

Tytuły ludów tubylczych do ziem (terytoriów) w prawie międzynarodowym i krajowych porządkach prawnych

Tomasz Srogosz

Dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych, Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego
<https://orcid.org/0000-0001-9753-8920>; e-mail: tsrogosz@afm.edu.pl

Od początku lat dziewięćdziesiątych, czyli od przełomowego orzeczenia w sprawie Mabo No. 2 (1992)¹, w którym Sąd Najwyższy Australii uznał tzw. *native title*², rozgorzała w państwach osadniczych i postkolonialnych dyskusja na temat praw ludności tubylczej do rodzimej, zamieszkiwanej przed „wielkimi odkryciami”, ziemi. Atmosfera sprzyjająca takiemu dyskursowi zaczęła tworzyć się już od 1971 roku, kiedy to działająca w ramach Komisji Praw Człowieka ONZ Subkomisja w sprawie Promocji i Ochrony Praw Człowieka zleciła Jose Martínezowi Cobo opracowanie

¹ Mabo and Others and The State of Queensland (No. 2), (1992) HCA 23, <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html>; orzeczenie w sprawie Mabo No. 2 poprzedzone było wyrokiem Sądu Najwyższego Australii w sprawie Mabo No. 1 (Mabo and Another v The State of Queensland and Another, (1988) HCA 69, <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1988/69.html>), w którym sąd uznał, że Queensland Coast Islands Declaratory Act 1985 (<https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/asmade/act-1985-027>), uchylający *native title* ze skutkiem wstecznym, był nieważny na podstawie Racial Discrimination Act 1975 (<https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00014>).

² Pokłosiem orzeczenia w sprawie Mabo No. 2 był uchwalony przez australijski parlament Native Title Act 1993 (An Act about native title in relation to land or waters, and for related purposes, Act No. 110 of 1993, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A04665>).

raportu w sprawie problemu dyskryminacji ludności tubylczej. Po przedstawieniu tegoż raportu w 1982 roku ta sama subkomisja powołała Grupę Roboczą do Spraw Ludności Tubylczej. Sprawy dotyczące ludów tubylczych stały się przedmiotem debaty na forum ONZ. Nie można jednocześnie zapominać o wysiłkach Międzynarodowej Organizacji Pracy, która w 1989 roku przyjęła konwencję nr 169 w sprawie ludów tubylczych³. To właśnie w tejże konwencji znalazły się pierwsze międzynarodowoprawne regulacje dotyczące praw ludności tubylczej do ziemi (część II – *Land*, art. 13–19).

W dyskusji dotyczącej *native title* zarysowały się dwa podejścia: „mainstreamowy” (skupia się na uzasadnianiu tytułu tubylczego w oparciu o prawa człowieka i istniejący porządek prawa narodów lub *common law*)⁴ oraz krytyczny (zwracający uwagę na, wynikającą z krytyki wielowiekowego kolonialnego porządku prawnego, odrębność tubylczego systemu prawnego i pojęcia suwerenności tubylczej)⁵. W ramach pierwszego podejścia tubylczy tytuł do ziemi konstruowany jest na podstawie praw człowieka, w tym przede wszystkim prawa do własności. W ramach drugiego podejścia tubylczy tytuł do terytorium uzasadniany jest powrotem do przedkolonialnej suwerenności tubylczej, który możliwy jest przede wszystkim dzięki realizacji prawa do samostanowienia⁶. Zakładając pierwsze rozwiązanie, tubylczy tytuł do

³ Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, Geneva, 27.6.1989, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO, weszła w życie 5.09.1991 r.; do tej pory nie znalazła szerokiego uznania, szczególnie w Afryce i wśród państw osadniczych (Stany Zjednoczone, Kanada, Australia, Nowa Zelandia) – ratyfikowana została przez 24 państwa, z tym że większość z nich to państwa południowoamerykańskie; pamiętać należy o tym, że miała ona w istocie zastąpić wcześniejszą konwencję MOP nr 107 z 1957 roku (Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, Geneva 26.6.1957, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107, weszła w życie 2.6.1959), która opierała się na założeniu asymilacji ludności tubylczej.

⁴ Zob. C. Charters, *Indigenous People's Rights to Lands, Territories, and Resources in the UNDRIP: Articles 10, 25, and 27* (w:) *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*, red. J. Hohmann, M. Weller, Oxford 2018, s. 411–418; G. Ulfstein, *Indigenous People's Right to Land*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2004, vol. 8, s. 3–31.

⁵ Zob. A. Kwymullina, *Aboriginal Nations, the Australian Nation-State and Indigenous International Legal Traditions* (w:) *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Routledge 2018, s. 9; F. Lanzerini, *Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples*, „Texas International Law Journal” 2006, vol. 42, s. 189; S. Wiessner, *Indigenous Sovereignty: A Reassessment in Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2008, vol. 41, s. 1145–1175.

⁶ S.J. Anaya, *Divergent Discourses About International Law, Indigenous Peoples, and Rights over Lands and Natural Resources: Toward a Realist Trend*, „Colorado Journal of International

ziemi objęty jest regulacjami krajowymi w zakresie prawa prywatnego (rzeczowego), ewentualnie z pogranicza prawa prywatnego i publicznego, w tym prawa własności, które gwarantowane jest przez państwo i jego porządek prawny. Dlatego też można mówić tu o „tubylczym prawie do ziemi”, gdzie „ziemia” jest przedmiotem prawa rzeczowego na terytorium państwa. Zakładając natomiast drugie rozwiązanie, trzeba wskazać, że powrót do pierwotnej przedkolonialnej suwerenności w ramach prawa do samostanowienia wiąże się już z „tubylczym tytułem do terytorium”, gdzie „terytorium” jest przedmiotem zwierzchnictwa ludu tubylczego w formie określonej przez prawo międzynarodowe.

W niniejszym artykule podjęto się odpowiedzi na następujące pytania: 1) które z podejść zdominowało krajowe i międzynarodowe orzecznictwo i regulacje dotyczące tubylczego prawa do ziemi (terytorium)? 2) czy uprawnione jest używanie sformułowania „tubylczy tytuł do ziemi”, czy też „tubylczy tytuł do terytorium”? 3) czy w omawianym zakresie można mówić o wykształconym orzecznictwie krajowym, czy też o uniwersalnych normach prawa międzynarodowego, w tym zwyczaju międzynarodowym? W celu odpowiedzi na tak postawione pytania konieczne jest prześledzenie kolonialnej historii tubylczego prawa do ziemi (terytorium) do 1992 roku, a następnie analiza ewolucji prawa, w tym orzecznictwa państw osadniczych i postkolonialnych oraz umów międzynarodowych i orzecznictwa międzynarodowego w tym zakresie po 1992 roku. Jest to problematyka aktualna i wymagająca badań chociażby z tego względu, że przeniknęła w ostatnim czasie do orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z 2022 roku *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)* wspominał o “the traditional and historic fishing rights of the inhabitants of the San Andrés Archipelago, including the indigenous Raizal people, in the waters to which they are entitled to said rights”⁷.

1. Antecedencje (stan prawny sprzed Mabo No. 2)

Ziemia jako źródło surowców i plonów od zarania ludzkości była głównym przedmiotem zainteresowania ludów (narodów). Początkowo, z uwagi na stosunkowo

Environmental Law & Policy” 2005, vol. 16, s. 241; B. Kingsbury wyróżnia pięć koncepcji uzasadniających roszczenia tubylcze, opartych na: 1) prawach człowieka i zakazie dyskryminacji, 2) prawach mniejszości narodowych, 3) prawie do samostanowienia, 4) suwerenności historycznej i 5) podmiotowości (B. Kingsbury, *Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous People’s Claims in International and Comparative Law*, „International Law and Politics” 2001, vol. 34, s. 190).

⁷ Par. 15, <https://www.icj-cij.org/case/155> (dostęp: 22.5.2023).

niską gęstość zaludnienia, nie była powodem rywalizacji. Z czasem w związku ze wzrostem liczby ludności w Europie stała się przedmiotem sporów zarówno na poziomie prywatnym, jak i międzynarodowym. U progu ery kolonizacji oraz kapitalizmu narastała w związku z tym potrzeba powiększania zdobyczy terytorialnych. Kolonializm wiązał się zatem przede wszystkim z ekspansją terytorialną państw europejskich, która była jednym z warunków rozwoju gospodarczego. Na drodze do zdobycia przepastnych obszarów Ameryk, Australii, Afryki czy Syberii stały zamieszkujące tam ludy, które dzisiaj określa się mianem tubylczych lub rdzennych. Doszło do zetknięcia dwóch tytułów do terytorium⁸ – tubylczego i kolonialnego, z tym że pamiętać należy o tym, że tytuł kolonialny wsparty był przeważającą w tej konfrontacji siłą militarną oraz rozwijaną przez Francisco de Vitorię i Hugona Grocjusza doktryną prawa narodów, w tym koncepcją suwerenności państwa oraz narodów cywilizowanych i niecywilizowanych⁹. Dzięki temu zauważa się, że już na początku kolonizacji tytuł do terytorium państw kolonialnych był „silniejszy” od tytułu tubylczego¹⁰.

Za podstawę „silniejszego” tytułu do terytorium państw europejskich kolonizujących obszary zamorskie przyjmowano tzw. doktrynę „odkrycia”, która sformułowana została w trzech orzeczeniach sędziego Johna Marshalla wydanych w latach

⁸ Przez tytuł do terytorium należy rozumieć stan faktyczny lub prawny, w tym w szczególności dziedzictwo kolonialne lub historyczne, czy też cesję lub traktat pokojowy, z którego wynika prawo do danego terytorium; tytuł do terytorium jest międzynarodowoprawnym odpowiednikiem prywatnoprawnego tytułu własności ziemi, choć widoczne są między nimi istotne różnice, sprowadzające się chociażby do tego, że w przypadku tego pierwszego opiera się on na zasadach (regułach) prawa narodów, w tym suwerenności czy uznaniu – zob. G. Schwarzenberger, *Title to Territory: Response to a Challenge*, „American Journal of International Law” 1957, vol. 51, nr 2, s. 312.

⁹ A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and Making of International Law*, Cambridge 2007, s. 52–65; A. Anghie, *The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities*, „Third World Quarterly” 2006, vol. 27, nr 5, s. 740–744.

¹⁰ J. Castellino, *The „Right” to Land, International Law & Indigenous Peoples* (w:) *International Law and Indigenous Peoples*, red. J. Castellino, N. Walsh, Leiden–Boston 2005, s. 93; w tym kontekście zwracają uwagę rozważania China Miéville, który pisze: „Prawo i przemoc są nierozzerwalnie połączone jako regulatory suwerennych roszczeń”; tym samym jego zdaniem nabierają znaczenia słowa Marksa: „między równymi sobie prawami decyduje siła”; Miéville zauważa, że w prawie narodów to przemoc jego podmiotów, ucieleśniona w sile zbrojnej, sprawia, że forma prawna nabiera konkretnej treści normatywnej, dlatego też kształt norm prawnych jest tutaj wynikiem rywalizacji na polu bitwy; jest to rywalizacja o terytorialny podział świata na strefy wpływów ekonomicznych, w której zaciera się różnica między polityką a ekonomią; słabsze państwa (narody) przyjmują bierną postawę, zgadzając się na narzucany siłą porządek międzynarodowoprawny – Ch. Miéville, *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Chicago 2006, s. 135–141.

1823–1832, zwanych „trylogią Marshalla”¹¹. Główne założenia tych orzeczeń recypowane były przez sądy brytyjskie w sprawach dotyczących podległych terytoriów Ameryki Północnej¹². Zgodnie z doktryną „odkrycia” rdzenni mieszkańcy uznawani byli za *dependent nations*, a ich suwerenność jako „warunkowa” w stosunku do suwerenności państwowej¹³. Wyższość państwa i jego suwerenności nad ludami tubylczymi sprowadzała się do możliwości uchylania przez państwo praw tubylczych, w tym pozbawiania ziemi, w każdym czasie¹⁴. „Odkryta” ziemia nie była zatem traktowana jako *terra nullius*. Tam gdzie były osady ludności rdzennej, terytoria podlegały ich suwerenności, która jednak miała charakter podrzędny w stosunku do władzy i suwerenności państwa kolonialnego. Znajdowały się one „pod ochroną” państwa, a prezydent Stanów Zjednoczonych powinien być przez nich traktowany jako „wielki ojciec” (*great father*)¹⁵. W Australii doktryna Marshalla stosowana była w zmienionym kształcie, ponieważ przyjęto z góry, że terytoria należące do Aborygenów mają być traktowane jako „ziemie niczyje”. Uzasadniano to przede wszystkim mniejszym „ucywilizowaniem” Aborygenów, a w konsekwencji brakiem uznania jakichkolwiek praw i namiastki suwerenności¹⁶. Doktryna Marshalla nie znalazła zastosowania w Ameryce Południowej, w której Portugalczycy i Hiszpanie opierali tytuł do terytorium na wynikającym z nauki Francisco de Vitorii prawie do podboju ludów nieucywilizowanych¹⁷. Afryka podzielona została natomiast później, podczas konferencji w Berlinie (1884–1885), gdzie w ramach dziewiętnastowiecznej pozytywistycznej koncepcji suwerenności i *dominium* nie było już miejsca nawet

¹¹ Johnson v. McIntosh, 21 U.S. (7 Wheat.) 543 (1823), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep021/usrep021543/usrep021543.pdf>; Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep030/usrep030001/usrep030001.pdf>; Worcester v. Georgia, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep031/usrep031515/usrep031515.pdf>.

¹² Zob. Campbell v. Hall (1774) EngR 5, (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045, <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1774/5.pdf>; St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R., (1887) 13 SCR 577, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/3769/index.do>.

¹³ Zob. argumentację sędziego Johna Marshalla w sprawach Worcester v. Georgia (s. 543–544) oraz Johnson v. McIntosh (s. 574); zob. także R. v. Bonjon, [1841] NSWSupC 92 (16 September 1841), <http://www.austlii.edu.au/au/other/NSWSupC/1841/92.html>.

¹⁴ Johnson v. McIntosh, s. 585; Worcester v. Georgia, s. 560.

¹⁵ Cherokee Nation v. Georgia, s. 17–18.

¹⁶ MacDonal v. Levy, [1833] NSWLeggeSC 1, 1833 1 Legge 39 (8 June 1833), http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWLeggeSC/1833/1.html?context=1;query=macdonald%20v%20levy%201833;mask_path=; R. v. Murrell, Sydney Herald, 8 February 1836, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/other/NSWSupC/1836/35.html?stem=0&synonyms=0&query=R.%20v.%20Murrell>; Cooper v. Stuart, [1889] UKPC 16 (03 April 1889), http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1889/1889_16.html.

¹⁷ Por. A. Anghie, *Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law*, „Social & Legal Studies” 1996, vol. 5(3), s. 327–333.

na „warunkową suwerenność” ludów tubylczych¹⁸. Mimo że zwierzchnictwo terytorialne państw kolonialnych powiększane było wcześniej na podstawie umów o cesję lub protektorat z lokalnymi wodzami, to Akt Końcowy konferencji berlińskiej nie przewidywał żadnych kolektywnych praw ludności rdzennej do zamieszkiwanych terytoriów¹⁹. Wynikało to z wykształconej w dobie kapitalizmu i chronionej przez państwo koncepcji własności indywidualnej²⁰. Nie można zapominać także o zamieszkiwanych przez ludy tubylcze obszarach Syberii i północnej Skandynawii, skolonizowanych przez Norwegów, Szwedów, Finów i Rosjan w okresie od XVI do XIX wieku. W stosunku do tychże obszarów i ludów stosowano doktrynę „odkrycia” lub podboju w oparciu o założenie braku dostatecznego „ucywilizowania”²¹, choć wspomnieć należy, że jeszcze do XIX wieku Samowie posiadali przyznaną im na podstawie kodycyłu lapońskiego (1751) autonomię i prawo do ziemi na pograniczu norwesko-szwedzkim²².

Z powyższego wynika, że tytuł imperiów kolonialnych lub państw osadniczych do terytoriów zamorskich uzasadniany był: 1) prawem do podboju lub „odkrycia” (zawłaszczenia) *terra nullius* (Australia, Ameryka Południowa, Syberia, Laponia); 2) prawem do uchylania praw tubylczych, w tym tubylczego tytułu do terytorium, mocą jednostronnej decyzji władzy państwowej (Ameryka Północna) albo 3) pozytywistyczną koncepcją państwa i jego suwerenności (Afryka). Pierwszy sposób ekspansji kolonialnej opierał się na całkowitym ignorowaniu podmiotowości i suwerenności ludów rdzennych. Natomiast drugi i trzeci sprowadzał się do zawierania umów między władzami państwowymi a podbijanymi plemionami, regulującymi

¹⁸ L.A. Knafla, „*This Is Our Land*”: *Aboriginal Title at Customary and Common Law in Comparative Context* (w:) *Aboriginal Title and Indigenous Peoples: Canada, Australia, and New Zealand*, red. L.A. Knafla, H. Westra, Vancouver 2010, s. 13.

¹⁹ Na podstawie Aktu końcowego konferencji berlińskiej mocarstwa kolonialne miały jedynie „czuwać nad przetrwaniem ludów tubylczych, dbać o poprawę warunków ich moralnego i materialnego bytowania” (art. 6), *Acte général de la conférence de Berlin de 1885*, <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1885berlin.htm> (dostęp: 4.05.2023).

²⁰ M. van der Linden, *The Acquisition of Africa (1870–1914). The Nature of International Law*, Legal History Library, vol. 20, Studies in the History of International Law, vol. 8, Leiden–Boston 2016, s. 48–50.

²¹ Zob. K. Tuori, *The Theory and Practice of Indigenous Dispossession in the Late Nineteenth Century: The Saami in the Far North of Europe and the Legal History of Colonialism*, „Comparative Legal History” 2015, vol. 3, no. 1, s. 152–185, https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/233842/TUORI_2015_Indigenous_dispossession_CLH_postprint.pdf?sequence=1 (dostęp: 4.05.2023); F. Hill, C. Gaddy, *The Siberian Curse. How Communist Planners Left Russia Out in the Cold*, Washington 2003, s. 64.

²² Załącznik do traktatu granicznego między Szwecją a Norwegią podpisanego 21 września 1751 roku w Strömstad, https://sok.riksarkivet.se/bildvisning/R0000016_00004#?c=&m=&s=&cv=3&xywh=-3437%2C-425%2C16375%2C8451 (dostęp: 4.05.2023).

sprawy handlowe, kwestie korzystania z ziemi czy też w końcu cesję na rzecz państwa. Niewątpliwie wszystkie wskazane wyżej próby legitymizowania ekspansji terytorialnej państw kolonialnych opierały się na założeniach rasistowskich²³.

Niniejszy artykuł poświęcony jest aktualnemu stanowi prawnemu, zatem należy uwzględnić, że wspomniane terytoria, poza Stanami Zjednoczonymi, zmieniały suwerena od czasów ekspansji kolonialnej. Orzeczenia dotyczące ziem tubylczych Kanady i Australii wydawane były pierwotnie przez sądy brytyjskie, jednak mimo uniezależnienia się Kanady i Związku Australijskiego od Wielkiej Brytanii, wywierały istotny wpływ na porządek prawny i orzecznictwo w nowych państwach²⁴. Co więcej, istotny wpływ miały także wyroki wydane przez amerykańskiego sędziego Johna Marshalla. W państwach osadniczych z systemem *common law* można mówić o utrwalonym do 1992 roku (wyrok w sprawie Mabo No. 2) na poziomie prywatnoprawnym orzecznictwie dotyczącym ewentualnego tytułu tubylczego.

Z czasem zaczęły również pojawiać się pierwsze ustawy państwowe, stanowione już w duchu dziewiętnastowiecznego pozytywistycznego podejścia do suwerenności państwowej oraz kapitalistycznego podejścia do własności, w których negowano suwerenność ludów tubylczych i ich kolektywne prawo do ziemi na rzecz asymilacji i własności prywatnej. Między rozwiązaniami przyjętymi w poszczególnych państwach lub koloniach istniały pewne różnice. W Australii zakładano, że biali kolonizatorzy mogą legalnie zawłaszczać pod prywatne farmy ziemię uznawaną za własność Korony, czyli w istocie wielkie obszary znajdujące się wcześniej pod kontrolą Aborygenów²⁵. W Nowej Zelandii utworzono wprawdzie Native Land Court, który miał rozstrzygać sprawy dotyczące ziem maoryskich, ale w istocie jego głównym zadaniem było sukcesywne potwierdzanie indywidualnych tytułów do ziemi w miejsce tytułów tubylczych²⁶. W Stanach Zjednoczonych wprowadzono politykę indywidualnego przydziału tubylcom ziem pod uprawę rolną, które wchodziły

²³ J. Castellino, *op. cit.*, s. 93; Castellino cytuje słowa Churchilla z 1937 roku: "I do not admit for instance, that a great wrong has been done to the Red Indians of America or the black people of Australia; I do not admit that a wrong has been done to these people by the fact that a stronger race, a higher-grade race, a more worldly wise race to put it that way, has come in and taken their place".

²⁴ B. Laskin, *The British Tradition in Canadian Law*, London 1969, s. 48.

²⁵ Zob. An Act for regulating the Alienation of Crown Lands (1861, Nowa Południowa Walia), http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/num_act/claa01861n26270.pdf (dostęp: 5.05.2023), An Act for Regulating the Occupation of Crown Lands (1861, Nowa Południowa Walia), http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/num_act/cloa01861n27287.pdf (dostęp: 5.05.2023).

²⁶ Zob. Native Land Act 1909, 9 EDW VII 1909 No 15 (Nowa Zelandia), http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/nla19099ev1909n15206/ (dostęp: 5.05.2023).

w skład dotychczasowych rezerwatów dla rdzennej ludności²⁷. W Kanadzie zakazano natomiast rdzennym mieszkańcom nie tylko kultywowania tradycji czy też posiadania własnych struktur politycznych, ale także pozyskiwania funduszy na dochodzenie roszczeń dotyczących ziemi²⁸. Problemem było też udowodnienie tytułu tubylczego przed sądem anglosaskim z uwagi na brak pisemnych dowodów wcześniejszego władania ziemią²⁹.

W nowo powstałych na skutek dekolonizacji państwach Ameryki Południowej i Afryki przyjęto inne założenia w odniesieniu do tytułu do terytorium i tytułu tubylczego. Wynikały one z recypowanej przez południowoamerykańskich Kreolów z prawa rzymskiego zasady *uti possidetis*³⁰, która zakładała powstawanie nowych niepodległych państw w granicach byłych kolonii w oparciu o tzw. dziedzictwo kolonialne (tytuł *uti possidetis*). Dziedzictwo kolonialne, konstruowane na podstawie dowodów pochodzących z czasów kolonialnych w postaci między innymi aktów prawnych władz kolonialnych lub nadawanych przez te władze prywatnych tytułów do ziemi, przekształcało się w dacie krytycznej w tytuł nowo powstałego państwa do terytorium. Co istotne, wśród tychże tytułów były także hiszpańskie tzw. *titulos* nadające poszczególnym grupom tubylców prawo do ziemi³¹. Były one wydawane i uchylane uznaniowo i odgórnie przez władze kolonialne, w zależności od aktualnego stanu posiadania ziemi (a nie na podstawie tradycyjnego władztwa) oraz coraz większych potrzeb terytorialnych Korony. Nie traktowano tychże tytułów jako kontynuacji praw z okresu przedkolonialnego, lecz jako przyznanie nowych, raczej tymczasowych praw do używania ziem należących do Korony³². Nietrwały charakter *titulos* spowodował, że Kreole ich nie respektowali, czyniąc to już w duchu dziewiętnastowiecznej koncepcji suwerenności. Podczas podziału Afryki na

²⁷ Zob. An Act to Provide for the Allotment of Lands in Severalty to Indians on the Various Reservations (Dawes Act, 1887, Stany Zjednoczone), <https://www.archives.gov/milestone-documents/dawes-act> (dostęp: 4.05.2023).

²⁸ Zob. Indian Act (1876, poprawka z 1927 r.), https://nctr.ca/wp-content/uploads/2021/04/1876_Indian_Act_Reduced_Size.pdf (dostęp: 5.05.2023);

²⁹ B. Donovan, *Common Law Origins of Aboriginal Entitlements to Land*, „Manitoba Law Journal” 2003, vol. 29, nr 3, s. 313.

³⁰ *Uti possidetis, ita possideatis* – co posiadasz, będziesz posiadał.

³¹ T. Srogosz, *Uti possidetis w prawie międzynarodowym publicznym*, Warszawa 2016, s. 115; pamiętać przy tym należy, że *titulos* służyły jedynie do udowodnienia prawnomiędzynarodowego tytułu do terytorium nowego państwa postkolonialnego z pominięciem ewentualnych roszczeń ludności rdzennej związanych z tytułem do terytorium. Istota dowodu sprowadzała się nie tyle do tubylczego władztwa terytorialnego, ile do granic kolonialnej jurysdykcji podczas wydawania *titulos*.

³² T. Herzog, *Colonial Law and “Native Customs”: Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America*, „The Americas” 2013, vol. 69, nr 3, s. 313–318.

kolonie przyjęto takie samo założenie, zgodnie z którym w prawie kolonialnym nie było miejsca na tubylcze tytuły do ziemi³³.

2. Prawo krajowe po Mabo No. 2

Sytuacja ludów tubylczych związana z tytułem do ziemi (terytorium) zmieniła się ponownie po 1992 roku, czyli po wyroku Sądu Najwyższego Australii w sprawie Mabo No. 2, w którym uznano tzw. *native title*. Od tego orzeczenia rozpoczęła się seria wyroków sądów krajowych dotyczących tubylczego tytułu do ziemi, wydawanych nie tylko w Australii³⁴, ale również Kanadzie³⁵, Nowej Zelandii³⁶, Malezji³⁷, Republice Południowej Afryki³⁸, Kenii³⁹, Bostwanie⁴⁰, Peru⁴¹, Belize⁴² czy na

³³ J. Castellino, *op. cit.*, s. 98–102.

³⁴ Zob. *The Wik Peoples v State of Queensland & Ors*; *The Thayorre People v State of Queensland & Ors*, 23.12.1996, (1996) 187 CLR 1, <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1996/40.html> (dostęp: 9.05.2023); *Western Australia v Ward*, (2002) 213 CLR 1 (8.8.2002), <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/28.html> (dostęp: 9.05.2023); *Member the Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria*, (2002) 214 CLR 422 (12.12.2002), <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2002/58.html> (dostęp: 10.05.2023).

³⁵ *Delgamuukw v. British Columbia*, Supreme Court Judgments, 11.12.1997, (1997) 3 SCR 1010, Case number 23799, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1569/index.do> (dostęp: 9.05.2023).

³⁶ *Ngati Apa & Anor v. Attorney-General & Others*, 19.06.2003, (2003) 3 NZLR 643, <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2003/117.html> (dostęp: 9.05.2023).

³⁷ *Sagong Tasi & Ors v. Kerajaan Negeri Selangor & Ors* High Court Malaya, Shah Alam Mohd Noor Ahmad J, Civil Suit No: MTI–21–314–1996, 12 April 2002, Judgment, <https://www.malaysianbar.org.my/article/news/court-judgments/judgments/sagong-tasi-ors-v-kerajaan-negeri-selangor-ors-2002-high-court> (dostęp: 9.05.2023).

³⁸ *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others* (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2003/18.html> (dostęp: 9.05.2023).

³⁹ *Lemeiguran and Others v Attorney-General and Others* (2006) AHRLR 281 (KeHC 2006), [https://www.cehurd.org/wp-content/uploads/2012/04/right%20to%20health%20data%20base/CASES/KENYA/Lemeiguran%20and%20Others%20v%20Attorney-General%20and%20Others%20\(2006\)%20AHRLR%20281%20\(KeHC%202006\).doc](https://www.cehurd.org/wp-content/uploads/2012/04/right%20to%20health%20data%20base/CASES/KENYA/Lemeiguran%20and%20Others%20v%20Attorney-General%20and%20Others%20(2006)%20AHRLR%20281%20(KeHC%202006).doc) (dostęp: 9.05.2023).

⁴⁰ *Roy Sesana v The Attorney General of the Republic of Botswana*, 13.12.2006, <https://claw.org/system/files/Roy%20Sesana%2C%20Keiwa%20Setlhobogwa%20and%20Others%20v%20the%20Attorney-General.pdf> (dostęp: 9.05.2023).

⁴¹ *Jaime Hans Bustamante Johnson c/ Occidental Petrolera del Perú LLC, Repsol Exploración Perú y Petrobras Energía Perú S.A.*, 19.02.2009, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf> (dostęp: 9.05.2009).

⁴² *Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize*, Supreme Court of Belize (Claims No. 171 and 172 of 2007) (18 Oct 2007) (Mayan land rights), <https://www.claw.org/content/be>

Filipinach⁴³. Wszystkie inspirowane były głównymi założeniami orzeczenia w sprawie Mabo No. 2, a w niektórych powołano się na nią wprost (zob. Sagong Tasi, Aurelia Cal, Delgamuukw, Roy Sesana, Ngati Apa)⁴⁴. Zwrócić należy jednak uwagę na to, że mimo to orzecznictwo kanadyjskie wykształciło odmienną koncepcję *aboriginal title*, której źródłem był także wyrok sprawie Calder (1973)⁴⁵. Natomiast w Stanach Zjednoczonych koncepcja sędziego Marshalla skutecznie blokowała rozwój orzecznictwa w oparciu o australijski *native title* lub kanadyjski *aboriginal title*⁴⁶. Dodać należy, że sprawa Mabo No. 2 przyczyniła się do rozwoju linii orzeczniczych Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Komitetu Praw Człowieka, które zostaną omówione w części poświęconej prawu międzynarodowemu.

W sprawie Mabo No. 2 sąd wyszedł z założenia, że w chwili kolonizacji (formalnego zawłaszczenia) wysp Murray przez Queensland w 1879 roku były one traktowane przez władze Queensland jako *terra nullius*. W tym czasie była to podstawa do rozciągnięcia suwerenności i własności Korony (*Crown's ownership*) nad „niezamieszkiwanymi” terytoriami. Skutkiem takiego podejścia było objęcie tychże obszarów zakresem obowiązywania *common law*, co wykluczało całkowicie prawa i zwyczaje ludności tubylczej⁴⁷. Zdaniem sądu w czasach ewolucji praw człowieka i zakazu dyskryminacji takie założenie jest nie do przyjęcia. Stąd też, uznając w pewnym sensie *per facta concludentia* stan prawny z momentu kolonizacji, sąd

lize-aurelio-cal-et-al-v-attorney-general-belize-supreme-court-belize-claims-no-171-and-17 (dostęp: 9.05.2023).

⁴³ Isagani Cruz and Cesar Europa v. Sec. of Environment and Natural Resources, et al., 6.12.2000, https://lawphil.net/judjuris/juri2000/dec2000/gr_135385_2000.html (dostęp: 9.05.2023).

⁴⁴ J. Gilbert używa w stosunku do orzecznictwa krajowego dotyczącego tytułu tubylczego, rozwijanego w różnych państwach po Mabo No. 2, sformułowania *native title laws* – J. Gilbert, *Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title*, „International and Comparative Law Quarterly” 2007, vol. 56(3), s. 584.

⁴⁵ Frank Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia, (1973) SCR 313 (31.3.1973), <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1973/1973canlii4/1973canlii4.html> (dostęp: 9.05.2023).

⁴⁶ Stany Zjednoczone nie zastosowały się do opinii Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie Mary and Carrie Dann v. United States (Mary and Carrie Dann v. United States, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002) <http://hrlibrary.umn.edu/cases/75-02a.html>, dostęp: 9.05.2023), negując tytuł tubylczy do terytorium na podstawie koncepcji Marshalla (*federal trust responsibility*) zakładającej, że rząd federalny ma obowiązek chronić ziemie odebrane rdzennym mieszkańcom oraz świadczyć podstawowe usługi dla ludności tubylczej pozbawionej ziemi – zob. S. Korman, *Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law*, „University of Hawaii Law Review” 2010, vol. 32, s. 437.

⁴⁷ Mabo No. 2, par 36.

inspirowany zakazem dyskryminacji stwierdził, że częścią współczesnego *common law* powinien tzw. tubylczy tytuł do ziemi (*native title*)⁴⁸. Dlatego też *native title* dotyczy sfery prywatnoprawnej, w żadnym stopniu nie dotykając suwerenności Korony⁴⁹. Jak wskazuje J. Gilbert, uznanie w ramach *common law* tytułu opartego na prawie tubylczym jest istotnym elementem w procesie pojednania między państwem osadniczym a Pierwszymi Narodami⁵⁰. Taką opinię trudno w pełni zaakceptować, ponieważ *native title* jest w pewnym sensie „pułapką” dla rdzennych mieszkańców, która z jednej strony nie pozwala na uzyskanie pełnej własności ziemi, a z drugiej – na pełną suwerenność terytorialną⁵¹.

W sprawie Mabo No. 2 Sąd Najwyższy Australii w istocie miał rozpocząć trudny proces dekolonizacji, jednak główne założenia wyroku, rozwinięte następnie nie tylko w orzecznictwie australijskim, nie pozwalają na powrót do stanu sprzed „odkryć” geograficznych, a można nawet śmiało stwierdzić, że cementują suwerenność i własność państwa. Świadczą o tym wynikające z Mabo No. 2 cztery warunki *native title*: 1) źródłem tytułu są tubylcze tradycyjne prawa i zwyczaje⁵²; 2) tytuł tubylczy nadawany jest przez państwo; 3) podstawą takiego nadania jest udowodnienie kontynuowania tradycyjnych praw i zwyczajów na danym obszarze⁵³; 4) tytuł tubylczy może być uchylony w każdym czasie na podstawie aktu prawnego wydanego przez krajowego ustawodawcę⁵⁴. S. Grattan i L. McNamara wskazują na feudalny charakter australijskiego *native title*, dlatego że jego nadanie uwarunkowane jest kultywowaniem tradycji i praw tubylczych, co przypomina zależność między seniorem a wasalem, w której ten ostatni musi spełnić określone warunki, aby korzystać z ziemi. Dlatego też *native title* nie daje takiej podstawy do korzystania z ziemi jak znane współczesnym porządkom prawnym prawo własności⁵⁵. Państwo (za pośrednictwem sądu) przyznaje w istocie rdzennym mieszkańcom pewne prawa (*aboriginal rights*) do tradycyjnego korzystania z konkretnego obszaru ziemi (połowu,

⁴⁸ Mabo No. 2, par. 41.

⁴⁹ S. Grattan, L. McNamara, *The Common Law Construct of Native Title: A Re-feudalisation of Australian Land Law*, „Griffith Law Review” 1999, vol. 8, s. 56.

⁵⁰ J. Gilbert, *op. cit.*, s. 592.

⁵¹ S. Grattan, L. McNamara, *op. cit.*, s. 63.

⁵² Mabo No. 2, par. 64.

⁵³ Zob. *Member the Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria*, par. 87.

⁵⁴ Jest to pokłosie koncepcji sędziego Marshalla; orzecznictwo australijskie poszło w tym zakresie nawet dalej, przyjmując, że *native title* wygasa także wtedy, gdy państwo przekazuje prawa do ziemi innym podmiotom trzecim, których prawa będą pozostawały w sprzeczności z tytułem tubylczym – zob. *The Wik Peoples v State of Queensland & Ors*; *The Thayorre People v State of Queensland & Ors*, 23.12.1996, <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1996/40.html> (dostęp: 10.05.2023).

⁵⁵ S. Grattan, L. McNamara, *op. cit.*, s. 59–62.

łowiectwa, kultuwowania tradycji i religii, zbieractwa, korzystania z innych zasobów naturalnych).

Jak zasygnalizowano wcześniej, w Kanadzie przyjęto nieco inne założenia leżące u podstaw tubylczego tytułu do ziemi. W związku z tym, że „odkryte” terytoria nie były traktowane jako *terra nullius*, uznano, iż prawo ludów tubylczych nie wygasło wraz ze zmianą suwerena w momencie objęcia zwierzchnictwa przez Koronę Brytyjską⁵⁶. Potwierdził to Sąd Najwyższy Kanady w wyroku w sprawie Calder⁵⁷, który w Kanadzie był inspiracją późniejszych orzeczeń w sprawie tytułu tubylczego, nieco inaczej pojmujących ten tytuł niż w sprawie Mabo No. 2 (stąd rozróżnienie między australijskim *native title* a kanadyjskim *aboriginal title*). Jak wskazują S. Grattan i L. McNamara, ziemia zajmowana przez rdzennych mieszkańców w momencie kolonizacji była uważana za *country*⁵⁸. Stąd też w *aboriginal title* zauważalne są bardziej wyraźnie elementy prawa publicznego, pozwalające na pełne korzystanie z ziemi i jej zasobów, nieograniczone wyłącznie do celów tradycyjnych, tak jak w przypadku *native title*⁵⁹. Powyższe wnioski wynikają z najważniejszego i najczęściej przywoływanego wyroku w sprawie Delgamuukw, porównywalnego na gruncie kanadyjskim do Mabo No. 2⁶⁰ (choć nie można wykluczyć, że mimo odmiennej koncepcji, sprawa Mabo No. 2, cytowana w orzeczeniu Delgamuukw, w ograniczonym zakresie miała wpływ na treść wyroku w sprawie Delgamuukw). Znamienne jest, że w sprawie Delgamuukw Sąd Najwyższy Kanady używa w stosunku do ziem zajmowanych w momencie kolonizacji europejskiej przez rdzennych mieszkańców sformułowania *ancestral territory*. W sprawie Mabo No. 2 słowo *territory* używane jest tylko w odniesieniu do obszarów objętych zwierzchnictwem Korony.

Mimo powyższych różnic można doszukać się punktów wspólnych między *aboriginal title* a *native title*: 1) nadanie tytułu przez sąd krajowy; 2) konieczność udowodnienia tytułu do ziemi poprzez wskazanie jej zwyczajowego używania od czasów przedkolonialnych do celów tradycyjnych, niezbędnego do przetrwania składnika tradycyjnego sposobu życia; 3) możliwość jednostronnego uchylecia tytułu tubylczego mocą decyzji ustawodawcy; 4) słabość tytułu tubylczego w sytuacji konfrontacji z prywatnym tytułem własności ziemi⁶¹. Nie ulega przy tym

⁵⁶ Zob. *Zob. Campbell v Hall* (1774).

⁵⁷ Frank Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia, s. 406.

⁵⁸ S. Grattan, L. McNamara, *op. cit.*, s. 56.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 71.

⁶⁰ Delgamuukw v. British Columbia.

⁶¹ Cechy te w kontekście zakazu dyskryminacji rasowej dostrzegł Komitet ONZ ds. Dyskryminacji Rasowej, negatywnie oceniając znowelizowany australijski Native Title Act – Procedural Decisions of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Australia, U.N. Doc. A/54/18, para. 21(2) (1999), <http://hrlibrary.umn.edu/cerd/decisions/australia1999-54.html> (dostęp: 17.05.2023).

wątpliwości, że tubylczy tytuł do ziemi ma charakter *sui generis*, to znaczy nie jest rodzajem prawa własności cywilnoprawnej. Wynika to z jego szczególnych cech łączących w sobie prawo prywatne z prawem publicznym oraz z tego, że jego źródłem nie jest *ius civile*, lecz tubylcze prawo zwyczajowe (*indigenous law*)⁶². B. Donovan nazywa to „pułapką” *sui generis*, wynikającą z zastosowania odmiennych standardów w stosunku do „regularnego”, indywidualnego prawa własności oraz w stosunku do tubylczego prawa do ziemi, skutkiem czego tytuł tubylczy nie daje podstaw do korzystania z takich praw, jakie przysługują „regularnemu” właścicielowi w systemie prawa cywilnego państw kapitalistycznych⁶³.

Jak wskazano wyżej, sprawa Mabo No. 2 odbiła się szerokim echem w sądach różnych państw osadniczych i postkolonialnych zamieszkiwanych przez społeczności rdzennych mieszkańców. W większości są to państwa z systemem *common law*, choć przykład sprawy Richtersveld ukazuje, że orzecznictwo anglosaskie może także wpływać na decyzje sądów w państwach z prawem kontynentalnym. Analiza orzeczeń sądowych zapadłych w różnych częściach świata w duchu założeń Mabo No. 2 skłania do wniosku, że co do zasady tubylczy tytuł do ziemi rozumiany jest podobnie. Różnica sprowadza się jedynie do odmiennego postrzegania istoty *aboriginal title* w Kanadzie. Czy jednak jest to praktyka jednolita, powszechna i spójna uzasadniająca pogląd o zwyczajowym charakterze tytułu tubylczego do ziemi? Czy praktyka kilku państw w tym zakresie jest wystarczająca? Odpowiedź na te pytania znajduje się w zakończeniu artykułu, po analizie aktów prawa międzynarodowego i orzecznictwa międzynarodowego.

3. Prawo międzynarodowe

Mimo że w konwencji MOP nr 107 z 1957 roku uznano już prawa indywidualne i kolektywne ludności tubylczej do ziemi tradycyjnie zajmowanej (art. 11–14), to pamiętać należy, że dokument ten opierał się na założeniu asymilacji tejże ludności z dominującą populacją państwa (zob. preambuła)⁶⁴. Poza tym stan ratyfikacji konwencji pozostawiał wiele do życzenia. Państwa, szczególnie osadnicze i postkolonialne, niechętnie wiązały się zobowiązaniami dotyczącymi praw ludności tubylczej⁶⁵.

⁶² J. Gilbert, *op. cit.*, s. 591; *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others*, par. 47.

⁶³ B. Donovan, *op. cit.*, s. 340.

⁶⁴ O. Mazel, *The Evolution of Rights: Indigenous Peoples and International Law*, „Australian Indigenous Law Review” 2009, vol. 13, nr 1, s. 143.

⁶⁵ Konwencja ratyfikowana była przez 37 państw (w większości z Ameryki Południowej), w tym wypowiedziana została przez 10 z nich (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252 (dostęp: 11.05.2023)).

Dlatego też w ramach Międzynarodowej Organizacji Pracy podjęto decyzję o opracowaniu nowej konwencji, w której zrezygnowano już z dziewiętnastowiecznego podejścia zmierzającego do integracji rdzennych mieszkańców z pozostałą ludnością państwa (Konwencja MOP nr 169). Choć zawiera ona nieco zmodyfikowane w stosunku do konwencji MOP nr 107 postanowienia regulujące prawo do ziemi (*land*), to i w tym przypadku nie spotkała się z szeroką aprobatą społeczności międzynarodowej (ratyfikowana została przez 24 państwa). Mimo to niektórzy autorzy uważają, że postanowienia tego aktu prawnego mogły stanowić dowód na wykształcenie się praktyki i *opinio iuris* dotyczących tubylczego prawa do ziemi⁶⁶. Co więcej, jego regulacje przywoływane są w kontekście wpływu na prawo krajowe przez sędziów krajowych w państwach, które nie ratyfikowały dokumentu⁶⁷, a niektórzy, zresztą niesłusznie, piszą o nim jak o umowie powszechnie obowiązującej⁶⁸.

Podstawowa różnica między konwencją MOP nr 107 a konwencją MOP nr 169 sprowadza się do tego, że w tej drugiej potraktowano prawo do ziemi przez pryzmat duchowej i kulturowej więzi ludności tubylczej z ziemią (art. 13). W konwencji nr 107 mowa była tylko o „prawie do własności, kolektywnej lub indywidualnej, członków populacji dotyczącej ziemi tradycyjnie zajmowanej” bez nawiązania do znaczenia tejże ziemi dla religii i kultury rdzennych mieszkańców. Konwencja MOP nr 169 potwierdza prawo do ziemi „zajmowanej lub w inny sposób używanej” (“which they occupy or otherwise use”), natomiast konwencja nr 107 uznawała prawo do ziemi wyłącznie obecnie zajmowanej. Konwencja MOP nr 169 zobowiązuje nawet państwa do podjęcia środków w celu ochrony prawa zainteresowanych ludów (szczególnie koczowniczych) do użytkowania gruntów, które nie są przez nie wyłącznie zajmowane, ale do których tradycyjnie miały dostęp w celu przetrwania (“subsistence”) i tradycyjnej działalności (art. 14 ust. 1). Co więcej, w art. 14 ust. 2 obowiązuje do „zidentyfikowania” ziem tubylczych (“identify the lands which the peoples concerned traditionally occupy”), czego nie czyniła konwencja MOP nr 107. Oznacza to, że państwo powinno dokonać niebudzącej wątpliwości delimitacji

⁶⁶ G. Pentassuglia, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, „European Journal of International Law” 2011, vol. 2, nr 1, s. 196; J. Anaya, *Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction. The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources*, „Arizona Journal of International & Comparative Law” 2005, vol. 22, nr 1, s. 9.

⁶⁷ Zob. *Lemeiguran and Others v Attorney-General and Others (Kenia)*, pkt 28, 105, 111; *Isagani Cruz and Cesar Europa v. Sec. of Environment and Natural Resources (Filipiny)*, opinia odrębna sędziego Puno, pkt V.

⁶⁸ Zob. J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, „Wisconsin International Law Journal” 2009, vol. 27, nr 1, s. 51–98.

i demarkacji ziem tubylczych⁶⁹. W przeciwieństwie do konwencji MOP nr 107, konwencja MOP nr 169 uznaje prawo ludów tubylczych do zasobów naturalnych, w tym udziału w ich wykorzystaniu, zarządzaniu i ochronie (art. 15 ust. 1). Poza tym w większym zakresie gwarantuje ona prawo tychże ludów do konsultowania decyzji dotyczących ich bezpośrednio, w tym dotyczących zasobów naturalnych (art. 15 ust. 2) oraz relokacji (art. 16 ust. 2). Zgodnie z konwencją MOP nr 107 taka relokacja mogła mieć miejsce mimo braku zgody rdzennych mieszkańców, gdy wymagało tego bezpieczeństwo narodowe, krajowy rozwój gospodarczy lub potrzeba ochrony zdrowia (art. 12 ust. 1). Zwrócić należy uwagę na to, że szczególnie niebezpieczny, prowadzący do nadużyć, jest ten drugi wyjątek. Natomiast w konwencji MOP nr 169 w przypadku braku takiej zgody mowa jest o procedurach krajowych zapewniających udział przedstawicieli ludności tubylczej (art. 16 ust. 2). Poza tym w konwencji MOP nr 107 nie przewidziano, w przeciwieństwie do konwencji MOP nr 169, możliwości powrotu na ziemie tradycyjnie zajmowane. Obie konwencje zobowiązują natomiast do przyznania przesiedlanym ludom ziem „zastępczych”, odpowiadających ich „potrzebom i przyszłemu rozwojowi” (z tym że według konwencji MOP nr 169 ma to nastąpić na podstawie porozumienia lub odpowiednich procedur), a jeżeli ludy te tak zadecydują – do wypłaty odpowiedniego zadośćuczynienia (art. 12 ust. 2 konwencji MOP nr 107, art. 16 ust. 4 konwencji MOP nr 169).

Przedstawione postanowienia konwencji MOP nr 169 krytykowane są za brak jasnych rozwiązań dotyczących relacji tubylczego tytułu do ziemi w stosunku do tytułu podmiotów trzecich (w tym w sytuacji zwrotu ziem, z których nastąpiła relokacja) czy też udziału w korzystaniu z zasobów naturalnych (mowa jest jedynie o konsultacjach)⁷⁰. Tego stanu rzeczy nie zmieniła uznana już niemal powszechnie deklaracja ONZ w sprawie praw ludności tubylczej⁷¹, nie tylko dlatego, że w istocie

⁶⁹ *Indigenous & Tribal Peoples' Rights in Practice. A Guide to ILO Convention No. 169*, International Labour Organization 2009, https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_171810/lang-en/index.htm (dostęp: 11.05.2023), s. 95.

⁷⁰ G. Pentassuglia, *op. cit.*, s. 168–169.

⁷¹ United Nations Declarations on Indigenous Peoples. Resoution 61/295 adopted by the General Assembly on 13 September 2007, https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf (dostęp: 12.05.2023); za przyjęciem deklaracji na forum ONZ głosowały 144 państwa, natomiast przeciwko 4 (Kanada, Stany Zjednoczone, Nowa Zelandia i Australia), 11 państw wstrzymało się od głosu (Azerbejdżan, Bangladesz, Bhutan, Burundi, Kolumbia, Gruzja, Kenia, Nigeria, Federacja Rosyjska, Samoa i Ukraina), <https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples/united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples> (dostęp: 12.05.2023); w okresie kilku lat po uchwaleniu deklaracji państwa głosujące przeciwko zaczęły uznawać jej postanowienia, co w przypadku Kanady doprowadziło nawet do przyjęcia ustawy implementującej deklarację do krajowego porządku prawnego (An Act Respecting

powielala niejasne postanowienia konwencji MOP nr 169, ale takze dlatego, ze jako rezolucja Zgromadzenia Ogolnego ONZ nie ma charakteru wiazacego. Brak postepu w opracowywaniu tresci deklaracji w zakresie prawa do ziemi w porownaniu z konwencja MOP nr 169 wynikał z obawy państw związanej z dyskutowanym podczas prac przygotowawczych prawem do samostanowienia ludów tubylczych, które w powiazaniu z prawem do ziemi mogło zdaniem przedstawicieli państw osadniczych (Stanów Zjednoczonych, Kanady, Australii, Nowej Zelandii i Rosji) i państw afrykańskich zagrazac ich integralności terytorialnej i stanowić podstawę do roszczeń prowadzących do secesji. Niezależnie od oporu niektórych państw, który doprowadził zresztą do przesunięcia głosowania nad deklaracją o rok, sukcesem przedstawicieli ludów tubylczych okazało się ujęcie w dokumencie praw kolektywnych (w tym prawa do ziemi i zasobów naturalnych) oraz prawa do samostanowienia. Zgodnie z ostateczną wersją art. 3 deklaracji przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 2007 roku ludom tubylczym przysługuje prawo do samostanowienia, w tym swobodnego określenia ich statusu politycznego oraz gospodarczego, społecznego i kulturalnego rozwoju. Ludy tubylcze mają prawo do autonomii i samookreślenia w sprawach wewnętrznych (lokalnych). Kompromisem między ludami tubylczymi a państwami osadniczymi i afrykańskimi okazało się dodanie do ostatecznej wersji postanowienia art. 46, zgodnie z którym deklaracja nie może być interpretowana w sposób prowadzący do kwestionowania integralności terytorialnej państw⁷².

Jak zasygnalizowano wyżej, jedną z kwestii spornych podczas prac przygotowawczych nad projektem deklaracji ONZ było prawo do ziemi w powiazaniu z prawem do samostanowienia. Na drodze postępowych, w porównaniu z konwencją MOP nr 169, rozwiązań proponowanych przez przedstawicieli ludności tubylczej stały państwa zaciekle broniące w istocie niejasnych regulacji teź konwencji. Szczególnie kontrowersyjny okazał się kluczowy art. 26 deklaracji wskazujący ziemie, do jakich rdzenni mieszkańcy mają prawo. Państwa sprzeciwiały się temu, aby prawo dotyczyło ziem będących tradycyjnie własnością tubylców oraz tradycyjnie zajmowanych lub posiadanych ("their traditionally owned, occupied, and used lands") przez rdzennych mieszkańców, obawiając się zagrożenia dla aktualnych właścicieli,

the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 21.6.2021, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/U-2.2/page-1.html>, dostęp: 12.5.2023); pamiętać przy tym należy, że charakter deklaracji jako rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie daje podstaw do ewentualnego przystąpienia, chodzi tu raczej o oświadczenia lub akty prawa wewnętrznego odwołujące się do deklaracji jako dokumentu potwierdzającego prawa ludności tubylczej.

⁷² T. Srogosz, *Pierwsze Narody w prawie międzynarodowym – podmiot praw czy prawa?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2021, vol. XIX, s. 172–173.

w tym państwa, w konfrontacji z roszczeniami tubylczymi. Stąd też optowały za niejasnymi rozwiązaniami konwencji MOP nr 169, które nie dają *explicite* podstawy do roszczeń dotyczących ziem niebędących we władaniu tubylców, ale które były tradycyjnie ich własnością czy też tradycyjnie były przez nich zajmowane lub posiadane⁷³. W rezultacie deklaracja w art. 26 ust. 2 niejako precyzuje art. 26 ust. 1⁷⁴, odnosząc prawo własności, prawo do używania, rozwoju i kontroli ziem i zasobów wyłącznie do aktualnie posiadanych ziem z powodu tradycyjnego władztwa⁷⁵.

Innym kontrowersyjnym zagadnieniem podczas prac przygotowawczych było użycie w deklaracji pojęcia „terytorium”, które miało określać szczególny charakter ziem zajmowanych przez ludy tubylcze, odmienny od europejskiej koncepcji własności ziemi w materialistycznym tego słowa znaczeniu. Chodziło o specyficzną więź duchową, kulturową, historyczną i kolektywną, która nie sprowadza się po prostu do własności lub posiadania. Zdaniem pomysłodawców takiego podejścia sformułowanie „terytorium” miało odróżnić status obszarów zajmowanych tradycyjnie przez rdzennych mieszkańców od statusu ziem będących własnością na podstawie krajowego prawa cywilnego. Taka propozycja spotkała się ze sprzeciwem przedstawicieli niektórych państw, podnoszących, że słowo „terytorium” wiązać należy z suwerennością państwową, co tym samym może ludności tubylczej dawać asumpt do dążeń separatystycznych opartych na prawie do samostanowienia⁷⁶. Co ciekawe, w ostatecznej wersji deklaracji nie zrezygnowano z użycia pojęcia *territories* dla określenia ziem tradycyjnie zajmowanych przez ludy tubylcze. Mowa jest często o *lands or territories* (art. 10, art. 29 ust. 2, art. 30) albo *lands, territories or resources* (art. 8 ust. 2 lit. b, art. 25, art. 26, art. 27, art. 28, art. 29 ust. 1, art. 32). Wprawdzie w konwencji MOP nr 169 znajduje się sformułowanie *territories* w odniesieniu do obszarów zajmowanych tradycyjnie przez rdzennych mieszkańców (art. 7 ust 4, art. 13), jednak zauważyć należy, że poza tymi przypadkami w pozostałej części dokumentu pojawia się już tylko słowo *land*. W deklaracji te dwa słowa używane są zawsze razem (*land or territory*). Deklaracja zostawia zatem wybór między *land* a *territory* w zależności od podejścia państwa do tubylczego prawa do ziemi (terytorium). Tam gdzie jest to podejście *stricte* prywatnoprawne, właściwe jest użycie słowa *land*. Tam zaś, gdzie prawa ludności tubylczej nawiązują do przedkolonialnej suwerenności tubylczej, można używać słowa *territory*. Nigdy nie oznacza to jednak

⁷³ C. Charters, *op. cit.*, s. 404.

⁷⁴ “Indigenous peoples have the right to the lands, territories and resources which they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired”.

⁷⁵ “Indigenous peoples have the right to own, use, develop and control the lands, territories and resources that they possess by reason of traditional ownership or other traditional occupation or use, as well as those which they have otherwise acquired”.

⁷⁶ C. Charters, *op. cit.*, s. 406.

możliwości oderwania terytorium tubylczego od terytorium państwa w ramach określonego w art. 3 deklaracji prawa do samostanowienia. Oznacza to, że „terytorium tubylcze” nie jest semantycznie tożsame z „terytorium państwa”. To ostatnie jest przedmiotem zwierzchnictwa terytorialnego podmiotu prawa międzynarodowego, natomiast to pierwsze nie ma takiego statusu we współczesnym porządku prawa narodów.

Jak wskazano wyżej, postanowienia deklaracji ONZ z 2007 roku co do zasady pokrywają się z regulacjami konwencji MOP nr 169. Pierwsza różnica sprowadza się do tego, że w deklaracji ONZ nie przewidziano wyjątków od zakazu relokacji rdzennych mieszkańców z ich ziem za ich zgodą, w związku z czym w przypadku braku zgody taka relokacja jest niemożliwa (art. 10). Jeśli jednak rdzenni mieszkańcy zostali lub zostaną pozbawieni tradycyjnie zajmowanej ziemi bez ich zgody, wtedy mają prawo do restytucji, a jeżeli ta jest niemożliwa – do słusznego zadośćuczynienia, w tym przede wszystkim w formie odpowiedniego obszaru ziemi (art. 28). Warunkiem relokacji zawsze jest umowa między rządem a grupą tubylczą, w której powinno być przewidziane sprawiedliwe odszkodowanie, ewentualnie opcja powrotu. Zgodnie z konwencją MOP nr 169 taka umowa nie była warunkiem koniecznym. W przypadku jej braku o relokacji mogły decydować „odpowiednie procedury krajowe”. Poza tym nie ma tam mowy o tym, że odszkodowanie powinno być „słuszne” (art. 16). Tym samym można stwierdzić, że w deklaracji ONZ gwarancje związane z zagrożeniem relokacją są silniejsze w porównaniu z rozwiązaniami konwencji MOP nr 169.

Druga różnica sprowadza się do tego, że w przeciwieństwie do konwencji MOP nr 169 deklaracja ONZ literalnie potwierdza w art. 25 prawo do utrzymywania więzi nie tylko z tradycyjnie posiadanymi „ziemiemi lub terytoriami” czy też „zasobami”, ale także „wodami i morzami przybrzeżnymi” (*waters and coastal seas*). W konwencji MOP nr 169 mowa jest wyłącznie o ziemiach, terytoriach lub zasobach. Nie oznacza to jednak, że swoim zakresem jej regulacje nie obejmują wód i obszarów przybrzeżnych, skoro w art. 13 ust. 2 podana jest definicja ziem (*lands*), zgodnie z którą zawierają się one w „koncepcji terytoriów obejmującej całkowite otoczenie obszarów, które ludy zamieszkują lub w inny sposób z nich korzystają”⁷⁷. Po analizie postanowień deklaracji ONZ i konwencji MOP nr 169 można stwierdzić, że pojęcia „ziemi” i „terytorium” nie zostały w tych dokumentach uregulowane w sposób jednoznaczny. Wręcz przeciwnie, lektura dokumentów prowadzi do terminologicznego zamętu, który najlepiej jest uporządkować w oparciu o następującą propozycję: 1) pojęcie ziemi (*land*) nie dotyczy tylko lądu, ale obejmuje swoim zakresem także wody, w tym rzeki i wody wewnętrzne, oraz morze przybrzeżne (choć należy

⁷⁷ *Indigenous...*, s. 91.

dodać, że sformułowanie *coastal seas* jest nieprecyzyjne – nie wiadomo, czy odnosi się do morza terytorialnego, czy też innego obszaru geograficznego wykraczającego poza terytorium państwa); 2) terytorium (*territory*) tubylcze obejmuje te same składniki, choć pojęcie to ma wymiar bardziej historyczny i polityczny (związany z prawem do samostanowienia), w przeciwieństwie do *lands* (tu na pierwszym planie uwypuklone jest prywatnoprawne prawo do korzystania z ziemi).

Trzecia różnica sprowadza się do tego, że w deklaracji ONZ mowa jest o „tubylczym prawie zwyczajowym” (“indigenous peoples’ laws, traditions, customs and land tenure systems”), które powinno leżeć u podstaw uznania praw do ziemi (art. 27). Konwencja MOP nr 169 na ten temat milczy, nadal opierając treść tubylczego prawa do ziemi na europejskim rozumieniu własności i posiadania, nawet mimo że prawo to ma wymiar kolektywny i wynika z duchowej i kulturowej więzi z ziemią (art. 13 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1).

Czwarta różnica dotyczy mechanizmu uznawania tubylczych praw do ziemi. W konwencji MOP nr 169 mowa jest jedynie o „odpowiedniej procedurze ustanowionej w ramach krajowego systemu prawnego” (art. 14 ust. 3). Postanowienia deklaracji ONZ są już bardziej wymagające, stanowiąc o konieczności „ustanowienia i wdrożenia, w porozumieniu z ludnością tubylczą, sprawiedliwego, niezależnego, bezstronnego, otwartego i transparentnego procesu” z prawem tejże ludności do udziału w tym procesie (art. 27).

Piąta różnica sprowadza się do tego, że deklaracja ONZ łączy tubylcze prawo do ziemi ze zobowiązaniami państw w zakresie ochrony środowiska, zdrowia i zasobów naturalnych (art. 29) oraz zakazu działalności wojskowej na ziemiach tubylczych (art. 30). W konwencji MOP nr 169 nie ma podobnych postanowień.

Szosta różnica dotyczy natomiast obowiązku rozgraniczenia ziem lub terytoriów tubylczych. W przeciwieństwie do konwencji MOP nr 169, w deklaracji ONZ zapomniano o tak istotnym warunku realizacji tubylczego prawa do ziemi.

Kolejnym, już nie uniwersalnym, lecz regionalnym dokumentem międzynarodowym, w którym określono tubylcze prawo do ziemi jest amerykańska deklaracja w sprawie praw ludów tubylczych, przyjęta 15 czerwca 2016 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Państw Amerykańskich⁷⁸. Jej uchwalenie wynikało z konieczności adaptacji praw tubylczych do warunków południowoamerykańskich (np. uznano w deklaracji prawa ludów „w dobrowolnej izolacji” lub „we wczesnej fazie kontaktu”) oraz uwzględnienia bogatego, w porównaniu z pozostałymi regionami, orzecznictwa krajowego i regionalnego w zakresie praw ludów tubylczych. Prawo

⁷⁸ American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, AG/RES.2888 (XLVI-O/16) (June 15, 2016), <https://indianlaw.org/sites/default/files/ADRIP%20BOOKLET%20ENGLISH%20-%20WEBPAGE%20VERSION.PDF> (dostęp: 15.05.2023); deklaracja przyjęta została po sprzeciwie Stanów Zjednoczonych i przy głosie wstrzymującym się Kanady.

do ziemi uregulowane zostało w art. XXV (*Traditional forms of property and cultural survival. Right to land, territory, and resources*), znajdującym się w części piątej poświęconej prawom społecznym, ekonomicznym i rzeczowym (*Social, economic, and property rights*). W porównaniu z deklaracją ONZ z 2007 roku deklaracja amerykańska wprowadziła dwa istotne rozwiązania, z tym że jedno z nich dyskusyjne było podczas prac przygotowawczych nad deklaracją ONZ. Pierwsze wskazuje na materialny, poza duchowym i kulturowym, związek ludności tubylczej z ziemią (art. XXV ust. 1). Taka więź miała być uwzględniona w pierwotnej wersji deklaracji ONZ, jednak w ostateczności za namową państw osadniczych wykreślono z tekstu słowo *material*, obawiając się roszczeń skierowanych przeciwko aktualnym indywidualnym właścicielom⁷⁹. Drugie rozwiązanie nawiązuje do art. 14 ust. 2 konwencji MOP nr 169, stanowiąc, że państwa powinny ustanowić odpowiednie procedury w celu efektywnej demarkacji i oznakowania ziem tubylczych (art. XXV ust. 5).

Problemem, z jakim musieli zmierzyć się przedstawiciele ludów tubylczych na forum międzynarodowym, była słabość zaprezentowanych dokumentów międzynarodowych wynikająca z ich niewiążącego charakteru (deklaracja ONZ z 2007 roku, deklaracja amerykańska z 2016 roku) albo znacznie ograniczonej liczby ratyfikacji (konwencja MOP nr 169). Co więcej, jak wskazano wyżej, postanowienia tychże dokumentów pozostawały w niektórych obszarach niejasności, wykazując się brakiem dostatecznej precyzji, szczególnie tam, gdzie wchodziła w grę własność państwa i podmiotów trzecich, w tym np. korporacji. Powyższe słabości miała rekompensować „dynamiczna” (elastyczna) wykładnia wybranych postanowień wiążących aktów międzynarodowego prawa praw człowieka, które *explicite* nie stanowią nic na temat ludności tubylczej, chociażby dlatego że zostały przyjęte przed rozpoczęciem międzynarodowej debaty na temat praw rdzennych mieszkańców, czyli przed opublikowaniem raportu Cobo⁸⁰. Źródłem tej wykładni są dokumenty wydawane przez Komitet Praw Człowieka ONZ i Komitet ONZ do spraw Eliminacji Dyskryminacji Rasowej oraz orzecznictwo tychże komitetów i regionalnych trybunałów praw człowieka, w których odchodzi się między innymi od restrykcyjnego pojmowania prawa własności jako prawa indywidualnego na rzecz interpretacji uwzględniającej także kolektywny charakter tego prawa, niebranej pod uwagę podczas przyjmowania tychże aktów prawnych.

Jednym z pierwszych dokumentów, w których pojawiła się kwestia tubylczego prawa do ziemi, była rekomendacja ogólna nr 23 Komitetu ONZ do spraw

⁷⁹ C. Charters, *op. cit.*, s. 411–412.

⁸⁰ Zob. *ibidem*, s. 401; G. Pentassuglia, *op. cit.*, s. 178, 199; S.J. Anaya wskazuje, że jest to najbardziej optymalne i realistyczne podejście do ochrony tubylczego tytułu do ziemi w przeciwieństwie do jednostronnego spojrzenia na niesprawiedliwość kolonialną okiem zwolenników krytycznych studiów nad prawem – S.J. Anaya, *op. cit.*, s. 252–253.

Eliminacji Dyskryminacji Rasowej⁸¹, w której Komitet wyraźnie stwierdził, że konwencja do spraw eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej⁸² ma zastosowanie do ludów tubylczych. Jednocześnie wezwał państwa do „uznania i ochrony praw ludów tubylczych do władania, rozwijania, kontroli i używania ich wspólnych ziem, terytoriów i zasobów oraz, tam, gdzie zostały one pozbawione ich tradycyjnie władanych lub w inny sposób zamieszkałych lub używanych ziem bez ich swobodnej i przemyślanej zgody, do podjęcia kroków w celu zwrotu tych ziem i terytoriów”. Komitet zalecił, że jeżeli jest to niemożliwe, należy rozważyć odpowiednie zadośćuczynienie⁸³.

Kierunek interpretacji powszechnych aktów międzynarodowego prawa człowieka obrany przez Komitet ONZ ds. Eliminacji Dyskryminacji Rasowej został także przyjęty, a następnie utrwalony przez Komitet Praw Człowieka ONZ, zarówno w ramach wydawanych przez ten organ raportów, komentarzy, jak i orzecznictwa w sprawach indywidualnych. Już w 1994 roku w ogólnym komentarzu nr 23 Komitet stwierdził, że realizacja praw kulturalnych mniejszości narodowych chronionych na podstawie art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁸⁴ powinna także uwzględniać „szczególny sposób życia związany z używaniem zasobów ziemskich, szczególnie w przypadku ludności tubylczej”. Zdaniem Komitetu takie prawa mogą obejmować tradycyjne aktywności w postaci rybołówstwa lub łowiectwa⁸⁵. Powyższa interpretacja art. 27 MPPOiP

⁸¹ General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples, 18.8.1997, http://www.cods.eu/library/UN_International%20Convention%20on%20the%20Elimination%20of%20Racial%20Discrimination_General%20recommendation%2023_1997_EN.pdf (dostęp: 16.05.2023).

⁸² International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, New York, 7.3.1966, UNTS vol. 660, s. 195, weszła w życie 4.01.1969.

⁸³ General Recommendation No. 2; zob także Procedural Decisions of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Australia, U.N. Doc. A/54/18, para. 21(2) (1999).

⁸⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, Nowy Jork 16.12.1966, UNTS vol. 999, s. 171, wszedł w życie 23.03.1976

⁸⁵ CCPR General Comment No. 23: Article 27 (Rights of Minorities) adopted at the Fiftieth Session of the Human Rights Committee, 8.04.1994, <https://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> (dostęp: 16.05.2023); zob. także: Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988), <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/197-1985.html> (dostęp: 17.05.2023); Länsman et al. v. Finland, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F52%2FD%2F511%2F1992&Lang=en (dostęp: 17.05.2023); Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada, CCPR/C/38/D/167/1984 (1990), available at: <https://www.refworld.org/cases,HRC,4721c5b42.html> (dostęp: 17.05.2023); Mahuika et al. v. New Zealand CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), <https://juris.ohchr.org/casedetails/897/en-US> (dostęp: 17.05.2023);

została pogłębiona w sprawie Poma Poma v. Peru, która zakończyła się już po przyjęciu w 2007 roku deklaracji ONZ. Komitet stwierdził, że art. 27 MPPOiP obejmuje swoim zakresem prawo rdzennych mieszkańców do konsultowania projektów, które mogą istotnie naruszać tradycyjne aktywności ludności tubylczej. Komitet potwierdził także prawo takiej ludności do odpowiedniego zadośćuczynienia w przypadku takiego naruszenia⁸⁶. Natomiast w uwagach końcowych dotyczących Kanady i Norwegii z lat 1999–2000 Komitet zwrócił uwagę na to, że prawo do samostanowienia określone w art. 1 ust. 2 MPPOiP odnosi się również do ludności tubylczej w zakresie prawa do decydowania o ziemiach i zasobach, z których tradycyjnie ona korzysta⁸⁷. J. Castellino uznaje takie podejście za zbyt restrykcyjne i konserwatywne, wskazując na konieczność rozważenia tubylczego prawa do terytorium także w kontekście art. 1 ust. 1 MPPOiP. Podkreśla, że między mniejszościami narodowymi a ludami wskazać należy zasadniczą różnicę wynikającą z kolonialnej przeszłości tych ostatnich. Zdaniem Castellino uzasadnione jest zatem podejście mniej restrykcyjne, w którym roszczenia tubylcze powinny opierać się na art. 1 ust. 1 MPPOiP. Takie podejście uwzględnia tubylczy tytuł do terytorium i wynikającą z niego odrębność terytorialną ludności tubylczej, która realizuje prawo do samostanowienia politycznego, w przeciwieństwie do podejścia opartego na art. 1 ust. 2, ograniczonego do niepolitycznego samostanowienia wynikającego z praw człowieka⁸⁸. To drugie podejście prowadzi do wykształcenia tubylczego prawa do ziemi, a nie tytułu do terytorium. Krytyka Castellino nie jest całkowicie bezzasadna, ponieważ wiąże się z ewoluującym orzecznictwem Komitetu. W niedawno wydanej decyzji Komitet, rozpatrując w ramach skargi indywidualnej prawo Samów do samostanowienia, stwierdził, że „artykuł 27 Paktu, interpretowany w świetle Deklaracji Narodów Zjednoczonych o prawach ludów tubylczych i art. 1 Paktu, zawiera niezbywalne prawo ludów tubylczych do swobodnego określania swojego statusu politycznego i swobodnego

⁸⁶ Poma Poma v. Peru CCPR/C/95/D/1457/2006 (2009), <https://juris.ohchr.org/casedetails/1495/en-US> (dostęp: 17.05.2023).

⁸⁷ Human Rights Committee, Sixty-fifth session, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant Concluding observations of the Human Rights Committee, Canada, CCPR/C/79/Add.105, 7.4.1999, pkt 8 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F79%2FAdd.105&Lang=en (dostęp: 16.05.2023); Human Rights Committee, Sixty-seventh Session, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee, Norway, CCPR/C/79/Add. 112, 1.11.1999, pkt 17, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F79%2FAdd.112&Lang=en (dostęp: 16.05.2023).

⁸⁸ J. Castellino, *op. cit.*, s. 111.

dążenia do rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego; artykuł 1 Paktu i odpowiadające mu zobowiązania dotyczące jego realizacji są powiązane z innymi postanowieniami Paktu i regułami prawa międzynarodowego”⁸⁹.

Na poziomie regionalnym w sprawach dotyczących tubylczego tytułu do ziemi przoduje orzecznictwo Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Opiera się ono na „dynamicznej” interpretacji art. 21 amerykańskiej konwencji praw człowieka⁹⁰ (prawo do własności), uwzględniającej specyfikę tubylczego prawa do ziemi. W sprawie *Awas Tingni Community* Trybunał wskazał na okoliczność zmiany ostatecznej wersji art. 21 AKPC podczas prac nad konwencją. Zamiast „private property” w umowie znalazło się sformułowanie „his property”. Jednocześnie podniósł, że wykładnia AKPC ma charakter autonomiczny, niezależny od porządków prawa krajowego, natomiast umowy regulujące prawa człowieka są „żywymi instrumentami”, których interpretacja musi być dostosowana do zmieniających się okoliczności. Z tego też względu Trybunał uznał, że art. 21 MKPC potwierdza poza prawem indywidualnym kolektywne, czyli tubylcze prawo do własności. Trybunał wskazał jednocześnie różnicę między tym prawem a prawem indywidualnym, zauważając, że dla rdzennych mieszkańców związek z ziemią nie sprowadza się wyłącznie do posiadania i produkcji, ale poza materialnym ma także wymiar duchowy wynikający z tubylczego prawa zwyczajowego, który jest podstawą tytułu do ziemi. Dlatego uważa się, że Trybunał przyjął koncepcję własności kulturowej, w której ziemia jest koniecznym warunkiem przetrwania i odrębności kulturowej grupy⁹¹. Za tymże tytułem kryją się obowiązki państwa w postaci delimitacji, demarkacji i oznaczenia ziem tubylczych oraz ochrony tychże ziem przed ingerencją funkcjonariuszy państwa i osób trzecich zakłócającą właściwe tradycyjne korzystanie z tychże ziem przez uprawnionych do tego rdzennych mieszkańców⁹².

⁸⁹ Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2950/2017, Klemetti Käkkäläjärvä et al. (represented by the Saami Arvvut Organization) v. Finland (2018), <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjvfIjqiI84ZFd1DNP1S9EKoKnkOdpTiSVdp%2FqXAMrmXCMiCxtbK%2FuSJZMyENfBD6ogHAM8UoMHbBNWLwFFJx1zzPnPIDhZXRWtLJZkk5p3cfVD8n8pc%2FcPCu%2BCfXlt6w%3D%3D> (dostęp: 17.05.2023).

⁹⁰ American Convention on Human Rights „Pact of San José, Costa Rica”, San José 22.11.1969, UNTS 1979, vol. 1144, nr 17955, s. 144, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf> (dostęp: 17.05.2023); weszła w życie 18.07.1978.

⁹¹ L.L. Wiersma, *Indigenous Lands as Cultural Property: A New Approach to Indigenous Land Claims*, „Duke Law Journal” 2005, vol. 54, s. 1086.

⁹² Case of the *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment, 31.08.2001, pkt 145, 146, 148, 151, 153, http://oas.org/dil/XXXV_Course_IACHR_Case_Mayagna_v_Nicaragua_Luis_Toro.pdf (dostęp: 17.05.2023).

Powyższe cechy tubylczego tytułu do ziemi zostały potwierdzone przez Trybunał i Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka w innych sprawach⁹³. Co więcej, Trybunał w swoim orzecznictwie doprecyzował jeszcze niejasne postanowienia konwencji MOP nr 169 i deklaracji ONZ z 2007 roku w kwestii praw osób trzecich, stwierdzając, że wzorzec rozwiązywania konfliktów między prawami tubylczymi a prawami osób trzecich powinien być ściśle określony na poziomie prawa krajowego. Trybunał zauważył, że w przypadku ziem utraconych na skutek kolonizacji, co do których udowodniony zostanie tytuł, ustalenie praw tubylczych i praw bieżących właścicieli powinno następować *case-by-case*, nawet poprzez ograniczenie własności prywatnej czy też stosowne zadośćuczynienie pieniężne lub w formie nadania tytułu do innej ziemi⁹⁴. Trybunał nawiązywał w swoich orzeczeniach nie tylko do art. 1 i 27 MPPOiP, decyzji Komitetu Praw Człowieka ONZ, ale także do orzecznictwa krajowego, łagodząc przy tym wymogi dotyczące udowodnienia tytułu tubylczego w porównaniu z *common law*⁹⁵. Odniósł się także do projektów korporacji realizowanych w Ameryce Południowej, które zagrażają przetrwaniu ludności tubylczej, podkreślając konieczność każdorazowej konsultacji uwzględniającej rdzenne interesy⁹⁶.

Orzecznictwo Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, a w szczególności sprawa Awas Tingni Community, wywarło istotny wpływ na kierunek obrany przez Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów w sprawach dotyczących ziem tubylczych. Nie można powiedzieć, że na gruncie afrykańskim był to łatwy i krótkotrwały proces. Państwa afrykańskie bardziej sceptycznie i z większym oporem uznawały rdzenne prawa do ziemi, co przełożyło się także na znacznie ograniczony – w stosunku do regionu amerykańskiego – dorobek orzecznicy na poziomie

⁹³ Case of the Saramaka People v. Suriname, Judgment, 28.11.2007, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf (dostęp: 18.05.2023); Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment, 29.03.2006, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf (dostęp: 18.05.2023); Case of the Moiwana Community v. Suriname, Judgment, 8.02.2006, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf (dostęp: 18.05.2023); Mary and Carrie Dann v. United States, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002), <http://hrlibrary.umn.edu/cases/75-02a.html> (dostęp: 18.05.2023); Case of The Kaliña and Lokono Peoples V. Suriname, Judgment, 25.11.2015, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_ing.pdf (dostęp: 18.05.2023); Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, 17.06.2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf (dostęp: 18.05.2023).

⁹⁴ Zob. Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay.

⁹⁵ Zob. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Case of The Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname.

⁹⁶ Zob. Case of the Saramaka People v. Suriname.

krajowym, a w konsekwencji na poziomie regionalnym. W sprawach dotyczących ziem tubylczych Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów oraz Afrykańska Komisja Praw Człowieka w istocie powieliły rozwiązania wypracowane przez Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka, swobodnie i dość często powołując się na jego decyzje. Przyjęły, interpretując art. 14 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów⁹⁷ w kontekście art. 26 deklaracji ONZ z 2007 roku, że prawo do własności ma charakter nie tylko indywidualny, ale także kolektywny⁹⁸.

Koncepcja amerykańska, związana z tubylczym prawem do własności, nie znalazła natomiast aprobaty w ramach europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Tu ludność rdzenna musi nadal polegać na powszechnym systemie ochrony opartym na art. 1 i 27 MPPOiP. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie uznał w szczególności prawa do zwrotu ziemi tubylczej tradycyjnie wykorzystywanej⁹⁹ czy też roszczeń ludności tubylczej dotyczących potencjalnego tytułu do ziemi w oparciu o art. 1 protokołu pierwszego do europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (prawo do własności)¹⁰⁰. Trybunał strasburski nie poszedł zatem w ślady MTPC i zastosował statyczną i zawężającą interpretację art. 1 protokołu pierwszego, wykluczając z zakresu swojej jurysdykcji sprawy rdzennej ludności, które przed MTPC czy też ATPCiL miałyby duże szanse powodzenia¹⁰¹.

* * *

Niewątpliwie prawa ludności tubylczej zyskały w ostatniej dekadzie na znaczeniu na forum krajowym i międzynarodowym. Jedną z przyczyn jest coraz bardziej zglobalizowany świat, w którym informacje o dyskryminacji grup społecznych,

⁹⁷ African Charter on Human and Peoples' Rights, Nairobi 27.06.1981, UNTS vol. 1520, s. 217, weszła w życie 21.10.1986.

⁹⁸ Zob. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4.02.2010, pkt 190, <https://www.refworld.org/cases,ACH-PR,4b8275a12.html> (dostęp: 18.05.2018); African Commission on Human and Peoples' Rights v Kenya (merits) (2017) 2 AfCLR 9, pkt 122–131, <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/04/African-Court-Law-Report-Volume2-2017-2018.pdf> (dostęp: 18.05.2023).

⁹⁹ Decision as to the admissibility of application no. 18584/04 by Hingitaj 53 against Denmark, 12.01.2006, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72219> (dostęp: 18.05.2023).

¹⁰⁰ Decision Aas to the admissibility of Application no. 39013/04 by Handölsdalen Sami Village and Others against Sweden, 17.02.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91655> (dostęp: 17.05.2023); Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris 20.03.1952, ETS nr 9, wszedł w życie 18.05.1954.

¹⁰¹ G. Gismondi, *Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes Before the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol 1*, „Yale Human Rights & Development Law Journal” 2016, vol. XVIII, s. 25, 45–46.

w tym etnicznych, rozchodzą się błyskawicznie. W erze proliferacji praw człowieka takie sytuacje wymuszają na społeczności międzynarodowej i rządach odpowiednią reakcję. Jeszcze do lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku naruszenia praw człowieka miały miejsce za murami budowanymi na granicach państwowych, w więzieniach, rezerwach, domach dziecka czy też szkołach rezydencjalnych. Informacje o nich nie docierały do pozostałych zakątków świata. Karygodne traktowanie ludności tubylczej wynikało przy tym z powszechnej aprobaty dyskryminacji rasowej, która miała kolonialny rodowód. Była ona w sposób jawny, w publicznych wypowiedziach, podawana jako powód takiej, a nie innej polityki państw zmierzającej do zdominowania słabszych grup społecznych czy też słabszych narodów. Ostatnich wydarzeń związanych z oficjalnymi przeprosinami ludności tubylczej przez premierów Kanady i Australii za lata dyskryminacji rasowej nie należy traktować w sposób uproszczony i zbyt optymistycznie. Po trosze wynikały one ze zmiany pokoleniowej w polityce, której najlepszym przykładem jest postać premiera Kanady Justina Trudeau¹⁰² – syna byłego premiera Pierra Trudeau, który był zatwardziałym przeciwnikiem jakichkolwiek praw tubylczych, uważając, że w Kanadzie po prostu nie ma rdzennych mieszkańców. W dużej mierze są one jednak wynikiem „eksplozji” praw człowieka, która wymusza na rządach, nadal zdominowanych przez potomków pierwszych kolonizatorów, określone działania, pod jednoczesnym naporem wychodzącej z cienia rdzennej elity intelektualnej. Teraz po prostu nie da się już nic ukryć.

Powyższe uwagi ułatwiają zrozumienie procesu emancypacji ludności tubylczej oraz powolnej ewolucji tubylczego prawa do ziemi, do której należy podchodzić sceptycznie, z perspektywy zdominowanej rdzennej ludności, a nie bezkrytycznie, jedynie z punktu widzenia idei praw człowieka. Proces kształtowania tubylczego tytułu do ziemi jest rezultatem ścierania się dwóch przeciwstawnych interesów ekonomicznych – tubylczego i państwowego. Nie trudno zgadnąć, kto w tym konflikcie jest silniejszy, czego niepodważalnym dowodem jest uprawnienie ustawodawcy krajowego do uchylecia tubylczego tytułu do ziemi w każdym czasie. Dlatego w chwili obecnej głosy wieszczące zwyczajowy charakter tubylczego prawa do ziemi w porządku prawa narodów uznać należy za przedwczesne, tak jak i stanowiska opierające tubylczy tytuł do terytorium na prawie narodów do samostanowienia politycznego. Po pierwsze, między praktyką państw w tym zakresie zachodzą istotne różnice (np. *aboriginal title* w Kanadzie a *native title*

¹⁰² W dniu 24 listopada 2017 roku premier Kanady złożył oświadczenie (przyjęte osobiście przez Inuitę Tobiego Obeda), w którym przeprosił rdzennych mieszkańców Kanady za politykę asymilacji, nota bene prowadzoną między innymi przez jego ojca (<https://pm.gc.ca/en/news/news-releases/2017/11/24/prime-minister-delivers-apology-former-students-newfoundland-and>).

w Australii). Po drugie, praktyka organów międzynarodowych również nie jest jednolita (por. orzecznictwo MTPC a podejście ETPC). Po trzecie, regulacje międzynarodowoprawne albo mają charakter *soft law* (deklaracja ONZ z 2007 r., amerykańska deklaracja praw ludów tubylczych), albo wiążą bardzo małą grupę państw (konwencja MOP nr 169), albo mają charakter regionalny (amerykańska deklaracja). Po czwarte, nie są one dostatecznie jasne w kwestii relacji między prawem tubylczym a prawami osób trzecich. Po piąte, opinie naukowców na temat zwyczajowego charakteru tubylczego prawa do ziemi zdarzają się raczej sporadycznie¹⁰³. Po szóste, brakuje jednoznacznej wypowiedzi MTS w tej kwestii, choć nie trudno zauważyć, że organ ten zaczął dostrzegać problem (zob. *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea, Nicaragua v. Colombia*).

Biorąc pod uwagę powyższe, na postawione we wstępie artykułu pytania należy odpowiedzieć następująco: 1) niewątpliwie w kształtowaniu tubylczego prawa do ziemi na forum międzynarodowym dominuje podejście prawnocłowiecze, niekiedy tylko wspierane argumentacją o kolonialnej niesprawiedliwości; 2) w państwowocentrycznej społeczności międzynarodowej i porządku międzynarodowym nie ma na dzień dzisiejszy miejsca dla suwerenności tubylczej i tubylczego tytułu do terytorium opartego na samostanowieniu politycznym, dlatego należy raczej mówić o tubylczym tytule do ziemi związanym z prawem do własności kolektywnej; 3) w krajach osadniczych i postkolonialnych rozwinęło się bogate, acz nie do końca jednolite orzecznictwo sądowe, na które (poza Kanadą) istotny wpływ wywarła sprawa Mabo No. 2; w orzecznictwie międzynarodowym przoduje Komitet Praw Człowieka ONZ oraz MTPC; o ile trudno jest rozważać o zwyczaju powszechnym w oparciu o decyzje Komitetu (raczej chodzić tu może o „elastyczną” wykładnię art. 27 w zw. z art. 1 ust. 2 MPPOiP), o tyle orzecznictwo MTPC i co do zasady jednolita praktyka państw południowoamerykańskich (związana chociażby z akceptacją konwencji MOP nr 169 czy też aprobatą wyroków MTPC) mogą uzasadniać pogląd o ukształtowaniu w Ameryce Południowej regionalnego zwyczaju w zakresie tubylczego tytułu do ziemi i tubylczego prawa do własności; zwyczaj taki należy traktować jako *in statu nascendi* na kontynencie afrykańskim.

¹⁰³ Zob. J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford 2000, s. 107; G. Pentassuglia, *op. cit.*, s. 196; S. Korman, *op. cit.*, s. 462; J. Anaya, R.A. Williams, *The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, „Harvard Human Rights Journal” 2001, vol. 14, s. 54–55.

Streszczenie

Kolonializm wiązał się z ekspansją terytorialną państw europejskich w Syberii, na północy Skandynawii, w Ameryce Północnej i Południowej, Afryce oraz Australii i Nowej Zelandii. Sprowadzał się do rozciągania zwierzchnictwa terytorialnego państw kolonialnych, a w konsekwencji nadawania indywidualnej własności prywatnej na obszarach należących w okresie przedkolonialnym do rdzennej ludności. Od przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX wieku, czyli od przyjęcia konwencji MOP nr 169 i wyroku sądu australijskiego w sprawie Mabo No. 2, w ramach porządków krajowych i międzynarodowego toczy się dyskusja na temat tzw. tubylczego prawa do ziemi. W dyskursie zauważyć można dwa podejścia: „mainstreamowy” (skupia się na uzasadnianiu tytułu tubylczego w oparciu o prawa człowieka i istniejący porządek prawa narodów lub common law) oraz krytyczny (zwracający uwagę na, wynikającą z krytyki wielowiekowego kolonialnego porządku prawnego, odrębność tubylczego systemu prawnego i pojęcia suwerenności tubylczej). Zakładając pierwsze rozwiązanie, można mówić o „tubylczym prawie do ziemi”, gdzie „ziemia” jest przedmiotem prawa rzeczowego na terytorium państwa. Zakładając drugie rozwiązanie, trzeba wskazać, że powrót do pierwotnej przedkolonialnej suwerenności w ramach prawa do samostanowienia wiąże się już z „tubylczym tytułem do terytorium”, gdzie „terytorium” jest przedmiotem zwierzchnictwa ludu tubylczego w formie określonej przez prawo międzynarodowe. Po analizie orzecznictwa i prawa krajowego oraz orzecznictwa i prawa międzynarodowego stwierdzić należy, że przeważa obecnie podejście „mainstreamowe” obejmujące „elastyczną” wykładnię art. 2 ust. 2 i 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz regionalnych regulacji potwierdzających prawo do własności, z tym że trudno jest na dzień dzisiejszy konstruować na ich podstawie powszechny zwyczaj międzynarodowy. Nie ma w tym zakresie jednolitej i powszechnej praktyki sądów krajowych i międzynarodowych. Co najwyżej można bronić poglądu o ukształtowaniu w Ameryce Południowej regionalnego zwyczaju dotyczącego tubylczego tytułu do ziemi i tubylczego kolektywnego prawa do własności. Zwyczaj taki należy traktować jako *in statu nascendi* na kontynencie afrykańskim.

Słowa kluczowe: prawa człowieka, tytuł tubylczy, ziemia, terytorium, ludy tubylcze

The Aboriginal Title to – Land or Territory?

Abstract

Colonialism involved the territorial expansion of European states in Siberia, northern Scandinavia, North and South America, Africa, Australia and New Zealand. It involved the extension of the territorial sovereignty of colonial states, and finally granting of individual private property in areas belonging to indigenous peoples in the pre-colonial period. Since the late 1980s and early 1990s, i.e. since the adoption of ILO Convention No. 169 and the the Mabo No. 2 judgment, there has been a discussion within national and international

orders about the so-called indigenous right to land. Two approaches can be noted in the discourse: “mainstream” (focusing on justifying indigenous title on the basis of human rights and the existing order of the law of nations or common law) and critical (drawing attention to the identity of the indigenous legal system and the concept of indigenous sovereignty because of criticism of the colonial legal order). Assuming the first solution, it is possible to talk about an “indigenous right to land”, where “land” is the subject of a property right in the territory of the state. Assuming the second solution, on the other hand, a return to the original pre-colonial sovereignty within the framework of the right to self-determination is already associated with the “indigenous title to territory”, where “territory” is the subject of the sovereignty of the indigenous people as defined by international law. After analyzing case law and domestic law, as well as international jurisprudence and law, it should be concluded that the “mainstream” approach currently prevails. It involves a “flexible” interpretation of Articles 2(2) and 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights and regional regulations that confirm the right to property. However it is difficult to construct a universal international custom on their basis. There is no uniform and universal practice of national and international courts. At most, there can be defended the view of the formation of a regional custom in South America regarding indigenous title to land and indigenous collective right to property. Such custom should be regarded as *in statu nascendi* on the African continent.

Key words: human rights, indigenous title, land, territory, indigenous peoples

