

ÉTUDES EN L'HONNEUR
D'ALAIN FENET

UN DROIT POUR DES HOMMES LIBRES

Sous la direction
d'Anne-Sophie LAMBLIN-GOURDIN
et d'Éric MONDIELLI

CDMO-CRUCÉ-DCS



Avertissement de l'éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure ci-dessus mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Cette œuvre est protégée dans *toutes ses composantes* (y compris le *résultat* des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la *consolidation* des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

© LexisNexis SA, 2008

ISBN 978-2-7110-0911-4

DROIT INTERNATIONAL ET DROITS TERRITORIAUX DES PEUPLES AUTOCHTONES : UN TERRAIN MOUVANT¹

Geoffroy FILOCHE

La problématique de l'autochtonie est intrinsèquement liée à la question du territoire entendu comme cadre de vie et comme support d'un certain développement. Selon l'*Étude du problème de discrimination à l'encontre des populations autochtones* (associée au nom d'un rapporteur spécial auprès des Nations unies, José Martínez Cobo), « Les populations autochtones sont constituées par les descendants actuels des peuples qui habitaient l'ensemble ou une partie du territoire actuel d'un pays au moment où sont venues d'autres régions du monde des personnes d'une autre culture ou d'une autre origine ethnique qui les ont dominés et les ont réduits, par la conquête, l'implantation de population ou d'autres moyens, à un état de non-domination ou colonial ; elles vivent actuellement davantage selon leurs propres coutumes et traditions sociales, économiques et culturelles, que selon les institutions du pays dont elles font maintenant partie, sous une structure étatique qui est essentiellement l'expression des caractéristiques nationales, sociales et culturelles d'autres couches, prédominantes, de la population.² »

Ainsi, le territoire, en soi, est un élément de définition de l'autochtonie : les peuples autochtones le sont parce qu'ils sont intimement inscrits dans un territoire donné. Mais il est également la revendication majeure de ces peuples : il s'agit de se voir reconnaître des droits territoriaux pour pouvoir se perpétuer en tant que groupe et pour avoir une base matérielle, un « capital », permettant, dans une certaine mesure, de s'intégrer, entre autres économiquement, au monde moderne.

Après une longue période de revendications portées par des organisations indigénistes et des ONG œuvrant dans le champ de la protection de l'environnement,

-
1. Ce texte s'inspire de mon ouvrage *Ethnodéveloppement, développement durable et droit en Amazonie* (Bruylant, Bruxelles, 2007), issu d'une thèse de doctorat, soutenue en 2005 à l'université de Nantes, dont le jury était présidé par Alain Fenet. Que ces lignes soient le témoignage de mes remerciements les plus chaleureux et de ma considération la plus évidente pour tous nos échanges autour de ce travail et autour du droit international en général.
 2. E/CN.4/Sub.2/L.566, § 34, 1972.

des cadres juridiques internationaux ont été instaurés pour reconnaître les droits territoriaux des peuples autochtones. Mais cette reconnaissance est, à l'image d'un terrain mouvant, mal stabilisée, et donc susceptible d'interprétations et concrétisations bien différentes, voire contradictoires.

D'abord, la notion de « droits territoriaux » est problématique au regard du droit international classique. En effet, les droits territoriaux impliquent non seulement des droits relatifs à la détention et à la jouissance des terres et ressources naturelles, mais aussi des droits politiques qui impliquent un certain partage du pouvoir décisionnel avec l'État : le territoire autochtone est en effet un espace régulé par les communautés elles-mêmes, en fonction de leurs normes propres, et en fonction des projets de territoire qu'elles pourront amorcer. Ensuite, le droit international relatif aux droits territoriaux autochtones est un terrain mouvant parce qu'il existe différentes sources juridiques qui s'attachent à réglementer ce domaine. En fonction des textes et des interprétations de la part des instances autorisées, les droits n'ont pas la même valeur dans la hiérarchie des normes. Enfin, les droits territoriaux se déclinent à l'envi en fonction d'impératifs d'intérêt général. Ces droits ne sont donc pas donnés une fois pour toutes : ils dépendent d'un contexte, et sont juridiquement conditionnés par l'existence tant d'intérêts économiques que de politiques de protection de l'environnement. Des contradictions majeures peuvent alors être relevées. D'un côté, les droits peuvent avoir pour effet de protéger intégralement les ressources et la culture « traditionnelle » des communautés, alors que celles-ci peuvent souhaiter amorcer certains processus de développement. De l'autre, les terres et ressources autochtones sont ouvertes aux entreprises extérieures, alors que ces dynamiques ont d'importantes répercussions sur les structures sociales et écologiques qui ne sont que peu régulées par le droit.

Dès lors, deux axes de réflexion peuvent être tracés. D'une part, il s'agit de se demander dans quelle mesure le droit international permet la *continuité territoriale* des peuples premiers : quelles sont les garanties foncières dont disposent ces populations ? Et dans quelle mesure les conceptions autochtones de la territorialité sont-elles reconnues ?

D'autre part, il s'agit de s'interroger sur la marge de manœuvre des Autochtones dans la *définition des modes de valorisation du territoire* : dans quelle mesure les communautés peuvent-elles jouir des ressources présentes sur leurs terres, amorcer des processus de développement, et les adapter à leurs propres capacités et besoins ? Et dans quelle mesure peuvent-elles sinon empêcher les processus de développement impulsés de l'extérieur, du moins participer à la régulation de ces processus et aux bénéfices qui sont générés ?

I. – RECONNAISSANCE DE LA CONTINUITÉ TERRITORIALE : DES DROITS ABSOLUS ?

Tout en relevant de la problématique plus vaste de la reconnaissance des collectivités non étatiques, la question autochtone a pour spécificité de mettre en jeu le rapport historique de ces peuples avec leur territoire, lui-même inscrit dans le territoire

de l'État sur lequel ils vivent à présent. Le territoire constitue dès lors une certaine légitimation d'une position particulière des peuples autochtones dans l'ordre international (A).

Par là même, le territoire autochtone fait l'objet de tentatives de conceptualisation spécifique : l'objectif est alors de le soustraire du régime foncier de droit commun, et ainsi de valider juridiquement, notamment, son caractère collectif et inaliénable (B).

A. – Le territoire comme légitimation des peuples autochtones dans l'ordre international

Contrairement aux minorités chères à Alain Fenet, les peuples autochtones entretiennent avec l'État un rapport non pas d'assimilation mais de coexistence précaire, fondé sur un héritage particulier dans le domaine des relations internationales, aux effets juridiques certains. L'enjeu principal de ces derniers réside dans l'existence de revendications territoriales concurrentes, opposant une forme de titre historique – tel que le droit ancestral, ou « titre aborigène » (*native title*) en *common law* – à la souveraineté présumée absolue de l'État³.

S'il n'existe pas formellement de catégorie comparable au « titre aborigène » en droit romain, l'internationalisation récente des revendications des Autochtones a fait que ceux-ci ont su faire appel à un capital moral et symbolique qui a renforcé leur puissance subjective, pour ensuite opérer un renversement du rapport de forces avec la société dominante⁴. Ils ont exploité pour ce faire un sentiment d'injustice relié au passé colonial et impérialiste des puissances européennes. Ainsi, à l'instar des récits juridiques qui ont permis l'appropriation par les Européens de *terra* qui n'étaient en aucun cas *nullius* et qui étaient déjà possédées et mises en valeur, les histoires autochtones cherchent, en s'orientant progressivement vers une argumentation juridique formelle et rigoureuse fondée sur l'antériorité et la continuité territoriales de ces sociétés, à permettre à celles-ci de se réapproprier leurs terres spoliées et leurs destinées bouleversées par l'Histoire, sur le fondement des « droits ancestraux ».

Mais, d'une part, l'Histoire a fait son œuvre. Même si l'on considère que « *legal rights survive cultural change* », le fait qu'une nouvelle population majoritaire se soit formée dans le cadre d'un État signifie que les droits préexistants ne peuvent pas être entièrement restaurés⁵. D'autre part, les Autochtones doivent inscrire leurs histoires, récits différentiels, à même les règles juridiques internationales qui véhiculent les valeurs de la culture dominante. Or, celle-ci a réussi à écarter, jusqu'à ce

3. V. G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, « Peuple autochtone » et « minorité » dans les discours juridiques : imbrications et dissociations : *Rev. interdisciplinaire d'études jur.*, n° 45, 2000.

4. V. I. DUPLESSIS, *Quand les histoires se font globales. L'exemple de l'internationalisation des revendications autochtones* : *Droit et cultures*, 40 (2), 2000, p. 111.

5. V. D. SANDERS, *Self-determination and indigenous peoples* : in C. TOMUSCHAT (éd.), *Modern Law of Self-Determination*, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1993.

jour, les récits différentiels portés par des groupes minoritaires ou marginalisés sur le territoire de l'État souverain, ainsi que les récits émancipateurs portés par des peuples ancrés depuis des temps immémoriaux dans un territoire donné. D'ailleurs, l'imbrication du concept de peuple autochtone dans le modèle des minorités, assurant à l'État sa qualité de principal sujet de droit international et visant à freiner les velléités indépendantistes de certains groupes de population, a eu pour conséquence que, dans le droit contemporain, la tendance est à situer tout groupe quel qu'il soit dans le cadre d'un État donné. De ce fait, la prise en considération des différences, souvent d'ordre culturel, ne peut relever que d'actions positives ou négatives des pouvoirs publics, qui restent les seuls compétents en la matière⁶.

Si l'émergence des peuples autochtones comme acteurs et bénéficiaires potentiels de l'action normative internationale a lancé un défi au droit dans son essence et dans sa pratique, la communauté internationale et les États-nations se montrent singulièrement réfractaires à engager le débat de prime abord sur le plan strictement juridique. En d'autres termes, les États, stratégiquement, préfèrent faire dériver les droits applicables aux populations autochtones des spécificités culturelles que celles-ci veulent voir reconnaître et promouvoir par les pouvoirs publics, plutôt que de les fonder sur une occupation historique des terres antérieure à la colonisation (droits ancestraux), ou sur des instruments juridiques (traités et « arrangements constructifs ») négociés et signés sur un pied d'égalité à l'époque coloniale et contemporaine. À l'époque coloniale, des relations diplomatiques et juridiques ont en effet été nouées avec les peuples du monde entier, même si ce n'était pas le but premier des colons. Il existait ainsi un système universel du droit des gens qui était une réalité juridique autonome à laquelle concouraient diverses traditions de provenance européenne et non européenne. Les relations entre États ou entités similaires se développaient, au moins théoriquement, sur un pied d'égalité, au gré des batailles militaires et commerciales menées par les Européens. La doctrine de la *terra nullius* était supplantée par la réalité du terrain, les colonisateurs et les marchands devant composer avec les populations vivant sur les lieux⁷. De fait, selon la Cour internationale de justice, « quelles qu'aient pu être les divergences d'opinion entre les juristes, il ressort de la pratique étatique de la période considérée [la seconde moitié du XIX^e siècle] que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*. On estimait plutôt en général que la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec les chefs locaux [...]. On voyait dans ces accords avec les chefs locaux, interprétés ou non comme opérant

6. V. A. FENET, G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, *Le droit et les minorités*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2000.

7. Selon D. DÖRR, *Les peuples sauvages et le droit international* : in I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Altérité et droit. Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, Bruxelles, 2002, on peut fortement douter que la doctrine de la communauté des seules nations « civilisées » (à l'exclusion des autres) ait jamais représenté le droit international en vigueur à l'époque.

une cession effective du territoire, un mode d'acquisition dérivé et non pas des titres originaires acquis par l'occupation d'une *terra nullius* »⁸.

Les populations concernées par cet avis consultatif sont nomades. Dès lors, à l'encontre de ce que prescrivait à l'époque une certaine doctrine internationaliste (De Rayneval notamment), les sociétés autochtones itinérantes avaient bien elles aussi la propriété de leurs terres, et pouvaient traiter sur un pied d'égalité avec les puissances coloniales. Mais si la notion de *terra nullius* appliquée aux terres autochtones est globalement abandonnée par le droit international contemporain, la qualité de sujet de droit international disposant de la capacité de contracter avec les puissances coloniales ou nationales et de créer ainsi le droit applicable à ces relations n'est pas véritablement remise en vigueur. En effet, dès lors que les États modernes ont pris l'envergure que l'on sait, au début du XIX^e siècle, ce processus d'élaboration normative réciproque est venu à son terme, conduisant à une véritable occidentalisation du droit des gens et à l'abandon d'une tradition universaliste séculaire fondée sur la doctrine du droit naturel⁹.

Toutefois, les instruments juridiques contemporains ainsi que certaines institutions internationales tentent de formaliser juridiquement une catégorie « territoire autochtone » qui à la fois relie les Autochtones à leur terre et induit des droits plus importants que ceux auxquels peuvent prétendre d'autres secteurs de la population d'un État.

B. – Les spécificités de la catégorie juridique « territoire autochtone »

Il est essentiel de s'interroger sur la valeur juridique des droits territoriaux autochtones : dans quelle mesure ces droits priment-ils ceux des non-autochtones dans l'allocation des terres ? Par ailleurs, les caractères inaliénable et collectif du territoire, revendications majeures, sont-ils bien entérinés ?

La Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT) entérine des droits globalement ambigus¹⁰. D'une part, les droits reconnus au profit des Autochtones sont imprécis, et il est difficile de dire si leur rapport à la terre est sécurisé. D'autre part, les obligations à la charge de l'État, soit sont très lâches (lorsqu'il s'agit d'obligations de moyens), soit laissent à cet État une grande marge

8. CIJ, « Avis consultatif – Sahara occidental », 1975 : *Recueil des arrêts 1975-1980*, p. 31.

9. V. M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, La Découverte, Paris, 1995.

10. La Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, adoptée en 1989, entrée en vigueur en 1991, a été ratifiée par quinze États : Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Danemark, Équateur, Fidji, Guatemala, Honduras, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Paraguay, Pérou et Venezuela. La Convention 169 a remplacé la Convention n° 107 concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, adoptée en 1957, entrée en vigueur en 1959, critiquée pour son ton paternaliste et ses visées assimilationnistes. D'un texte visant l'assimilation et l'égalité des droits des Autochtones au même titre que l'ensemble des citoyens de l'État, on est passé à un texte préconisant le maintien et le développement des peuples autochtones en tant que collectivités distinctes dans le cadre des États où ils vivent aujourd'hui.

d'appréciation (lorsqu'il s'agit d'obligations de résultat), ce qui a pour but de relativiser encore plus l'effectivité des droits reconnus. Enfin, beaucoup de droits attribués aux Autochtones sont plus procéduraux que substantiels : leur issue n'est jamais véritablement prévisible, même *a minima*.

En vertu de l'article 13, « [...] les Gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les lieux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation »¹¹. D'après certains, les Autochtones sont titulaires d'un type de droit différent de celui existant pour le reste de la population nationale, en ce sens que le droit se doit d'être reconnu et non octroyé, et que la forme de ce droit « préexistant » n'a pas été définie pour pouvoir s'appliquer à tous les cas et pour s'accommoder des systèmes fonciers autochtones très divers¹². Toutefois, le paradoxe potentiel résultant de cette absence de définition précise de la « relation » entretenue avec le territoire, et de cette absence de définition du droit des Autochtones sur leurs terres, est que l'État, lors de la concrétisation juridique de ce titre générique, peut moduler l'importance des prérogatives se rattachant aux titulaires d'un tel droit.

Ce droit requiert néanmoins, au moins potentiellement, des actions positives de la part de l'État, en terme d'accession juridique privilégiée, mais non exclusive¹³, à la propriété ou possession des terres (art. 14) : « § 1) les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés. En outre, des mesures doivent être prises dans les cas appropriés pour sauvegarder le droit des peuples intéressés d'utiliser les terres non exclusivement occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leurs activités traditionnelles et de subsistance. Une attention particulière doit être portée à cet égard à la situation des peuples nomades et des agriculteurs itinérants; § 2) les Gouvernements doivent en tant que de besoin prendre des mesures pour identifier les terres que les peuples intéressés occupent traditionnellement et pour garantir la protection effective de leurs droits de propriété et de possession. » L'utilisation du présent de l'indicatif (« qu'ils occupent traditionnellement ») semble suggérer que l'occupation doit être impérativement connectée avec le présent pour entraîner des effets juridiques. Toutefois, à la lumière de l'article 13 sur l'importance culturelle de l'environnement, une connexion suffisante

11. L'article 13 (§ 2) dispose que « l'utilisation du terme "terres" [...] comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière ».

12. V. entre autres L. SWEPSTON, *The ILO indigenous and tribal peoples Convention (n° 169) : eight years after adoption* : in C. PRICE COHEN (éd.), *Human Rights of Indigenous Peoples*, Transnational Publishers, Ardsley (New York), p. 25.

13. Selon G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1996, p. 28, il faut voir dans cet article 14 la volonté de reconnaître une simple maîtrise fruitière autochtone, indépendante de tout mode d'appropriation exclusive de l'espace foncier.

peut être établie par une continuité culturelle avec des terres perdues, particulièrement si la dépossession est intervenue récemment¹⁴.

En tout état de cause, la restitution des terres autochtones n'est, explicitement, pas la conséquence d'un droit originel de ces peuples sur leurs terres ancestrales¹⁵. Elle est plutôt la conséquence d'une obligation à la charge de l'État d'établir des procédures adéquates. Celles-ci doivent être instituées dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés (art. 14, § 3). Ainsi, on peut déceler ici une certaine incohérence juridique entre les paragraphes 1 et 2 et le paragraphe 3 de l'article 14. Les droits des peuples autochtones sur leurs terres (tels que désignés au paragraphe 1), ne semblent finalement pas avoir de substance réelle, et encore moins pouvoir être opposables aux États, étant donné que ce sont ceux-ci qui doivent prendre des mesures « en tant que de besoin » (§ 2), et étant donné surtout que toutes les terres peuvent faire l'objet de procédures pour trancher les revendications sur ces terres. Des non-autochtones pourront dès lors toujours faire valoir des intérêts relatifs aux terres que les Autochtones revendiquent à titre ancestral (§ 3).

Par ailleurs, quand bien même des titres leur sont reconnus, la continuité territoriale des peuples autochtones n'est pas absolument stable. En effet, si le principe est bien que les peuples autochtones ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent (art. 16, § 1), l'exception prévue par le paragraphe 2, telle que formulée, semble pouvoir être aussi fréquente que le principe, étant donné la faiblesse formelle des garanties juridiques. Certes, lorsque le déplacement et la réinstallation des Autochtones sont jugés nécessaires « à titre exceptionnel », ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Mais lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ce déplacement et cette réinstallation peuvent avoir lieu, ici encore, à l'issue de procédures appropriées « établies par la législation nationale » et comprenant, « s'il y a lieu », des enquêtes publiques où les peuples intéressés ont la possibilité d'être représentés de façon efficace. Les causes possibles du déplacement ne sont pas évoquées, les participants à la rédaction de la Convention ayant jugé que les énumérer aurait pu revenir à les valider. Toutefois, l'article 16, § 2, ne constitue nullement une garantie absolue, en ce qu'il envisage simplement que les Autochtones « doivent être représentés efficacement au cours des procédures conduisant à cette issue »¹⁶ du déplacement. Toutefois, en vertu du paragraphe 3, et « chaque fois que c'est possible », ils « doivent avoir le droit de retourner sur leurs terres traditionnelles », dès que les raisons qui ont motivé leur déplacement et leur réinstallation cessent d'exister. Néanmoins, selon le paragraphe 4, dans le cas où un tel retour n'est pas possible – ainsi qu'il sera déterminé par un accord ou, en l'absence d'un tel accord, au moyen

14. V. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2004.

15. V. S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Cuadernos Internacionales 2, Universidad Autónoma de Madrid, Dykinson, 2001, p. 108.

16. V. N. ROULAND (dir.) et a., *Droit des minorités et des peuples autochtones*, PUF, Paris, 1996, p. 478. Ainsi, une référence à un arbitrage indépendant aurait été plus effective dans ce contexte.

de procédures appropriées – ces peuples doivent recevoir, « dans toute la mesure possible », des terres de qualité et de statut juridique au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement et leur permettant de subvenir à leurs besoins du moment et d'assurer leur développement futur. Lorsque les peuples intéressés expriment une préférence pour une indemnisation en espèces ou en nature, ils doivent être ainsi indemnisés, sous réserve des garanties appropriées. Enfin, d'après le paragraphe 5, les personnes ainsi déplacées et réinstallées doivent être « entièrement indemnisées de toute perte ou de tout dommage subi par elles de ce fait ». Ainsi est accréditée l'idée selon laquelle, d'une part tout est monnayable, même le rachat de la matrice territoriale d'une culture donnée, et d'autre part tout préjudice, même celui résultant de la perte de repères fondamentaux, peut être réparé.

Le Comité des droits de l'Homme, ainsi que la Commission et la Cour inter-américaines des droits de l'Homme donnent beaucoup plus de profondeur aux droits territoriaux autochtones.

Dans les deux cas *Länsmann c/ Finlande*¹⁷, le Comité des droits de l'Homme (CDH), après une argumentation enracinant littéralement la culture des Autochtones dans la terre qu'ils utilisent, pose le principe suivant, sur le fondement de l'article 27 du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques¹⁸ : les États doivent ainsi protéger de manière active les éléments culturels que constituent les modalités d'utilisation de la terre par les Autochtones, que ces États reconnaissent ou non des droits de propriété ou de jouissance des terres et des ressources naturelles. La relation établie ici entre la culture autochtone et les terres ancestrales semble de ce fait être située au-delà du droit étatique. En 2000, le Comité des droits de l'Homme a affiné son interprétation des droits autochtones et des obligations étatiques correspondantes. Concernant la situation en Australie, il a affirmé que l'article 27 requiert que les mesures nécessaires soient prises par l'État pour restaurer et protéger les titres et intérêts des personnes autochtones sur leurs terres ancestrales. L'article 27 requiert également que soient rendues possibles la continuité et la soutenabilité – mais dans quel sens ce terme est-il utilisé, et comment faire pour y parvenir ? – des formes économiques traditionnelles (chasse, pêche, cueillette) des Autochtones¹⁹.

Les instances œuvrant dans le cadre du système de l'Organisation des États américains vont encore plus loin dans le rattachement de la situation juridique des peuples autochtones au niveau proprement international. D'abord, la Commission

17. Commentés notamment dans S. J. ANAYA et 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*, vol. 14, 2001, p. 51.

18. « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »

19. V. not. M. COLCHESTER (éd.), *A Survey of Indigenous Land Tenure. A Report for the Land Tenure Service of the Food and Agriculture Organization*, Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh, 2001, p. 11.

interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) relativise la notion même de propriété. Elle rattache expressément la propriété – telle que protégée par la Convention américaine des droits de l'Homme (art. 21) et par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme (art. XXIII) – aux régimes de propriété qui dérivent des systèmes coutumiers autochtones de tenure foncière, et ceci indépendamment du fait que ces régimes soient reconnus officiellement par l'État. Le raisonnement de la Commission est intéressant : le fait d'exclure ces régimes de propriété perpétuerait en effet la discrimination historiquement perpétrée à l'encontre de ces peuples, alors que la non-discrimination est l'un des piliers du système interaméricain de protection des droits de l'Homme²⁰. De fait, au caractère *sui generis* des régimes de propriété autochtone est également adjoint le caractère *juris generis*, en ce que d'une part un nombre croissant d'États (surtout le Canada et l'Australie) et d'institutions interétatiques (OEA) reconnaissent les mythes, témoignages oraux, connaissance de la topographie, inventaires et classifications des espèces animales et végétales, comme preuve que leurs régimes de propriété sont juridiquement existants. D'autre part, ces régimes de propriété n'ont pas besoin de l'ordre juridique étatique pour être juridiquement valides.

Ce dernier principe a été explicitement établi par la suite. Le cas *Awas Tingni*, transféré par la Commission à la Cour interaméricaine des droits de l'Homme en 1998, est relatif à la violation des droits de la Comunidad Indígena Mayagna par le Gouvernement du Nicaragua, du fait de l'absence de démarcation et de reconnaissance officielle du territoire de cette communauté, et du fait de l'octroi de concessions forestières à des tiers sans même consulter cette communauté²¹. Tant le raisonnement que les conclusions de la Commission et de la Cour sont révélateurs du statut juridique privilégié que ces institutions veulent conférer aux Autochtones. Selon ces instances, les droits de propriété des Autochtones découlent directement de leurs propres formes de tenure foncière, ainsi que de l'occupation et l'utilisation traditionnelle de ces terres : les États ne font donc rien d'autre que confirmer et garantir des droits préexistants. Ainsi, d'après la Cour, « étant un produit de la coutume, la possession de la terre doit suffire à donner aux communautés autochtones n'ayant pas de titre sur leur terre le droit d'obtenir la reconnaissance et l'enregistrement officiels de leurs droits de propriété ».

La Cour ajoute ensuite que l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires pour atteindre cet objectif, tout en faisant en sorte que ces mesures soient en accord avec le droit coutumier, les valeurs et les usages de ces peuples.

Les instruments internationaux non contraignants vont dans le même sens d'un lien indissoluble entre les peuples premiers et leur territoire, réitérant d'ailleurs dans un même texte des idées souvent similaires. Ainsi, la Déclaration des Nations

20. V. S. J. ANAYA et R. A. WILLIAMS, *loc. cit.*, p. 42-48.

21. La violation alléguée concerne les articles 1^{er} (obligation pour l'État de respecter les droits inscrits), 2 (obligation d'adopter des dispositions en droit interne), 21 (droit à la propriété privée) et 25 (droit à la protection judiciaire) de la Convention américaine des droits de l'Homme. V. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser. L/VII.108, doc. 63, 19 oct. 2000.

unies sur les droits des peuples autochtones²² dispose dans son article 10 que ces peuples 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 concernés et un accord sur une indemnisation juste et équitable et, lorsque cela est possible, la faculté de retour. D'après l'article 26, « les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis; [ils] ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis; les États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés ».

Puis les obligations de l'État sont énumérées. En vertu de l'article 27, les États « mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus ». Enfin, d'après l'article 28, des mesures visant à réparer les spoliations historiques sont prévues : les peuples premiers 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. Par ailleurs, « 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 ». On voit bien alors que la restitution des terres ancestrales et des ressources naturelles situées sur ces terres est consacrée comme un droit dont sont titulaires les peuples autochtones, et non comme une simple obligation étatique, ce qui semble attester, sinon la présence, du moins la préexistence des droits autochtones.

Le projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples indigènes²³ consolide également la « présence juridique » des Autochtones. En effet, l'article 18, § 3, dispose que lorsque les droits de propriété et d'usage des peuples autochtones proviennent de droits préexistants à l'État, celui-ci doit reconnaître ces titres comme

22. Adoptée le 13 septembre 2007 par la Résolution A/Res/61/295 de l'Assemblée générale des Nations unies.

23. Tel qu'approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, le 26 février 1997, dans sa session 1333a.

étant permanents, exclusifs, inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. De plus, ces titres ne peuvent être modifiés que d'un commun accord entre l'État et les peuples concernés, avec la pleine connaissance et la compréhension par ceux-ci de la nature et des attributs de cette propriété²⁴.

Il est intéressant de se rendre compte de la façon dont ces principes pas toujours compatibles ont pu être appliqués au niveau étatique. L'Équateur, jusqu'à l'adoption de la Constitution de 1998, reconnaissait la maîtrise collective des terres indigènes, mais dans le cadre du Code civil²⁵. L'État a ainsi transféré des terres à un nombre important de communautés autochtones, en suivant les mêmes procédures agraires que celles prévues pour les remises de titres individuels, et en appliquant à ces communautés, non reconnues officiellement, diverses figures juridiques de droit commun (*comunias, centros*, et, dans une moindre mesure, *cooperatives*). Si ces figures juridiques impliquaient bien une maîtrise collective de la terre, deux aspects limitaient sérieusement leur adéquation à la réalité et aux besoins autochtones. Les terres étaient distinguées entre terres individuelles et terres tenues de manière collective, et le pouvoir de disposition de la terre individuelle était analogue à celui d'un propriétaire de droit commun, c'est-à-dire que le titulaire du droit pouvait transférer la propriété de parcelles à des tiers, et qu'il pouvait, par exemple, hypothéquer ces terres. Ensuite, en vertu de la loi sur le développement agricole de 1994, était autorisée la division ou l'aliénation de terres tenues de manière collective dès lors que les trois quarts de l'Assemblée (de la *comuna*, du *centro*, ou de la coopérative) le décidaient.

D'après l'article 84 (2) de la Constitution en vigueur, l'État doit reconnaître le droit collectif des peuples autochtones d'Équateur à conserver la propriété imprescriptible des terres communautaires, lesquelles sont inaliénables, insaisissables et indivisibles. Une limite de taille est néanmoins ajoutée : cette propriété est valide dans la mesure où l'État ne déclare pas leur utilité publique, ce qui relativise fortement ce droit censé être originaire. En outre, les seules normes pertinentes en matière de ressources naturelles n'entérinent pas expressément, au profit des Autochtones, la propriété ou même l'usufruit exclusif de ces ressources, ni même de droit préférentiel à leur égard. Ainsi, d'après l'article 84 (5) et (6) de la Constitution de 1998, ces peuples ne se voient reconnaître que le droit collectif de « participer à l'utilisation, l'usufruit, l'administration et la conservation des ressources naturelles renouvelables qui se trouvent sur leur territoire » et de « conserver et promouvoir leurs pratiques d'utilisation de la biodiversité et de leur environnement naturel ». La propriété des ressources naturelles reste donc celle de l'État, et

24. D'après M. CARMONA LARA, *Aspectos ecológicos y ambientales de la Declaración Americana de los derechos de los pueblos indígenas : una mirada jurídica* : in J. ORDOÑEZ CIFUENTES (dir.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, cela entraîne la reconnaissance juridique des modalités et formes diverses et particulières de leur possession, maîtrise et jouissance des terres.

25. V. not. C. I. DEGREGORI (éd.), *Comunidades : tierra, instituciones, identidad*, Diakonía/CEPES/Arawira, Lima, 1998.

celui-ci peut octroyer des concessions sur ces ressources, aux Autochtones comme aux non-autochtones.

Avec la réforme constitutionnelle de 1991, la Colombie a initié un processus consistant à faire des communautés autochtones des entités territoriales de droit public, placées sur le même plan que les départements et districts. Ces Entités territoriales indigènes (ETI) seront²⁶ en définitive l'actualisation, au regard du système politique et territorial actuel, de la figure du *resguardo*, type de réserve territoriale ethnique mis en place par une loi de 1890 dont le but explicite est de « déterminer la manière dont doivent être gouvernés les sauvages afin qu'ils se réduisent à la vie civilisée »²⁷.

La Constitution a entériné la stabilité juridique du rapport qu'entretiennent les Autochtones avec leurs terres. Ainsi, en vertu de l'article 63 de la Constitution, les terres de *resguardo* sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. En outre, l'article 329 de cette Constitution dispose que « les *resguardos* sont une propriété collective et inaliénable ». Les précisions de ces principes empruntent différentes voies. Tout d'abord, sur le modèle de la Convention n° 169, l'État reconnaît et actualise le lien spécifique unissant les Autochtones à leur territoire. Le droit colombien assigne aux communautés autochtones – et à elles seules – toutes leurs terres ancestrales, qu'elles disposent ou non d'un titre valide, mettant ainsi en exergue leur droit originaire.

Toutefois, d'après l'article 19 du décret 2164 de 1995, ces peuples peuvent non pas perdre leurs terres, mais voir suspendre les procédures d'agrandissement ou de démarcation concrète de ces terres, dès lors qu'il est établi par le ministère de l'Environnement qu'une communauté n'accomplit pas la « fonction écologique » de la propriété sur le *resguardo*, et dès lors qu'il est établi par l'INCORA (Institut colombien de la réforme agraire) qu'une communauté n'accomplit pas la « fonction sociale » de la propriété. Ces fonctions écologique et sociale doivent toutefois être exercées « conformément à leurs usages, coutumes et cultures ». Dans les deux cas, et une fois l'inaccomplissement de la fonction constatée par l'organisme étatique – lequel doit donc prendre en compte (mais jusqu'à quel point et selon quelles modalités ?) les normes propres autochtones –, des solutions doivent être trouvées avec les *cabildos*, là encore en accord avec leurs usages et coutumes.

II. – DÉFINITION DES MODES DE VALORISATION DU TERRITOIRE : DES DROITS DÉCISIFS ?

Même si des droits permettant une certaine continuité territoriale sont reconnus au profit des communautés autochtones, force est de constater qu'ils peuvent être

26. Les lois nécessaires à ce changement institutionnel d'importance n'ont pas encore été adoptées.

27. V. par ex. C. GROS, *Demandes ethniques et politiques publiques en Amérique latine : Problèmes d'Amérique latine*, 48, 2003.

mis à mal, voire vidés de leur substance, par les cadres régulant les activités économiques ou environnementales.

A. – Un degré d'appropriation des ressources naturelles difficile à déterminer

La récente Déclaration onusienne va très loin. Il existe un devoir à la charge de l'État d'assister les Autochtones dans la conservation, la restauration et la protection de cet environnement et de la capacité de production de ces terres. L'ethnodéveloppement et le développement durable sont reliés par ces dispositions qui établissent clairement, sinon leurs modalités concrètes d'application, du moins une certaine hiérarchisation des droits. Les Autochtones se voient ainsi reconnaître un droit préférentiel de décider de l'allocation des ressources naturelles à leurs options de développement, tandis que les États doivent les assister dans ce sens, par le biais notamment de la coopération internationale²⁸. Ainsi, d'après l'article 32, 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, et les États les consultent 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. Enfin, les États doivent mettre 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.

Cette conception est également celle de plusieurs instances internationales. Ainsi, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR) a statué, le 18 mars 1999, que l'Acte d'amendement du titre aborigène de 1998, en Australie, constituait une discrimination à l'encontre des titulaires de tels titres, en ce qu'il validait des actes coloniaux passés, éteignait ces titres, ne permettait que la production de subsistance et restreignait le « droit de négociation » des Autochtones. En conséquence, l'Australie devait suspendre la mise en œuvre de l'Acte et rouvrir les négociations. Même si l'État australien a rejeté les conclusions du CEDR, le sens de celles-ci est très fort : le fait de revenir sur les garanties territoriales accordées aux Autochtones par l'arrêt *Mabo* de 1992 (reconnaissance des titres aborigènes préexistants à l'État), ainsi que la participation ineffective des organisations autochtones au processus d'amendement de l'Acte, constituent une violation des dispositions de la Convention pour l'élimination de

28. V. dans ce sens, M. CHAPMAN, *Indigenous peoples and international human rights : towards a guarantee for the territorial connection* : *Anglo-American Law Review*, vol. 26, 1997, p. 357-395.

toutes les formes de discrimination raciale (1961)²⁹. Auparavant, dans sa Recommandation générale de 1997³⁰, le CEDR a appelé les États parties à assurer que les membres des peuples autochtones ont les mêmes droits que les autres membres de la nation en ce qui concerne la participation effective à la vie publique, et surtout qu'aucune décision touchant leurs droits et intérêts n'est prise « sans leur consentement informé », ce qui a beaucoup plus de poids qu'une simple consultation. En outre, les États ont l'obligation de reconnaître et protéger les droits de ces peuples autochtones à posséder, développer, contrôler et utiliser leurs terres, territoires et ressources communautaires. Lorsqu'ils ont été privés de leurs terres traditionnellement possédées ou occupées « sans leur consentement libre et informé », les États doivent prendre les mesures s'imposant afin de restituer ces terres. Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale interprète ainsi très largement la notion de discrimination en la faisant correspondre aux revendications des Autochtones. Ceux-ci se voient en effet conférer un droit de bloquer les mesures les concernant dès lors qu'ils n'ont pas donné leur consentement, ainsi que d'un droit de retourner, dans tous les cas, sur leurs terres, ce qui semble entériner le caractère préexistant et permanent des droits territoriaux.

Par ailleurs, le Comité des droits de l'Homme a déclaré que l'article 1^{er} des deux Pactes relatifs aux droits de l'Homme de 1966³¹ est directement applicable aux Autochtones³². En outre, le Comité des droits de l'Homme tient compte dans ses interprétations des libellés de l'article 47 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, disposant qu'aucune disposition de ces textes ne doit être interprétée comme diminuant le droit inhérent de tous les peuples de jouir et d'utiliser pleinement et librement leurs richesses et ressources naturelles. D'autre part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré en 2002 que, étant donné l'article 1^{er} du Pacte dont il est le garant, les États doivent garantir que les peuples autochtones ont un accès adéquat aux sources en eau pour leur agriculture de subsistance et pour assurer leurs moyens d'existence³³.

29. V. G. TRIGGS, *The right of indigenous peoples to participate in resource development : an international legal perspective* : in D. ZILMAN et al. (eds.), *Human Rights in Natural Resource Development*, Oxford University Press, 2002, p. 141-143.

30. *General Recommendation XXIII (51) concerning Indigenous Peoples*, UN Doc. CERD/C/51/Misc.13/Rev.4, § 4 et § 5.

31. Selon lequel, d'une part, tous les peuples ont le droit de s'autodéterminer, et qu'en vertu de ce droit ils établissent librement leur condition politique et ils mènent leur développement économique, social et culturel ; et d'autre part, pour parvenir à ce développement, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles, et qu'en aucun cas un peuple ne peut être privé de ses moyens de subsistance.

32. V. E. CARUSO et al., *Extrayendo promesas. Pueblos indígenas, industrias extractivas y el Banco Mundial*, Forest Peoples Programme, Moreton-in-Marsh, 2003, p. 25-27 notamment.

33. *Ibid.* De manière intéressante, le Comité a étendu cette obligation à l'encontre des institutions multilatérales de développement en indiquant que le Fonds monétaire international et la Banque mondiale doivent, dans leurs politiques de prêts, d'ajustement structurel, ou leurs projets de développement, « prendre en compte » le droit à l'eau des Autochtones.

Ainsi, d'après la lecture des interprétations du Comité des droits de l'Homme (et dans une moindre mesure du Comité des droits économiques, sociaux et culturels), la qualité de « peuple » des Autochtones découle de leur rapport à la terre et de la nécessité de conserver ce rapport afin que leur culture (art. 27) et plus largement leur autodétermination (art. 1^{er}) soient perpétuées. En même temps, cette qualité de peuple implique la nécessité pour l'État de leur reconnaître et de concrétiser le droit collectif à l'identité culturelle et à la terre, droit qui alimente cette condition de peuple.

Enfin, le système interaméricain des droits de l'Homme a également été sollicité sur ces questions. Ce qui est logiquement impliqué par la nature spécifique des droits autochtones préexistants à l'État, c'est que toute activité menée, avec ou sans l'accord de l'État, par des tiers sur les terres autochtones, exige le consentement pur et simple des communautés affectées. D'ailleurs, depuis la décision *Mary et Carrie Dann* rendue par la Commission en 2002, dans les cas où les droits des Autochtones sur leurs terres dérivent de droits préexistants à l'État, toute modification de ces droits suppose nécessairement un consentement mutuel entre les Autochtones et l'État³⁴.

La Convention n° 169 est beaucoup plus timorée. Certes, ce texte n'établit en aucune façon que la terre doit être occupée et utilisée de manière traditionnelle. Les peuples autochtones ne sont ainsi pas sclérosés par des dispositions leur déniaient tout droit d'évoluer³⁵. Toutefois, le langage utilisé dans la convention n'est pas précis : ainsi, d'après l'article 15, § 1, « les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources ». Cette disposition revêt malgré tout une importance particulière, même si le droit de pleine propriété des Autochtones sur les ressources naturelles situées sur leur territoire n'est pas explicitement reconnu, et même si l'indétermination des droits sur ces ressources naturelles permet une grande latitude pour l'État dans la conception du régime juridique de ces ressources. En tout cas, même si la propriété des ressources naturelles reste celle de l'État, celui-ci est obligé, avant l'octroi d'une concession d'exploitation, de vérifier que celle-ci ne portera pas préjudice aux peuples qui vivent dans la zone. Il est également obligé d'intéresser les Autochtones à cette exploitation³⁶.

34. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n° 75/02, Caso 11.140, *Mary and Carrie Dann (United States of America)*, 27 de diciembre de 2002, OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 46, § 130.

35. D'après G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales*, *op. cit.*, p. 30-31, « en confinant la possibilité d'un titre fruitier autochtone aux activités traditionnelles et de subsistance, l'article 14 semble limiter la possibilité d'une mutation importante des modes d'appropriation et de mobilisation des ressources ». Selon nous, d'après la lettre de l'article 14, cette limitation ne semble être applicable qu'au cas des terres non exclusivement occupées par les Autochtones.

36. V. par exemple S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, *op. cit.*, p. 124.

Surtout, étant donné la teneur générale de la Convention n° 169, un droit à « participer » à toute limitation de leurs droits sur les ressources naturelles (dans le cadre de projets de conservation de l'environnement ou de développement) doit être mis à l'actif des Autochtones concernés, et ce d'autant plus qu'il est fait expressément mention du droit de participer à la conservation des ressources naturelles. Les peuples autochtones ont ainsi, d'un côté, des droits – à participer à la conservation – même quand il s'agit, d'un autre côté, de limiter leurs droits à utiliser les ressources.

Une disposition s'empresse néanmoins de réaffirmer une certaine composante de la souveraineté nationale, et confirme une hiérarchie des intérêts (art. 15, § 2) : « Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les Gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités. »

Dans le cas des ressources situées sous le territoire ancestral, le droit garanti par la Convention n° 169 est bien procédural, et non substantiel : il s'agit d'une obligation à la charge de l'État de consulter, pas d'un droit des Autochtones à ne pas donner leur consentement. Mais ce principe s'applique également, *mutatis mutandis*, aux ressources situées sur le territoire. Le résultat en est le suivant : souvent, outre certains droits intangibles (chasse ou pêche de subsistance par exemple), les États ne définissent pas *a priori* les droits et obligations dont sont titulaires les peuples autochtones. Ces droits et obligations doivent alors être définis sur le terrain, la plupart du temps dans le cadre de plans de gestion aux conditions d'élaboration mal déterminées³⁷.

B. – Des droits évoluant en fonction des contextes

Toutes les dispositions précédentes doivent être lues à la lumière des articles 6 et 7 de la Convention n° 169. Selon l'article 6, les Gouvernements doivent consulter les peuples autochtones chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement. Ces peuples doivent également participer à tous les niveaux de prise de décision. En vertu de l'article 7, les peuples premiers doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en matière de développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et les terres qu'ils occupent ou utilisent. Ici encore,

37. V. G. FILOCHE, *Droits collectifs et ressources renouvelables. L'élaboration des plans de gestion participative, entre détours conceptuels et retours au terrain : Natures, Sciences, Sociétés*, vol. 16, n° 1, 2008.

ce sont des droits procéduraux qui sont proclamés, sans que ne soit juridiquement prescrite une valeur juridique minimale des avis des peuples premiers.

Ainsi, en Colombie, les Entités territoriales indigènes doivent veiller à l'application des normes légales concernant les usages du sol et le peuplement de leurs territoires, et concevoir les politiques et les plans et programmes de développement économique et social dans leurs territoires. En outre, les Entités territoriales indigènes doivent veiller à la préservation des ressources naturelles. Mais si les communautés ont bien la propriété collective de leurs ressources, ce droit ne peut être exercé dès lors que l'exploitation de ces ressources peut menacer l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés. En effet, selon l'article 330 de la Constitution, « l'exploitation des ressources naturelles dans les territoires indigènes se fera sans détérioration de l'intégrité culturelle, sociale et économique des communautés indigènes ». Le droit des peuples autochtones à l'« intégrité » prime ainsi le droit de ces peuples sur leurs ressources naturelles.

C'est l'État colombien qui contrôle le processus décisionnel déterminant la possibilité ainsi que les conditions d'exploitation de l'environnement sur les terres autochtones, par qui que ce soit (communautés ou acteurs extérieurs), bien qu'il soit prescrit à l'article 330 que le Gouvernement doit permettre la participation des représentants des diverses communautés à l'adoption des dispositions concernant l'exploitation. Ainsi, en plus de l'autorisation pour l'exploitation commerciale des ressources (renouvelables ou non renouvelables) situées sur le territoire d'une communauté (souci de préservation des ressources), l'autorisation de l'État est également indispensable afin de ratifier le fait qu'une activité n'aura pas d'effet négatif sur cette communauté (souci de préservation des Autochtones). Même lorsque ce sont les communautés qui font une demande d'utilisation des ressources naturelles, et dès lors que l'autorité environnementale le juge nécessaire (ce qui semble introduire un peu de souplesse), il est procédé à la consultation préalable des communautés concernées pour déterminer le plan d'utilisation des ressources (prévoyant les mesures pouvant préserver l'intégrité autochtone). Ce plan d'utilisation est nécessaire pour que l'autorité environnementale compétente puisse octroyer le Permis d'exploitation, dès lors qu'elle estime que l'intégrité culturelle des Autochtones n'est pas menacée, ou qu'au moins des mesures peuvent être prises pour empêcher cette menace. Ainsi, par le même principe juridique, l'État peut à la fois imposer des processus de développement sur les terres indigènes, étant donné que les résultats des consultations ne sont pas opposables à l'État, et empêcher les communautés d'enclencher de tels processus.

En Équateur, le droit positif ne donne aucune véritable garantie d'appropriation. Celle-ci dépend de chaque situation, résultat d'une négociation entre la communauté et l'État. L'article 84 (7) de la Constitution de 1998 reconnaît l'autorité politique traditionnelle : « L'État reconnaîtra et garantira aux peuples autochtones, en conformité avec cette Constitution et avec la loi, le respect de l'ordre public et des droits de l'Homme, les droits collectifs suivants : conserver et développer leurs formes traditionnelles de vie commune et d'organisation sociale, de genèse et d'exercice de l'autorité. » Les communautés amazoniennes existent juridiquement sous

la figure du *centro*, avatar de la *comuna* mise en place par la Loi des *Comunas* de 1937. Chaque *centro* est représenté par une direction constituée, entre autres, d'un syndic, d'un trésorier et d'un secrétaire. Au niveau des *centros* ainsi que des associations de *centros*, les décisions qui affectent les intérêts communautaires, comme celles qui concernent le territoire et l'utilisation des ressources naturelles, sont prises par consensus et au travers d'assemblées, même si, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres régions, des concurrences peuvent survenir entre autorités traditionnelles et modernes. De manière extrêmement vague et sans distinguer le niveau d'exercice (local, régional ou national) des organisations autochtones, l'article 84 (13) et (14) de la Constitution de 1998 dispose que « l'État reconnaîtra et garantira aux peuples autochtones les droits collectifs suivants : 13) formuler leurs priorités dans les plans ou projets pour le développement et pour l'amélioration de leurs conditions économiques et sociales ; et recevoir de l'État un financement adéquat ; 14) participer, par le biais de représentants, aux organismes officiels que détermine la loi ». Par ailleurs, la loi 37.RO/245 du 30 juillet 1999 (loi de gestion environnementale) dispose lapidairement, dans son article 9 (m), que le ministère de l'Environnement doit « promouvoir la participation de la communauté à la formulation de politiques et aux actions concrètes qui sont adoptées pour la protection de l'environnement et l'utilisation rationnelle des ressources naturelles ».

Le régime devient encore moins protecteur des intérêts autochtones lorsque des activités économiques importantes sont en jeu. Le Règlement relatif à la consultation et à la participation pour la réalisation d'activités hydrocarburifères de 2002 est censé établir une procédure unique permettant l'application du droit constitutionnel dont sont titulaires les peuples autochtones, d'une part à être consultés en matière de « prévention, mitigation, contrôle et réhabilitation » concernant les impacts socio-environnementaux de ces activités, que ces impacts soient négatifs ou positifs ; et d'autre part à participer aux processus relatifs à cette même consultation, à l'élaboration des *Estudios de Impacto Ambiental* (EIA), des Plans d'utilisation environnementale, ainsi que des Plans de relations communautaires (art. 1^{er}).

L'objectif de la consultation n'est que de « compter préalablement avec les critères, commentaires, opinions et propositions » des peuples autochtones : d'une part en ce qui concerne les plans et programmes induits par la licitation des activités pétrolières (mais sans que le principe même de cette licitation ne puisse être potentiellement remis en cause par les Autochtones) et en ce qui concerne les mesures de prévention, mitigation, etc. (art. 8 et 10) ; et d'autre part en ce qui concerne les mécanismes de participation de ces peuples à l'exécution de ces mesures. En d'autres termes, les peuples autochtones ne peuvent pas faire valoir leur refus de l'exploitation pétrolière sur leurs territoires ; et le contenu de leur participation, qui ne peut se faire qu'au niveau des mesures de prévention, etc., est décidé par l'État et par l'entreprise pétrolière après une simple consultation. Le contenu des « résolutions et consensus », marquant la fin du principe de consultation, n'est prédéterminé par aucune norme minimale expresse.

Il existe néanmoins un mécanisme intéressant permettant à l'État d'évaluer la prise en compte des avis autochtones pendant les différents processus de consultation.

Selon l'article 36, l'organisme déterminé par le ministère ou l'entreprise pétrolière doit, d'abord, classer les « critères, commentaires, opinions et propositions » des Autochtones, selon qu'il ou elle a considéré ceux-ci comme étant justifiés ou injustifiés (techniquement ou juridiquement); et ensuite répertorier à quel niveau ces « critères, etc. » ont été intégrés ou non. Dans tous les cas, l'organisme ou l'entreprise doit justifier le fait que les « critères, etc. » n'ont pas été retenus. Et surtout, dans tous les cas, le ministère peut accepter, émettre des observations ou même rejeter la qualification des « critères, etc. » par l'organisme ou l'entreprise pétrolière.

CONCLUSION

Pour complexe que puisse sembler l'entreprise, il est essentiel de décrypter le droit – qui peut être un outil d'émancipation comme de domination – pour comprendre dans quel sens il prétend orienter les processus. Mais étant donné que c'est un véritable entrelacs mouvant de normes qui définit la situation juridique de la territorialité autochtone, cette tâche indispensable n'est pas suffisante. Il est dès lors fondamental d'analyser, dans une démarche d'anthropologie juridique et interdisciplinaire, comment s'articulent sur le terrain les diverses normes coutumières, locales, étatiques, internationales et transnationales, et comment se reconfigurent les structures sociales et culturelles des communautés, tant en fonction qu'en dehors du droit³⁸.

38. V. not. G. FILOCHE, *Le droit coutumier au service du développement durable? Enjeux et problèmes de l'articulation et de l'hybridation des normativités autochtones et étatiques*; in C. EBERHARD (dir.), *Traduire nos responsabilités planétaires. Recomposer nos paysages juridiques*, Bruylant, coll. « Bibliothèque de l'Académie européenne de théorie du droit », Bruxelles, 2008.