHR 5, 8 January 1995.
- *El Amparo* Reparations Judgement Series C No 28 [1996] IACHR 6, 14 September 1996.
- *Sporrong v Sweden* Series A No 52 No 31423/93 ECHR, 23 September 1982.
- *Papamichalopoulos v Greece* Series A No 21 G No 31423/93 ECHR 1999-II, 24 May 1993.
- *Chassagnou v. France* GC No 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ECHR 1999 III 29 April 1999.
- *Papachelas v Greece* GC No 31423/96 ECHR 1999-II, 25 March 1999.
- *Katkaridis v Greece* Series A No 690, 5 November 1996.
- *Donnelly v UK* No 34222/96, 7 September 1999.
- *Lithgow and Others v. UK* Series A No 112, 8 July 1986.

## 11. JURISPRUDENCE FROM NATIONAL COURTS

- *Alexkorr v Richtersveld Community* [2001] 3 SA 1293 (LCC) [South Africa].
- *Alexkorr v Richtersveld Community* 2003 (6) BCLR 583 (SCA), [South Africa].
- *Alexkorr v Richtersveld Community* 2004 (5) SA 460 (CC), [South Africa].
- *[Ex Parte Bancoult] The Queen v Secretary for the Foreign and Commonwealth Office* [2000] EWHC Admin 413 [2001] QB 1067 [United Kingdom].
- *[Ex Parte Bancoult] The Queen v The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWHC 1038 (Admin) [United Kingdom].
- *Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office v [Ex Parte Bancoult] The Queen* [2007] EWCA Civ 498 [United Kingdom].
- *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v [Ex Parte Bancoult] The Queen* [2008] UKHL 61 [United Kingdom].
- *Calder v The Queen* [1973] 8 DLR [3rd] 59 [Canada].

- *Chagos Islanders v Attorney General Her Majesty's British Indian Ocean Territory Commissioner* [2003] EWHC 2222 (QB) [United Kingdom].
- *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 153 DLR [4th] 193 [Canada].
- *Mabo v Queensland* [1988] 166 CLR [Australia].
- *Mabo v Queensland* [1992] 175 CLR 1 (Australia)
- *In re Rhodesia* 1919 AC 211 PC [United Kingdom].
- *Thornton v The Police* [1962] AC 339 PC [United Kingdom].
- *R V Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075. [Canada].
- *United States v Sioux Nation of Indians* 448 US 371, 100 S. Ct. 2716, 65 L. Ed. 2d 844 (1980). [USA].
- *Baker v Carr* 369 U.S. 186 217 (1962) [USA].
- *Juda v United States* 6 Cl. Ct. 441 (1984) [USA].
- *Peter v United States* 6 Cl. Ct. 785 (1984) [USA].
- *Nitol v United States* 7 Cl Ct. 405 (1985) [USA].
- *People of Bikini, Enewetak, Rongelap, Utrik and Other Marshall Islands Atoll v United States* 859 F. 2d 1482 (Fed. Cir. 1988) [USA].

## 12 NEWSPAPER ARTICLES

- *Islanders were Evicted for US Base*, Washington Post, 9 September 1975 A1.
- *Islanders That Britain Sold*, Sunday Times (London), 21 September 1975 p.10.
- *Opinion Article* D. Vine, Washington Post, 3 January 2007.
- *Britain's own Guantanamo*, Guardian on Line, 28 July 2009.
- *No End in Sight for 32-year Impasse*, Mail and Guardian, 28 June 2007, p. 16.
- *The Diego Files*, Mariimoootto, H, Le Weekend, Mauritius, 1990.
- *Mail and Guardian on-line, What Africa Expects from Obama*, 11 July 2009.
- *The Star, A Message of Tough Love for all of Africa*, 13 July 2009, p 3.

## 13 VIDEOS

- *Le grand derangement des habitants de l'archipel des chagos, Chagos Refugees Group, and Radio Canada, 2002.*
- *Stealing a Nation, John Pilger, 2005.*
- *Il était une Ile Diego Garcia, Chagos Refugees Group, 2006.*
- *Back to our Forgotten Paradise, Chagos Refugees Group, 2006.*
-