

Les droits fonciers des peuples autochtones

Sandrine Clavel

Professeur à Paris-Saclay, UVSQ

Doyen honoraire de la Faculté de droit et science politique de l'UVSQ

Présidente honoraire de la Conférence des doyens de droit et science politique

Membre du Conseil supérieur de la magistrature

Cet article, daté du mois de juillet 2020, constitue la version soumise (*preprint*) et ultérieurement acceptée d'une contribution à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de Laurence Ravillon*, publiés aux éditions Pédone au premier semestre 2021.

Table des matières

I- La consistance des droits fonciers des peuples autochtones.....	5
A- Droit de propriété foncière.....	6
B- Droit d'usage.....	8
C- Droits immatériels	9
II- La protection des droits fonciers des peuples autochtones	10
A- La revendication des droits fonciers des peuples autochtones	11
B- L'inaliénabilité des terres ancestrales des peuples autochtones.....	14

1. Il aura fallu un peu moins d'un siècle aux peuples autochtones pour passer - en s'affirmant sur la scène internationale par la construction d'une « identité transnationale autochtone »¹ - du statut d'« invisible » à celui d'« acteur politique multicéphale... doté... d'une voix collective »². Si les premières revendications internationales autochtones s'expriment dès 1920, les années 1970 -qui voient naître de puissants mouvements de protestation de l'autochtonie- sont celles d'une véritable affirmation politique, tandis que les années 1990 sont celles du combat juridique. Les années 2000 marquent une nouvelle dynamique, portée par la multiplication des désastres environnementaux et par la prise de conscience générale de l'urgence climatique. Dans ce contexte de fin du monde, les peuples autochtones sont souvent érigés en emblème, à un double titre. *Emblème du problème*, d'abord,

¹ A. Geslin, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire Fr. Dr. Intern.* 2010 (vol. 56), p. 657.

² I. Bellier, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale* (N°54-janvier-mars 2012)

en tant que premières victimes directes d'un développement économique débridé qui non seulement a marginalisé leurs cultures et leurs identités, mais a aussi détruit leur habitat³. *Emblème de la solution*, aussi, par le combat qu'ils mènent, en dépit des difficultés, pour tenter de protéger cette terre avec laquelle ils entretiennent, spirituellement et matériellement, une relation particulière que consacre la convention n°169 de l'OIT⁴. L'article 13§1 de cette convention rappelle en effet « *l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec (c)es terres [...], et en particulier des aspects collectifs de cette relation* ».

2. Et c'est sans doute en mettant en exergue ce *lien particulier à la terre* qu'il faut entamer notre étude des « droits fonciers » des peuples autochtones, pour en relativiser immédiatement la portée et la pertinence. Il va être principalement question, ici, de droit de propriété et de droit d'usage, que l'on s'efforcera d'appréhender tant dans leur dimension individuelle que dans leur dimension collective, cette dernière étant fondamentale. Mais il importe de rester conscients que cette approche par l'appropriation ou la réservation de l'usage de la terre n'est pas conforme à la conception très spirituelle que se font la plupart des peuples autochtones de leur relation à la terre. Plutôt qu'un droit de propriété, le lien à la terre des peuples autochtones peut être décrit comme le « savoir traditionnel »⁵ de ceux qui se considèrent non comme des « propriétaires », mais comme des « gardiens »⁶ d'une terre qui a ses droits propres⁷. S'il est pourtant nécessaire d'en passer par les conceptions du rapport à la terre développées par les sociétés occidentales, basées sur une logique d'appropriation, c'est que celles-ci restent aujourd'hui dominantes⁸ et que c'est dès lors en prenant appui sur ces conceptions, pour éloignées qu'elles soient de leurs approches traditionnelles, que les peuples autochtones ont pu bâtir des stratégies juridiques et obtenir des victoires majeures pour faire valoir « leurs » droits fonciers, dans leur double dimension spirituelle et matérielle.

3. C'est donc cette relation spirituelle et matérielle qui lie les peuples autochtones à la terre, et à « leurs » terres, que l'on voudrait ici explorer, afin de déterminer si - et comment - l'affirmation solennelle du droit des peuples autochtones à leurs terres traditionnelles et/ou ancestrales, inscrite dans les textes internationaux, se décline dans la réalité quotidienne, juridique et factuelle, à laquelle ces peuples sont confrontés dans les différents Etats où ils sont établis. Les enjeux de cette analyse sont multiples. En droit international, elle interroge sur l'effectivité des normes supranationales, dans leur articulation avec les règles nationales supposées les mettre en œuvre. En matière de droits de l'homme, elle questionne le caractère

³ V. parmi les grands scandales contemporains, les affaires *Chevron v. Ecuador (Lago Agrio)* (sur laquelle v. M. A. Gomez, "The Sour Battle in Lago Agrio and beyond: The Metamorphosis of Transnational Litigation and the Protection of Collective Rights in Ecuador", 46 U. *Miami Inter-Am. L. Rev.* 153 (2015) et *Shell v. Ogoni (Kiobel)* (sur laquelle v. : M. Croser, M. Day, M. Van Huijstee, C. Samkalden, "Vedanta v Lungowe and Kiobel v Shell: The Implications for Parent Company Accountability", *Business and Human Rights Journal*, 2020 5(1), 130-136).

⁴ Sur laquelle v. *infra* n°5.

⁵ C. Planchou, « Les mobilisations autochtones dans l'Amérique d'Obama : L'exemple des luttes anti-oléoduc », *Revue française d'études américaines*, 2017/3 (N° 152), p. 27-41 ; v. aussi : A. Tiouka, P. Karpé, « Droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine », *Journal d'agriculture traditionnelle et de botanique appliquée*, 40^e année, bulletin n°1-2, 1998. *Conserver, gérer la biodiversité : quelle stratégie pour la Guyane ?* sous la direction de Marie Fleury et Odile Poncy. pp. 611-633.

⁶ V. par ex. sur le site de l'Assemblée des Premières Nations canadiennes : <http://www.afn.ca/fr/honerer-la-terre/>

⁷ F. Morin, « Les droits de la Terre-Mère et le bien vivre, ou les apports des peuples autochtones face à la détérioration de la planète », *Revue du MAUSS*, 2013/2 (n° 42), p. 321-338

⁸ Sur les tentatives des peuples autochtones de faire prévaloir leurs conceptions, et leur déception : F. Morin, préc.

fondamental du droit de propriété, pris dans une logique de conflits entre propriété originaire et propriété née des politiques coloniales de spoliation des premières nations ; elle conduit également à repenser le droit fondamental de propriété comme mode d'expression d'une identité culturelle. En droit du commerce international, elle est un préalable nécessaire à l'appréhension des contraintes pesant sur les opérateurs économiques privés soucieux de sécuriser leurs investissements : avec qui, et selon quelles modalités, négocier pour entreprendre des projets extractifs sur les terres des peuples autochtones, où se concentrent aujourd'hui une part importante des richesses minières et naturelles mondiales ? En matière de droit de l'environnement, elle permet d'intégrer, dans la réflexion relative à la réglementation des activités industrielles, leur incidence sur la santé des populations locales, mais aussi sur la salubrité et la permanence de leur environnement naturel (eau, faune et flore), et même sur leur identité culturelle. En droit privé enfin, elle participe de la relecture contemporaine de la notion fondamentale de propriété⁹, d'une part en confrontant la vision dominante de la propriété privée « individuelle » à celle, plus difficilement admise, de la propriété « collective », et d'autre part en imposant de repenser la distribution des utilités des biens selon des figures inédites. Chacun de ces enjeux appellerait une étude et des développements approfondis ; il ne sera toutefois ici question que d'appréhender - trop sommairement - les réalités diverses que recouvre le concept de droits fonciers des peuples autochtones.

4. Deux principaux textes de droit international public définissent les obligations étatiques en matière de reconnaissance des droits fonciers des peuples autochtones. Il s'agit de la convention n°169 relative aux peuples indigènes et tribaux, adoptée par l'Organisation internationale du travail (OIT) en 1989, d'une part, et de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, d'autre part.

5. La convention OIT n°169¹⁰ est un instrument juridiquement contraignant (*hard law*). Si le faible nombre de ratifications – 23 à ce jour¹¹ - limite sa portée, on observe néanmoins que des juridictions d'Etats non-signataires s'y réfèrent ponctuellement, en avançant que certaines des règles qu'elle pose constituent désormais des principes généraux du droit international¹². Sur le fond, la convention n°169 est l'un des rares textes internationaux¹³ proposant une définition des peuples autochtones, qui sont ceux « *considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs*

⁹ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, « La propriété », p. 277 et s.

¹⁰ La convention n°169 a vocation à réviser et remplacer la convention OIT n°107 du 26 juin 1957 relative aux populations autochtones et tribales, laquelle reste cependant en vigueur dans plusieurs Etats qui n'ont pas ratifié la convention n°169. Si la convention n°107 constitue le premier instrument international portant exclusivement sur les droits des peuples autochtones, elle a été très critiquée, et totalement rejetée par de nombreux peuples autochtones, en raison de sa tendance assimilationniste.

¹¹ V. les Etats ayant ratifié la Convention :

https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314

¹² V. par ex., récemment, la décision de la Cour suprême suédoise rendue le 23 janv. 2020 dans l'affaire *Girjas Sami Village* : <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-supreme-court-recognizes-sami-indigenous-groups-exclusive-right-to-confer-hunting-and-fishing-rights-in-sami-area/>

¹³ La question de la définition des peuples autochtones, qui ne sera pas développée ici, soulève en effet une difficulté politique, face à la revendication forte, portée par ces peuples, de pouvoir se définir eux-mêmes (v. sur ce point, leurs revendications dans le cadre des discussions ayant abouti à la Déclaration des Nations-Unies, qui ne contient pas définition : A. Geslin, préc., p. 7-10).

institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles » (art. 1 §1 b). La convention met également en exergue « *le sentiment d'appartenance indigène ou tribale* », qui « *doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes* » constituant des peuples autochtones au sens de la convention (art. 1 §2). La partie II de la convention, intitulée « Terres », est composée de 7 articles identifiant les droits fonciers de ces peuples sur leurs terres ou territoires. L'article 13 de la convention définit ces « terres » comme « *la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière* » (art. 13§2).

6. La Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones bénéficie d'un soutien beaucoup plus massif. Adoptée par 144 voix pour et 11 abstentions, elle n'avait en 2007 suscité l'opposition que de quatre Etats - mais non les moindres : Australie, Canada, Nouvelle-Zélande et États-Unis. Ces quatre Etats ont toutefois depuis inversé leur position, et la déclaration jouit donc d'un très large consensus. Cette large assise politique est au moins en apparence contrebalancée par la valeur juridique limitée de la déclaration, qui n'est pas légalement contraignante (*soft law*). L'analyse doit cependant là encore être nuancée, car au-delà de la valeur politique et symbolique forte de la déclaration, on observe que certaines institutions et juridictions n'hésitent pas à lui conférer force obligatoire pour la rendre opposable aux Etats. Ce processus de « rigidification » de la Déclaration est alors justifié soit en invoquant le soutien apporté par l'Etat en question au texte¹⁴, soit par le constat qu'elle ne constitue qu'une codification de règles préexistantes¹⁵. A minima, la Déclaration est utilisée comme un outil supplétif d'interprétation des règles de droit international¹⁶. Sur le fond, la Déclaration des Nations-Unies envisage les droits fonciers des peuples autochtones principalement dans ses articles 26 à 32, où il est notamment affirmé que « *les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis* » (art. 26§1). Ces dispositions doivent être lues à la lumière du préambule de la Déclaration, qui évoque en particulier « *la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles, de leur histoire et de leur philosophie, en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources* » et l'idée importante que « *le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion* ».

7. Même si la convention OIT n°169 et la Déclaration des Nations-Unies occupent une place absolument centrale dans le traitement des droits fonciers des peuples autochtones, il ne faut pas négliger le rôle fondamental qu'ont pu jouer en la matière les textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. En particulier, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises, sans la moindre ambiguïté, que la convention américaine des droits de l'homme établissait des droits fonciers au bénéfice des peuples autochtones¹⁷. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a fait de même

¹⁴ Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 28 nov. 2007, Peuple Saramaka v. Suriname (Series C, n°172, accessible en anglais : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf), §131.

¹⁵ V. les exemples développés par A. Geslin, préc., p. 10-15.

¹⁶ Idem, p. 15-19.

¹⁷ V. not. : Cour IDH, 31 août 2001, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Série C n° 79. ; Cour IDH, 15 juin 2005, *Communauté Moiwana c Suriname*, Série C n° 124 ; Cour IDH, 28 novembre 2007, *Peuple Saramaka v. Suriname*, Série C no 172. Et v. sur la question : K. Rinaldi, « Le droit des populations autochtones et

par une interprétation créative et dynamique de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme est en revanche, on le verra¹⁹, restée plus en retrait.

8. La dimension régionale du traitement des droits fonciers des peuples autochtones est ainsi essentielle, et plusieurs instruments régionaux spécifiques consacrent ces droits. C'est le cas de la déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, produit d'une résolution adoptée par l'organisation des Etats américains le 15 juin 2016. Le texte, très proche de celui de la Déclaration des Nations-Unies, reconnaît aux peuples autochtones le « droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis » (art. 25). C'est également le cas, en Europe, de la *Nordic Sami Convention*, qui après 11 ans de négociation a finalement été signée par la Finlande, la Suède et la Norvège le 13 janvier 2017, et est désormais en attente de ratification²⁰ ; le chapitre 4 de la convention régit le « *Saami right to land and water* ». Ces textes supranationaux sont enfin complétés par de nombreuses législations nationales régissant les droits fonciers des peuples autochtones, dont certaines seront ici examinées.

9. C'est en effet à la lumière de ces sources combinées qu'il importe à présent d'envisager le concept de droits fonciers des peuples autochtones, pour en décrire dans un premier temps la consistance (I) avant d'en examiner, dans un second temps, les modalités de protection (II).

I- La consistance des droits fonciers des peuples autochtones

10. Les textes internationaux sont assez précis lorsqu'ils envisagent les prérogatives qui devraient être attachées au droit « aux terres » qu'ils consacrent au profit des peuples autochtones. Ainsi l'article 26 §2 de la Déclaration des Nations-Unies affirme-t-il que « *les peuples autochtones ont le droit de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler les terres, territoires et ressources qu'ils possèdent* ». L'article 32 §1 complète cette affirmation en énonçant que « *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* » ; le deuxième paragraphe de cette même disposition ajoute que les Etats doivent consulter les institutions représentatives des peuples autochtones avant tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources.

11. Un examen superficiel de ces dispositions laisse ainsi penser que les prérogatives dont les textes internationaux préconisent ou imposent la reconnaissance au profit des peuples autochtones sur leurs terres se rapprochent de celles dévolues à tout « propriétaire » au sens que revêt cette notion dans notre droit.

12. L'examen de la situation effective incite toutefois à plus de prudence. La reconnaissance d'une véritable propriété foncière des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales a longtemps soulevé et soulève encore d'importantes difficultés politiques. Reconnaître le droit

tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », in L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, 2009, p. 2015.

¹⁸ V. en part. : Communication 276/03, 25 nov. 2009, *Centre de Développement des Droits des Minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c. Kenya*, en part. §144 et s. sur la reconnaissance des peuples autochtones, et §174 s. sur le droit de propriété

¹⁹ *Infra* n°29 et s.

²⁰ La convention ne sera applicable qu'une fois ratifiée par les trois pays.

de propriété des peuples autochtones, c'est nécessairement limiter la possibilité pour l'Etat – et/ou pour d'éventuels investisseurs privés- de décider librement du sort des importantes ressources localisées dans ces territoires. Aussi, si certains pays se sont engagés dans une démarche d'attribution de véritables droits de propriété foncière aux peuples autochtones (A), observe-t-on que la préférence des Etats est encore à la consécration d'un simple droit d'usage (B). Il faut toutefois également compter avec les droits immatériels qui, plus volontiers reconnus aux peuples autochtones car perçus comme moins attentatoires aux intérêts stratégiques de l'Etat, sont néanmoins susceptibles de leur conférer au moins indirectement des droits sur leurs terres (C).

A- Droit de propriété foncière

13. Plusieurs Etats se sont engagés dans une démarche d'attribution de véritables droits de propriété foncière aux peuples autochtones présents dans les limites de leurs frontières, sans toutefois que ces politiques soient toujours parfaitement linéaires ou effectives. Quelques exemples peuvent illustrer cette démarche.

14. Au Panama, différentes lois adoptées entre 1953 et 2000 ont ainsi créé cinq « *comarcas* », que l'on peut définir comme des provinces semi-autonomes dotées d'un régime territorial spécial, au titre duquel les communautés autochtones ont la propriété collective des terres situées dans la zone considérée. Mais derrière ce statut unique de « propriété » se cachent des réalités bien différentes d'une *comarca* à l'autre, liées en partie à la capacité des populations autochtones à s'organiser politiquement dans leur dialogue avec l'Etat. Le caractère en apparence progressiste de la législation panaméenne ne doit ainsi pas conduire à ignorer les difficultés réelles rencontrées par les peuples autochtones dans la revendication de leurs droits²¹ ainsi que les conflits pouvant exister avec l'Etat pour la gestion des territoires considérés.

15. L'exemple français en Nouvelle-Calédonie²² est également intéressant en ce qu'il témoigne de la construction progressive d'une véritable « propriété coutumière », prérogative des clans kanaks, en marge des propriétés plus classiques que sont la propriété privée et la propriété publique (de l'Etat français, de la Nouvelle-Calédonie, des provinces ou des communes). L'article 18 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 énonce que « *sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers* ». Cette « propriété coutumière » peut résulter d'un processus de dévolution légale (s'agissant des réserves et des terres des GDPL) ou de revendication (demandes exprimées au titre du lien à la terre).

16. Le droit australien offre une autre illustration, particulièrement riche, des droits de propriété foncière reconnus aux peuples autochtones, révélant la complexité des dispositifs auxquels ces peuples se trouvent confrontés, et le caractère évolutif des politiques étatiques en la matière. Il révèle, surtout, que les mots n'ont pas toujours le même sens, des réalités très

²¹ V. *infra* n°27 et 38.

²² V. not. : M. Naepels, Réforme foncière et propriété dans la région de Houaïlou (Nouvelle-Calédonie) », *Études rurales*, 177/2006, 43-54, consultable sur <https://doi.org/10.4000/etudesrurales.8265>.

différentes se cachant derrière les droits de propriété foncière des peuples aborigènes d'Australie²³. On laissera de côté, ici, le régime de « propriété privée » institué par la *Indigenous Land Corporation*²⁴ au « profit » des peuples aborigènes, pour se concentrer sur les droits fonciers portant sur leurs terres ancestrales. Un premier type de droit foncier correspond à un véritable titre de propriété (*land right*) reconnu aux aborigènes sur leurs terres traditionnelles. Le mouvement d'attribution de ces droits de propriété a été initié, à la suite d'importants mouvements de protestation aborigène dans les années 1960, par le *Aboriginal Land Right (Northern Territory) Act* (ALRA) adopté en 1976. Ce texte, dont le champ d'application territorial est limité mais qui a été complété par plusieurs lois postérieures portant sur différents territoires, a pour objet la restitution intégrale de certaines terres (réserves) aux peuples aborigènes sous la forme d'une propriété collective détenue par des *Aboriginal Land Trusts*. Il a également institué pour les peuples aborigènes le droit de revendiquer des terres appartenant au domaine public, à la condition d'établir qu'ils en étaient les « propriétaires traditionnels ». Lorsqu'il est reconnu, le titre foncier confère aux peuples concernés une pleine propriété, quoiqu'elle soit collective et inaliénable ; il leur permet notamment, au travers des trusts, d'en concéder l'usage selon des procédés supposés garantir le consentement libre et éclairé des peuples aborigènes.

17. Il a toutefois pu être observé qu'en pratique, les peuples aborigènes étaient souvent largement dépossédés du pouvoir de gestion effective²⁵. Ce sentiment est exacerbé depuis l'adoption, en 2006, d'un amendement – le *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Amendment Act* – en vertu duquel il est prévu que les trusts peuvent désormais concéder sur les territoires aborigènes des baux emphytéotiques (d'une durée allant jusqu'à 99 ans) à une agence gouvernementale, laquelle sera chargée de les sous-louer à des investisseurs privés, sans nécessité de recueillir le consentement des peuples aborigènes pour chaque opération de sous-location. On constate donc un véritable recul de la vigueur de la « pleine propriété » que les *land rights* sont supposés garantir aux peuples aborigènes. Cette évolution est dans la ligne de certains dispositifs, que l'Australie a institués après l'adoption des *Land Right Acts*, organisant l'attribution aux peuples aborigènes d'une « propriété faible ». On songe ici principalement au *Native Title Act* de 1993. Les *native titles* accordés aux peuples aborigènes en application de cette loi ne constituent pas des titres de propriété ; ils leur garantissent seulement l'accès aux parcelles et leur utilisation pour la pratique de l'ensemble de leurs coutumes et croyances traditionnelles. On retrouve alors la tendance politique dominante, qui consiste à conférer aux peuples autochtones non pas un plein droit de propriété, mais un simple droit d'usage, sur leurs terres ancestrales.

²³ Les développements suivants sont en partie inspirés de : E. Fache, « Les droits et responsabilités aborigènes envers la terre à Ngukurr (Terre d'Arnhem, Australie du Nord) sont-ils "reconnus" ? », in C. Travési, M. Ponsonnet, *Les conceptions de la propriété foncière à l'épreuve des revendications autochtones : possession, propriété et leurs avatars*, Nouvelle édition [en ligne]. Marseille : pacific-credo Publications, 2015, p. 119, consultable sur <https://books.openedition.org/pacific/335?lang=fr>

²⁴ Ce système (sur lequel v. en part. V. Bernard, *op. cit.*, *loc. cit.*) permet aux peuples aborigènes d'accéder à la propriété au terme d'une période (de plusieurs années) pendant laquelle ils se trouvent placés sous la supervision de l'ILC, chargée de contrôler la viabilité de leur gestion. Ce n'est qu'à l'issue de cette période « probatoire » que l'ILC décide, selon les résultats bons ou mauvais de leur gestion, d'attribuer définitivement ou non la propriété privée des terres aux peuples aborigènes.

²⁵ N. L. Watson, "Implications of land rights reform for Indigenous health", *The Medical Journal of Australia*, 2007, <https://doi.org/10.5694/j.1326-5377.2007.tb01031.x>

B- Droit d'usage

18. Nombre d'Etats ont fait le choix, pour des raisons stratégiques, de ne pas attribuer aux peuples autochtones un véritable droit de propriété sur leurs terres ancestrales, mais de leur reconnaître seulement un *droit d'usage* de ces terres, incluant traditionnellement le droit d'en recueillir les fruits (droit de cueillette, droit de pâturage, droit de chasse, droit de pêche). Le droit d'élevage des rennes (*reindeer herding right*), consacré par les trois pays scandinaves (Suède, Finlande et Norvège) où vivent les peuples samis²⁶, offre une illustration de ce type de droits fonciers, ainsi que des variantes importantes qui peuvent affecter, d'un pays à l'autre, des droits apparemment similaires.

19. Le droit d'élevage de rennes est un droit foncier spécial impliquant le droit d'utiliser la terre, ses fruits, et l'eau pour l'élevage extensif des rennes. Si la Finlande consacre ce droit au bénéfice de tout éleveur de rennes établi dans la zone d'élevage (*reindeer herding area*), la Suède et la Norvège le réservent en revanche aux seules personnes d'ascendance samie. Les rennes peuvent pâturer librement sur certaines terres délimitées par la loi, sans égard pour la propriété de celles-ci²⁷. Ce droit est assorti d'un certain nombre de droits accessoires comme le droit d'établir des clôtures temporaires sur les terrains étatiques ou le droit de prélever sans autorisation et sans frais du bois de construction et de chauffage nécessaire pour l'élevage des rennes. Il s'accompagne en outre de contraintes pour les propriétaires des terres concernées, ceux-ci ayant l'interdiction d'en faire usage entravant de façon significative l'élevage de rennes²⁸. En revanche, son allocation est assortie de contreparties. Ainsi, en Finlande, les coopératives samies ont l'obligation de clôturer les terrains privés sur simple demande de leurs propriétaires, dès lors que cette clôture apparaît utile à la prévention des dommages causés par les rennes²⁹. Surtout, les coopératives samies assument une responsabilité solidaire lorsqu'un tel dommage survient : tout propriétaire foncier -à l'exception de l'Etat- qui subit un préjudice attribué à des rennes (par ex. si ses cultures sont abîmées) peut obtenir une compensation de la communauté samie, sans avoir à établir l'identité du propriétaire des rennes à l'origine du dommage³⁰.

20. On verra les violents conflits que la consécration de tels droits d'usage tend à susciter. L'attribution aux peuples autochtones d'un simple droit d'usage s'explique en général, soit par la volonté de l'Etat de se réserver les droits d'exploitation des terres traditionnelles, soit par l'existence sur ces terres de droits de propriété privée attribués à des tiers à l'ère de la colonisation. Dès lors, les droits d'usage des peuples autochtones se heurtent presque systématiquement, lorsqu'ils sont exercés, aux prérogatives des propriétaires fonciers, publics ou privés, voire encore aux droits d'usage que ces propriétaires ont pu eux-mêmes concéder à

²⁶ J. Joona, *Ikimustoinen oikeus: tutkimus Lapin alkuperäisistä maa- ja vesioikeuksista*, Lapin yliopisto, Arktinen keskus, 2019 ; T. Joona, J. Joona, "The historical basis of Saami land rights in Finland and the application of ILO convention No. 169", *The yearbook of polar law*, 2011 (Issue 1, Vol. 3), p. 351.

²⁷ V. par ex., le *Reindeer Husbandry Act* de droit finlandais (1990) dont la section 3 est rédigée comme suit : "Subject to the restrictions provided in this Act, reindeer herding may be practised in the reindeer herding area irrespective of land ownership or possession rights"; v. le texte de loi accessible en anglais sur *Finlex*: https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1990/en19900848_20000054.pdf. En Suède, la délimitation des terres sur lesquelles s'exerce le droit de pâturage libre et gratuit soulève en revanche des difficultés (sur lesquelles v. *infra*).

²⁸ *Reindeer Husbandry Act*, Finlande (1990) : section 2 (2). L'ineffectivité de cette protection instituée au bénéfice des éleveurs de rennes est toutefois dénoncée par les samis et leurs représentants juridiques.

²⁹ *Reindeer Husbandry Act*, Finlande (1990) :Section 32

³⁰ *Reindeer Husbandry Act*, Finlande (1990) :Section 34

d'autres³¹. C'est alors la question de l'effectivité du droit d'usage attribué aux peuples autochtones qui se pose. Mais avant d'envisager plus précisément cette difficulté, il faut encore s'arrêter sur une modalité plus atypique de consécration de prérogatives « foncières » aux peuples autochtones, au travers de la reconnaissance de droits immatériels.

C- Droits immatériels

21. On ne saurait en effet négliger, dans une logique d'appréhension complète des droits fonciers des peuples autochtones, certains droits immatériels qui quoiqu'ils ne soient pas, par nature, des droits fonciers, participent néanmoins de la préservation des terres ancestrales. Pour le comprendre, il faut au préalable tenter d'explicitier, au moins juridiquement, le lien très étroit, la « relation unique » et spirituelle³² qui existe entre la plupart des peuples autochtones et leurs terres, faisant de celles-ci un élément nécessaire de leur patrimoine immatériel. Le droit à la reconnaissance et à la protection des valeurs religieuses et culturelles des peuples autochtones est inscrit tant dans la convention OIT n°169 (art. 5) que dans la Déclaration des Nations-Unies (art. 11 et 12). Ces deux textes soulignent également le lien entre terres et culture autochtone, en instaurant le droit pour les peuples autochtones « *de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement* » (Décl., art. 25), ainsi que l'obligation pour les Etats de « *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* » (Conv. art. 13).

22. Certains peuples autochtones ont su stratégiquement se prévaloir de ces droits immatériels, non seulement dans une logique de protection culturelle, mais aussi dans une logique de protection foncière. L'affaire *Navajo Nation v. United States Forest Service*³³ illustre ainsi, en dépit de son issue décevante, l'utilisation qui peut être faite de *la liberté de religion* pour protéger les terres autochtones. Pour s'opposer à un projet d'extension d'un complexe de ski (*Arizona Snowbowl*) dans les pics de San Francisco, propriété fédérale, le peuple Navajo a excipé du caractère sacré de ces terres pour leur nation et fait valoir que le projet causerait un dommage excessif à l'exercice de leur religion, en violation du *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), adopté en 1993 pour renforcer le Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis. Dans un premier temps, la Cour d'appel du 9^{ème} Circuit a fait droit à cette demande³⁴, avant de finalement revenir sur cette décision³⁵ aux termes d'une interprétation restrictive du RFRA³⁶.

23. C'est peut-être cette déconvenue qui a conduit le peuple navajo et d'autres nations membres du groupement *Five Native Nations* à préférer le fondement de la *protection des biens*

³¹ Pour une illustration de cette situation, v. l'affaire du Village sami Girjas décrite *infra*, n°33.

³² Sur le lien entre terre et patrimoine : A. Tiouka, Ph. Karpé, « Droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine », *Jatba*, 1998, p. 611, consultable sur https://www.persee.fr/doc/jatba_0183-5173_1998_num_40_1_3694

³³ J. A. Edwards, "Yellow Snow On Sacred Sites: A Failed Application Of The Religious Freedom Restoration Act", *American Indian Law Review*, Vol. 34, No. 1 (2009-2010), p. 151.

³⁴ 12 mars 2007, *Navajo Nation v. United States Forest Service*, 479 F.3d 1024 (9th Cir. 2007).

³⁵ 8 août 2008, *Navajo Nation v. United States Forest Service*, 535 F.3d 1058 (9th Cir. 2008).

³⁶ V. J.A. Edwards, préc., p. 164 s.

culturels pour assurer la protection du *Mount Taylor*³⁷. Le Mont Taylor, situé au Nouveau-Mexique, a la double particularité d'être un site culturel important pour les premières nations considérées, et d'avoir un sous-sol particulièrement riche en uranium, objet de la convoitise des entreprises extractives. Il est constitué de multiples parcelles, dont le gouvernement et un grand nombre de propriétaires privés se partagent la propriété foncière. Dans ces conditions, les moyens d'action à la disposition des premières nations pour en assurer la protection contre les appétits extractifs sont très limités. C'est en utilisant le *New Mexico Cultural Properties Act* et en obtenant, au terme d'une bataille judiciaire de près de sept ans³⁸, le classement du Mont Taylor sur la liste des *Traditional Cultural Properties* (TCP), que les *Five Native Nations* ont obtenu le droit, non pas de s'opposer à tout nouveau projet extractif, mais au moins d'être consulté dans le cadre d'un dispositif - propre aux TCPs - de contrôle renforcé d'attribution des autorisations d'exploitation minière par l'agence gouvernementale du Nouveau-Mexique.

24. Ces quelques illustrations permettent de saisir toute la complexité du dispositif de reconnaissance des droits fonciers des peuples autochtones sur leurs terres traditionnelles. En définitive, ce sont très rarement des droits « absolus », comparables à ceux d'un propriétaire, qui leur sont dévolus, et il leur faut presque systématiquement composer avec les prérogatives – concurrentes - d'autres titulaires de droits réels, opérateurs publics ou privés. Les conflits, lorsqu'ils se nouent, sont rarement tranchés en faveur des peuples autochtones. Pourtant, la *protection effective* de leurs droits fonciers constitue dans les textes internationaux le corollaire naturel de la consécration de ces droits. C'est donc à cette question de la protection des droits fonciers des peuples autochtones qu'il faut à présent s'intéresser.

II- La protection des droits fonciers des peuples autochtones

25. Les textes internationaux, loin de se borner à poser le principe théorique du « droit à la terre » des peuples autochtones, insistent sur l'obligation pour les Etats de consacrer effectivement ce principe. L'effectivité repose, en premier lieu, sur l'obligation faite aux Etats de reconnaître les droits fonciers des peuples autochtones par la mise en œuvre de processus adéquats. Ainsi l'article 14§1 de la convention OIT n°169 affirme-t-il que « *les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés* », avant de préciser immédiatement qu'« *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* ». L'article 14 §3 ajoute que « *des procédures adéquates doivent être instituées dans le cadre du système juridique national en vue de trancher les revendications relatives à des terres émanant des peuples intéressés* ». L'article 27 de la Déclaration des Nations-Unies va plus loin en affirmant que « *Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant*

³⁷ M. Benson, "Enforcing Traditional Cultural Property Protections" (April 18, 2014). *Human Geography* 7(2) 60-72, 2014. Consultable sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2468350> ; v. aussi : S. Berthier-Foglar, « Uranium Mining on Sacred Land. The Case of Mount Taylor », *ELOHI - Indigenous People and the Environment*, 2012, Issue n°2, p. 79, <https://doi.org/10.4000/elohi.304>

³⁸ Initiée en 2008, la demande de classement a été définitivement confirmée par la Cour Suprême du Nouveau-Mexique le 6 février 2014 : *Rayellen Resources, Inc. v. N.M. Cultural Properties Review Committee*, 2014 NMSC 6.

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 ». L'obligation de reconnaître les droits fonciers des peuples autochtones se prolonge par l'obligation faite aux Etats d'assurer la protection effective des droits reconnus (art. 14§2, Conv. OIT ; art. 28 et 29, Décl. NU). Pourtant, malgré la consécration internationale de ces obligations, la revendication de leurs droits fonciers par les peuples autochtones se heurte encore à d'importantes difficultés (A), tandis que le principe d'inaliénabilité des terres traditionnelles, conçu comme une mesure de protection, présente d'importantes limites (B).

A- La revendication des droits fonciers des peuples autochtones

26. Les procédés de reconnaissance des droits fonciers des peuples autochtones sur leurs territoires ancestraux varient singulièrement d'un Etat à l'autre, plaçant ces peuples face à des difficultés d'importance inégale selon que la loi leur attribue des titres fonciers, ou les contraint à les revendiquer en justice.

27. La situation en apparence la plus simple et satisfaisante est celle dans laquelle l'Etat reconnaît par la loi les titres fonciers des communautés autochtones, qu'il s'agisse d'un droit de propriété ou d'un droit d'usage. Le système panaméen des *comarcas*, déjà évoqué, en constitue une bonne illustration, puisque la loi créant la *comarca* attribue un droit de propriété foncière, collectif, aux communautés qui y résident. Mais un tel système ne règle pas toutes les difficultés, et notamment pas celles induites par la situation des peuples autochtones qui ne vivent pas sur le territoire des *comarcas*. Au Panama, une loi n°72 du 23 décembre 2008³⁹ a finalement établi une procédure spéciale d'adjudication de la propriété collective de terres aux peuples autochtones qui vivent à l'extérieur des *comarcas*. Cette reconnaissance passe par l'intervention d'une autorité administrative, l'*Autorité d'administration des terres* (ANATI), chargée de délivrer les titres de propriété collective de terres aux communautés qui en font la demande. Mais l'obtention de ces titres de propriété collective est complexe⁴⁰ ; elle relève finalement plus d'un processus de revendication des titres fonciers, que d'un processus d'attribution.

28. La plupart des législations se bornent en effet à reconnaître le droit pour les peuples autochtones de revendiquer des droits fonciers sur leurs territoires ancestraux, et dans cette hypothèse les choses se compliquent singulièrement, car il appartient alors aux communautés autochtones d'établir le bien-fondé de leur revendication. C'est, au moins en partie, le régime institué par le droit suédois pour la mise en œuvre du droit d'élevage de rennes (*renskötselrätten* ou *reinder herding right*)⁴¹. La loi suédoise sur l'élevage de rennes (*Rennäringslagen* ou

³⁹ Complété par un décret exécutif no 224 du ministère du Développement de l'agriculture et de l'élevage du 29 juin 2010

⁴⁰ En témoignent les observations et demandes de la CEACR (Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations) de l'OIT, chargée d'assurer le suivi de la mise en œuvre des conventions dans les Etats signataires, qui semble éprouver des difficultés à obtenir des informations transparentes sur le fonctionnement de l'Autorité et les titres effectivement attribués. V. : https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:32_42543,fr:NO

⁴¹ Sur lequel, v. *supra* n°18 et s.

Reindeer Herding Act, 1971) distingue depuis 1993 différentes zones : dans certaines, le droit d'élevage de rennes est reconnu par la loi ; dans d'autres, les samis peuvent le revendiquer uniquement s'ils établissent l'existence d'une *prescription depuis des temps immémoriaux*. S'en suivent des controverses entre propriétaires terriens et samis éleveurs de rennes pour fixer les droits fonciers respectifs de chacun.

29. Ces controverses, et les difficultés parfois insurmontables qu'elles engendrent pour le peuple sami de Suède à faire reconnaître ses droits, sont parfaitement illustrées par l'affaire *Handölsdalen Sami Village c. Suède*, tranchée définitivement par la CEDH en 2010⁴². L'affaire concerne le droit de pâturage hivernal exercé par les samis sur divers terrains ne relevant pas de la zone légale de pâturage, et appartenant à des propriétaires privés. Ces derniers, qui contestaient que le droit de pâturage hivernal gratuit puisse être exercé dans la zone considérée, ont agi devant les tribunaux suédois contre plusieurs villages samis pour obtenir le paiement d'une redevance par les éleveurs. S'en sont suivis près de 14 ans de procédure, au cours desquels les parties se sont lancées dans une bataille probatoire complexe -certains éléments de preuve remontant à la préhistoire - pour déterminer si les villages samis pouvaient revendiquer dans la zone considérée un droit de pâturage exercé sans entrave, c'est-à-dire en l'absence de toute objection d'autres titulaires de droits pendant au moins 90 ans (*prescription depuis des temps immémoriaux*). Au terme de cette procédure, les villages samis défendeurs ont vu leurs arguments rejetés, et ont été condamnés au paiement des frais de justice pour un montant d'environ 290.000 euros, ce qui les a conduits à saisir la CEDH. En dépit de leur intérêt, on ne s'arrêtera pas ici sur les questions, tranchées par la décision au fond du 30 mars 2010, relatives à la durée déraisonnable de la procédure (qui a donné lieu à condamnation de la Suède) et au caractère excessif des frais de justice induisant un défaut d'accès effectif au tribunal (rejeté par la CEDH). On se concentrera sur les violations alléguées du droit foncier des villages samis et de leur droit à un recours effectif en raison de la charge de la preuve excessive mise à leur charge, allégations toutes deux écartées par la décision du 17 février 2009 sur la recevabilité.

30. Les villages invoquaient une violation d'un droit foncier d'usage protégé par l'article 1 du Protocole n°1 additionnel à la convention. La CEDH a jugé que cette disposition ne pouvait être applicable dans l'espèce. En effet pour la Cour, si le droit d'usage conféré aux peuples autochtones peut constituer un « bien » protégé par cette disposition, c'est à la condition que la titularité de ce bien soit acquise. Or pour la Cour européenne, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, la reconnaissance du droit d'usage est légalement subordonnée à une procédure judiciaire destinée à trancher une contestation relative à l'exercice de ce droit depuis un temps immémorial. En d'autres termes, en omettant de consacrer légalement le droit d'usage des villages samis dans les zones considérées, et en laissant le soin aux juridictions de trancher les éventuelles contestations relatives à l'existence de ce droit depuis un temps immémorial, la Suède s'est placée à l'abri de toute contestation recevable sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n°1.

31. Les villages alléguaient également que la charge, qui leur incombait exclusivement, de prouver l'existence d'un droit incontesté sur une période continue d'au moins 90 ans, était excessive et que l'application des règles de preuve conduisait en l'espèce à les priver du droit à un recours effectif. Sans analyser l'objet de la preuve considéré, la Cour retient que les parties ont eu accès à une procédure contradictoire et ont pu produire tous les éléments de preuve utiles au succès de leurs prétentions. Elle ajoute que dès lors que les propriétaires terriens étaient

⁴² Requête n°39013/04 : deux décisions, sur la recevabilité (CEDH, 17 févr. 2009) et sur le fond (CEDH, 30 mars 2010).

requis de produire leurs titres de propriété, il était légitime et raisonnable que la charge d'établir le droit d'usage repose sur les villages samis, et qu'il n'apparaît pas que les juges suédois aient fait une application inéquitable du droit suédois et des règles de preuve.

32. La juge Ineta Ziemele a néanmoins émis une opinion partiellement dissidente extrêmement intéressante. Elle y fait valoir tout d'abord que, en partant du principe que les propriétaires terriens avaient un droit de propriété valable sur les territoires ancestraux, la Cour s'est basée sur une prémisse contestable au regard des droits des peuples autochtones. Elle souligne ensuite qu'en reconnaissant la légitimité de l'usage des règles de preuve du droit suédois issues de dispositions antérieures à la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones, mettant la preuve à la charge exclusive des samis, la Cour a méconnu les circonstances propres aux peuples autochtones, qui justifieraient que l'ensemble du système de preuve soit repensé. Mme Ziemele évoque à cet égard le rapport 2008 du Comité des Nations-Unies pour l'élimination des discriminations raciales pour la Suède, qui conclut à l'existence dans ce pays d'une discrimination *de facto* à l'égard des samis dans les actions judiciaires, précisément parce que les règles applicables font reposer sur eux seuls la charge de la preuve de leurs droits.

33. L'affaire *Handölsdalen Sami Village* justifie incontestablement que l'on s'interroge sur l'effectivité de certains mécanismes de reconnaissance des droits fonciers des peuples autochtones. Mais le cas de la Suède démontre également que des évolutions notables sont à l'œuvre, sous l'influence du droit international et de la considération croissante accordée aux droits des peuples autochtones. Le 23 janvier 2020, la Cour suprême de Suède a ainsi rendu une décision qualifiée d'historique dans l'affaire opposant le *Village Sami Girjas*⁴³ à l'Etat suédois quant au droit d'usage foncier de pêche et de chasse dans la zone du *reinder herding right* de ce village. La Cour suprême y juge que même si l'existence de ce droit dans cette zone ne résulte pas directement de la loi, elle est en l'espèce établie par le village Girjas qui a prouvé avoir utilisé la terre, sans contestation, depuis un temps immémorial. Dès lors, le village Girjas peut non seulement y exercer les droits de chasse et de pêche sans autorisation préalable de l'Etat, dont la qualité de propriétaire foncier n'est pourtant pas remise en cause, mais encore il est le seul habilité -à l'exclusion de l'Etat pourtant propriétaire des terres - à en concéder l'usage à des tiers. L'Etat perd ainsi son monopole de délivrance des autorisations de pêche et de chasse sur la zone considérée. Si cette décision est historique, il faut toutefois la relativiser car sa motivation révèle que c'est bien la tolérance de l'Etat, qui a laissé le village Girjas exercer les droits en cause sans lui opposer de contestations⁴⁴, qui a permis d'établir -pour la première fois- la possession pendant des temps immémoriaux. La confrontation aux propriétaires privés, en revanche, reste certainement source de difficultés réelles.

34. Ces difficultés nées de la confrontation des revendications autochtones sur leurs terres ancestrales et des titres de propriété privée acquises par les « colons » ne doivent pas être minimisées. Elles sont réelles, de nature politique comme juridique. En Australie⁴⁵, par

⁴³ Lien vers la décision en suédois et un résumé de l'affaire en anglais : <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-supreme-court-recognizes-sami-indigenous-groups-exclusive-right-to-confer-hunting-and-fishing-rights-in-sami-area/>

⁴⁴ "Our investigation shows that the Swedish crown, when it began to encourage the colonisation of Lapland, was careful to safeguard the Samis' opportunities for hunting and fishing [...] And the hunting and fishing rights that the Sami in the area had at the time of the 1886 law and the following reindeer grazing laws have been transferred to members of the Sami district today".

⁴⁵ V. Bernard, « Entre discours « traditionnalisants » et discours conformistes : Les Noongar de l'AvonValley (Australie Occidentale) et l'accès au foncier », in C. Travési, M. Ponsonnet, *Les conceptions de la propriété*

exemple, les *native titles*⁴⁶ qui peuvent être revendiqués par les peuples autochtones ne peuvent l'être sur des terres détenues en propriété privée. On comprend alors que les revendications territoriales des peuples autochtones sont bien fragiles face à la puissance des droits de propriété privée qui ont pu être attribués aux colons dans un contexte de spoliation des peuples natifs. Pourtant, des solutions juridiques peuvent être déployées. Ainsi la législation panaméenne a-t-elle introduit un dispositif intéressant, dans le cadre des *comarcas*. En effet, si les communautés autochtones ont reçu la propriété collective des terres situées dans les *comarcas*, ce transfert n'a pu être opéré que d'agissant des terres appartenant à l'Etat. L'Etat n'a pas souhaité porter atteinte aux droits de propriété privée qui préexistaient aux lois de création des *comarcas* ; ces propriétés privées ont donc été maintenues, au sein même des *comarcas*. Mais pour permettre aux peuples autochtones d'acquérir progressivement la pleine propriété de leurs territoires, le droit panaméen a instauré un droit de préemption à leur profit sur toute terre, située dans la *comarca*, mise en vente par son propriétaire.

35. On le voit, certains efforts peuvent assurément être faits pour restituer aux peuples autochtones la propriété ou *a minima* l'usage effectif de leurs terres ancestrales, qu'elles soient la propriété de l'Etat ou de propriétaires privés. Encore faut-il que ces droits, une fois reconnus, soient efficacement protégés contre les convoitises que suscitent ces terres souvent riches et stratégiques. Or force est de constater que la volonté politique n'est pas toujours au rendez-vous. On restera cependant sur le terrain purement juridique, pour considérer les limites de l'un des dispositifs de protection mis en œuvre par les Etats - le principe d'inaliénabilité – qui s'avère à double tranchant.

B- L'inaliénabilité des terres ancestrales des peuples autochtones

36. Pour respecter leurs obligations internationales, les Etats doivent assurer aux peuples autochtones une protection effective de leurs droits fonciers, et mettre fin aux atteintes qu'y portent les tiers. On n'envisagera pas ici, quoiqu'il joue un rôle indispensable dans la protection effective des droits des peuples autochtones, le devoir incombant aux Etats d'intervenir, par des mesures de police et de maintien de l'ordre, pour faire cesser les atteintes que portent aux communautés autochtones certains opérateurs privés en envahissant leur territoire et en pillant les ressources qui s'y trouvent, généralement dans la plus parfaite illégalité⁴⁷. Plus positivement, on s'efforcera de mettre en lumière les mesures juridiques pouvant être déployées pour assurer la protection des droits fonciers des peuples autochtones, mais aussi les difficultés auxquels les Etats peuvent être confrontés dans leur mise en œuvre.

37. L'une des mesures-phares de la protection des terres ancestrales des peuples autochtones est *leur inaliénabilité*, de nature à les soustraire aux appétits des investisseurs privés, mesure que l'on retrouve dans de nombreuses législations reconnaissant la propriété foncière des

foncière à l'épreuve des revendications autochtones : possession, propriété et leurs avatars, Nouvelle édition [en ligne]. Marseille : pacific-credo Publications, 2015, p. 143, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01253897/document>

⁴⁶ Sur lesquels v. *supra* n°17.

⁴⁷ La situation à laquelle se trouvent actuellement confrontés plusieurs peuples brésiliens et guyanais, soumis aux attaques des orpailleurs sans la moindre velléité d'intervention du gouvernement du président Bolsonaro, atteste suffisamment de l'impuissance du droit international face aux Etats mettant en œuvre une politique de laisser-faire. V. par ex., sur le site de Survival International : <https://www.survivalinternational.fr/actu/12163> ; ou sur le site de Geo : <https://www.geo.fr/environnement/guyane-francaise-emotion-apres-la-mort-dun-chef-indigene-au-bresil-196820>

peuples autochtones sur certaines terres⁴⁸. Encore faut-il immédiatement souligner l'ambivalence de cette mesure. La logique de protection peut être réelle. Ainsi est-il admis, en application de l'article 18 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie⁴⁹ qui pose pour principe que « *Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables* » (règle des « 4i »), que les terres coutumières sont non seulement insaisissables, mais aussi qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une expropriation, même d'utilité publique, pas plus que d'une usucapion de la part de tiers. C'est donc une mesure de protection forte. Mais cette protection s'accompagne d'une contrainte non moins forte, puisqu'elle limite considérablement l'étendue des droits des peuples autochtones sur leurs terres, en dépit de l'article 1.4 de l'Accord de Nouméa qui précise que le statut coutumier des terres « *ne doit pas être un obstacle à la mise en valeur* ». Non seulement les terres coutumières ne peuvent être cédées, mais elles ne peuvent pas plus faire l'objet de certains droits réels, par exemple d'hypothèques⁵⁰, ce qui nuit à la capacité des clans kanaks à accéder à l'emprunt pour assurer la mise en valeur de ces terres. La mesure se situe donc, souvent sous couvert de respect de la conception particulière de la relation à la terre des peuples autochtones, entre protection et paternalisme. En sens inverse, on a vu⁵¹ dans le système australien comment l'Etat peut lui-même contourner le principe d'inaliénabilité des terres ancestrales, en autorisant les trusts gestionnaires des *land rights* à lui concéder des baux emphytéotiques sur les territoires aborigènes, à charge pour lui, au travers d'une agence gouvernementale, de les sous-louer à des investisseurs privés.

38. Les Etats peuvent d'ailleurs rencontrer des difficultés à faire respecter la règle de l'inaliénabilité des terres autochtones par les opérateurs privés. Ceux-ci n'hésitent pas, en effet, à déployer des fraudes ou à commettre des irrégularités pour accéder à la propriété de ces terres convoitées. C'est ce qu'illustre très bien l'affaire *Álvarez y Marín Corporación SA v. Republic of Panama*⁵², dans laquelle un investisseur étranger était parvenu à acquérir, par des moyens frauduleux, des parcelles de terre situées dans une *comarca* et donc objets de droits fonciers collectifs des communautés autochtones locales, pour y construire un complexe hôtelier. L'intérêt de cette affaire va toutefois bien au-delà de la simple illustration des atteintes portées à l'inaliénabilité légalement consacrée des terres autochtones ; elle permet également de saisir les obstacles juridiques auxquels l'Etat peut se trouver confronté lorsqu'il entreprend de sanctionner l'investisseur indélicat et de rétablir la propriété autochtone. Lorsque l'opérateur privé est un investisseur étranger en situation de revendiquer en défense la protection de son investissement en application d'un traité bilatéral d'investissement, l'Etat-hôte se trouve potentiellement soumis à des obligations contradictoires : celle de protéger les droits fonciers de ses peuples autochtones en application des textes internationaux pertinents ; et celle de protéger les investisseurs étrangers en application des traités bilatéraux d'investissement. Juridiquement, ce conflit n'est pas aisé à résoudre. Mais l'arbitrage d'investissement est à cet

⁴⁸ Notamment, parmi les exemples envisagés dans cet article, en droit australien s'agissant des *land rights* ou en droit panaméen dans les *comarcas*.

⁴⁹ Loi n°99-209 du 19 mars 1999

⁵⁰ V. pour la Nouvelle-Calédonie, le rapport d'information sénatorial « Une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières : 30 propositions au service du développement des territoires » du 23 juin 2016, et plus spécialement la partie relative à la mise en valeur des terres en contexte coutumier - <https://www.senat.fr/rap/r15-721/r15-7214.html>

⁵¹ *Supra* n°17.

⁵² 12 oct. 2018, aff. CIRDI n°ARB/15/14; « Panama defeats claim over ecotourism resort », *Global Arbitration Review*, 17 octobre 2018

égard indéniablement marqué par une évolution en faveur d'une prise en considération croissante de la situation particulière des peuples autochtones. Dans l'affaire *Álvarez y Marín*, le tribunal CIRDI a ainsi refusé à l'investisseur le bénéfice de la protection conventionnelle et s'est déclaré incompétent, en retenant que son investissement, réalisé par des moyens frauduleux, ne constituait pas un « investissement protégé » au sens du TBI, dans lequel le tribunal a identifié une exigence implicite de légalité de l'investissement⁵³.

39. Cette décision s'inscrit dans un mouvement, qu'il faut saluer, de prise de conscience progressive, par les autorités judiciaires internationales et nationales, de la nécessité d'assurer la protection juridique des peuples autochtones. Si le droit à la vie ou le droit à un environnement sain constituent désormais des fondements solides et bien acquis de cette protection, la question des droits fonciers ne doit pas être négligée et mérite d'être explorée plus avant. Une part importante du développement de nos sociétés « modernes » s'est faite sur la spoliation des peuples autochtones, qui a bien souvent été justifiée par l'exploitation et la dénaturation de leurs propres concepts de la « propriété ». Il s'est avéré commode de s'appuyer sur la relation « désintéressée » de ces peuples à la terre pour leur nier tout droit sur celle-ci, et/ou sur les ressources qu'elle recèle... Désormais, il doit en aller autrement. Car si notre approche de la relation à la terre par l'appropriation ou la réservation de ses usages n'est pas conforme à la conception très spirituelle que se font la plupart des peuples autochtones de cette relation, cela ne les a pas empêchés -parfois avec l'aide d'ONG qui font un travail remarquable - d'acculturer ces conceptions pour bâtir des stratégies juridiques recevables devant les justices étatiques, nationales ou supranationales. Ils ont ainsi obtenu des victoires juridiques majeures pour faire valoir « leurs » droits fonciers, et ce non seulement dans la dimension matérielle que nous leur conférons dans notre culture, mais aussi parfois dans leur dimension spirituelle. Si les peuples autochtones ont ainsi su s'approprier notre conception matérialiste de la relation à la terre, formons le vœu que nous parvenions, en sens inverse, à y intégrer un peu de leur approche spirituelle.

⁵³ Sur la question, v. : E. Teynier, « L'office de l'arbitre d'investissement : le cas particulier de l'investissement illicite », *Revue de l'Arbitrage*, 2019 (n°1), p. 117.