



Convention 21-23

Mai 2024

Rapport final de recherche

Le droit d'accès à la justice environnementale des peuples et communautés autochtones

Sous la direction scientifique de Victoria Chiu,
Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3,
Institut de droit de l'environnement (CNRS UMR 5600 EVS-IDE)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien de l'Institut des Etudes et de la Recherche sur le Droit et la Justice (IERDJ, ex. Mission de recherche Droit & Justice, convention n°21-23 du 03/05/2021). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de l'Institut.

Remerciements

La direction scientifique tient à remercier chaleureusement l'ensemble des enseignants-chercheurs qui ont contribué à la présente recherche. Chacun a permis, par son expérience et sa connaissance du terrain de contribuer à la concrétisation du projet. Qu'il nous soit permis ici de remercier également chaleureusement Alexandra Gasmi, gestionnaire financière et administrative de l'Institut de droit de l'environnement, pour son aide et son soutien.

Ont contribué à la réalisation du projet, les enseignants-chercheurs suivants :

Philippe Billet, Professeur agrégé de droit public, Directeur de l'Institut de droit de l'environnement (CNRS, UMR 5600 EVS, IDE), Université Jean Moulin Lyon 3 ;

Leslie Cloud, doctorante en droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, membre de l'IE2IA et du réseau JUSTIP (*Justice and Indigenous Peoples Rights*) et chargée de recherche Peuples Autochtones pour l'IFJD ;

Victor David, ; Chargé de Recherche à l'IRD, UMR SENS (IRD-CIRAD-UPV Montpellier 3) ;

Elise Gadea, Docteure en sociologie, membre de l'Institut des Hautes Études de l'Amérique latine et chercheuse associée à l'Institut français des Études andines (*Instituto Francés de Estudio Andinos*) ;

Luis Miguel Gutierrez, Maître de conférences en droit public, CECOJI - Université de Poitiers ;

Philippe Karpe Juriste, Directeur de recherches en droit, Cirad-UMR SENS ;

Geneviève Motard, Professeur de droit, Faculté de droit, Université Laval (Canada), Directrice du Centre interuniversitaire d'études et de recherche autochtones (CIÉRA), membre du Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP), membre du Centre pour la conservation et le développement autochtones alternatifs (CICADA) (axe Droits des peuples autochtones et interlégalités) ;

Alexis Le Quinio, Professeur de droit public, Université de Limoges, membre de l'OMIJ ;

Pilar Moraga Sariago, Professeure au Centre du droit de l'environnement de la Faculté de Droit de l'Université du Chili ;

Ludovic Pailler, Professeur en droit international privé à l'Université Jean Moulin - Lyon 3, Directeur de la Clinique juridique de l'Université Jean Moulin Lyon 3, membre de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EA-4185), membre du Centre de recherche sur le Droit international privé (CREDIP) ;

Loïc Peyen, Maître de conférences de droit public, Université Toulouse 1 Capitole, membre de l'Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'environnement (IEJUC – EA 1919).

Nous remercions également les personnes suivantes pour les éclairages apportés à l'occasion d'échanges, séminaires et table ronde :

Adèle De Mesnard, docteure en droit public, avocate, membre associé de l'Institut de droit de l'environnement ;

Caroline Delattre, doctorante en géographie, Université Bordeaux Montaigne, membre de l'Institut des Amériques ;

Simon Maraud, docteur en géographie, en post-doctorat à l'Université Paris Saclay ;

Emmanuelle Vulin, doctorante en droit public, Université Lumière Lyon 2.

L'Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice sera enfin remercié pour son soutien constant, sa disponibilité et sa compréhension.

SOMMAIRE

Introduction

I. *Objectifs de la recherche*

II. *Méthodologie retenue*

A/ Méthode comparative

B/ Méthode analytique

C/ Approche pluridisciplinaire

III. *Les difficultés rencontrées*

IV. *La justice environnementale en contexte autochtone : éclairages terminologiques*

A/ Définition de la notion de justice environnementale

B/ La justice environnementale et les concepts de terre(s), territoire(s), ressources naturelles

C/ L'exercice de la justice environnementale en France dans la perspective autochtone

PARTIE I

La participation des peuples autochtones au processus décisionnel en matière d'environnement

Chapitre 1. La reconnaissance de l'obligation de consulter les peuples autochtones en droit international

Chapitre 2. Le bilan mitigé du respect de l'obligation de consulter dans les systèmes juridiques internes

PARTIE II

L'adaptation des actions en justice : une garantie essentielle du droit d'accès à la justice environnementale des peuples autochtones

Chapitre 1. L'adaptation des actions en justice au contexte autochtone

Chapitre 2. L'identification des limites du droit d'accès à la justice environnementale

Table des abréviations

<i>AADPIC</i>	<i>Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce</i>
<i>ADRAF</i>	<i>Agence de développement rural et d'aménagement du foncier</i>
<i>AHAAG</i>	<i>Assemblée des Hautes Autorités Autochtones de Guyane</i>
<i>APA</i>	<i>Mécanisme d'Accès et de Partage des Avantages</i>
<i>BAPE</i>	<i>Bureau d'audience publique sur l'environnement</i>
<i>CBJNQ</i>	<i>Convention de la Baie-James et du nord québécois</i>
<i>CCE</i>	<i>Conseil Consultatif de l'Environnement</i>
<i>CCEBJ</i>	<i>Comité consultatif pour l'environnement de la Baie-James</i>
<i>CCEK</i>	<i>Comité consultatif de l'environnement Kativik</i>
<i>CEPIL</i>	<i>Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté</i>
<i>CESE</i>	<i>Conseil Économique Social et Environnemental</i>
<i>CNEQ</i>	<i>Convention du nord-est québécois</i>
<i>CNTI</i>	<i>Commission nationale de territoires indigènes</i>
<i>COMEV</i>	<i>Comité d'évaluation</i>
<i>COMEX</i>	<i>Comité d'examen</i>
<i>CONADI</i>	<i>Corporation Nationale du Développement Indigène</i>
<i>COFIL</i>	<i>Comité de pilotage</i>
<i>CPA</i>	<i>Conseil des peuples Atacameños</i>
<i>CQEK</i>	<i>Commission de la qualité de l'environnement Kativik</i>
<i>DNUPNA</i>	<i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i>
<i>ECMPO</i>	<i>Espaces Côtiers Maritimes des Peuples Originaires</i>
<i>ERA</i>	<i>Ententes sur les répercussions et les avantages</i>
<i>GDPL</i>	<i>Groupements de droit particulier local</i>
<i>ICPE</i>	<i>Installations classées pour la protection de l'environnement</i>
<i>INRA</i>	<i>Institut National de la Réforme Agraire (Bolivie)</i>
<i>LC 82</i>	<i>Loi constitutionnelle de 1982 (Canada)</i>
<i>LQE</i>	<i>Loi sur la qualité de l'environnement</i>
<i>OEB</i>	<i>Office européen des brevets</i>
<i>OIT</i>	<i>Organisation Internationale du Travail</i>
<i>ONG</i>	<i>Organisations non gouvernementales</i>
<i>ONIC</i>	<i>Organisation nationale indigène de Colombie</i>

<i>ONU</i>	<i>Organisation des Nations Unies</i>
<i>PIL</i>	<i>Province des Îles Loyauté</i>
<i>RLRQ</i>	<i>Recueil des lois et des règlements du Québec</i>
<i>SIVOSPI</i>	<i>Système d'information de violence politique contre les peuples indigènes</i>
<i>TIOC</i>	<i>Territoires indigènes originaires paysans</i>
<i>UE</i>	<i>Union européenne</i>
<i>ZDUC</i>	<i>Zones de Droit d'Usage Collectif</i>

INTRODUCTION GÉNÉRALE

I. Objectifs de la recherche et problématiques retenues :

Le présent projet de recherche intitulé « Le droit d'accès à la justice environnementale des peuples et des communautés autochtones » s'insère dans le premier axe de réflexion *Accès à la justice et intérêt à agir* de l'appel à projets « Justice et écologie » publié par la Mission Droit et Justice en 2020.

Au moment où la notion de justice environnementale semble s'inscrire au cœur des préoccupations nationales et internationales, les peuples et les communautés autochtones¹ sont les premières victimes des atteintes à l'environnement liées au modèle actuel de développement économique alors que, dans le même temps, elles sont celles qui sont le moins bien armées pour défendre leurs droits. Ces peuples demeurent encore globalement marginalisés, particulièrement dans la prise de décisions qui sont susceptibles d'engendrer les dommages écologiques les plus importants, alors même qu'ils en seront, *a priori*, les premiers affectés.

¹ Dans le cadre de notre projet, nous avons fait le choix d'utiliser l'expression « peuples et communautés autochtones » afin de tenir compte de la variété des qualifications juridiques présentes dans les différents systèmes juridiques étudiés. Par ailleurs, les appellations telles que « peuples indigènes », « peuples originaires », « premières nations » sont employées dans le cadre de notre rapport comme désignant les peuples autochtones. S'agissant de l'Amérique latine, « *el indio, el indígena, el nativo, el aborigen, el originario*, et par extension *el campesino* (paysan) constituent autant de déclinaisons nominatives successives qui mettent en évidence un traitement spécifique et continu, historique et légal de l'autochtone dans cette région [Amérique du Sud et du Centre] si diversifiée. Certains termes sont aujourd'hui abandonnés, voire prohibés, d'autres sont toujours en vigueur. Selon les pays, ils sont usités de manière formelle ou informelle, exclusive ou concurrente. Toutes ces nominations peuvent être considérées comme des héritages historiques régionaux auxquels vient s'ajouter ce phénomène récent qu'est l'utilisation croissante de noms de peuples précis, officialisés ou résultant d'un processus d'auto-nomination, qui rappelle la composition extrêmement diversifiée de la catégorie sociale et politique de l'autochtonie », L. Cloud, V. González et L. Lacroix, « Catégories, nominations et droits liés à l'autochtonie en Amérique latine Variations historiques et enjeux actuels », in I. Bellier, (dir.), *Peuples autochtones du monde. Les enjeux de la reconnaissance*, Paris, l'Harmattan, 2013, p. 42.

S'il n'existe pas de définition unanimement admise de la catégorie juridique « peuple autochtone », nous nous appuyons sur la définition donnée par l'article 1.1, b) de la Convention 169 de l'OIT du 27 juin 1989 qui affirme qu'elle s'applique aux peuples considérés comme autochtones « 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 institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles ». Au-delà de cette définition, le rapport Cobo pose le critère de l'auto-identification en indiquant que « du point de vue de l'individu, l'autochtone est la personne qui appartient à une population autochtone par auto-identification (conscience de groupe) et qui est reconnu et acceptée par cette population en tant que l'un de ses membres (acceptation par le groupe). Cela laisse aux communautés autochtones le droit et le pouvoir souverain de décider quels sont leurs membres, sans ingérence extérieure », J. Martínez Cobo, *Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, 1986, 5 vol., E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, p. 32, § 391-392.

Notre projet s'est donné comme objectif à identifier le droit d'accès des peuples autochtones à la justice environnementale, dans sa nature comme dans ses modalités, son application concrète et ses effets juridiques dans un espace géographique délimité. Il s'agissait d'envisager comment le droit d'accès au juge a été adapté en matière environnementale et quelles sont les spécificités des juridictions, des recours, des procédures qui permettent aux peuples autochtones de défendre leurs droits environnementaux de manière effective et efficace. Il s'agissait ainsi de s'interroger sur l'existence de mécanismes permettant un accès au juge et à des recours efficaces pour des peuples dont l'existence a été affectée par l'exposition à des activités polluantes causant des dommages à leur environnement et à leur santé. Dans le cadre de notre projet, se posait également la question de l'identification de l'existence d'obligations juridiques clairement définies pour les personnes publiques afin d'offrir des recours efficaces. Par ailleurs, la présente recherche avait comme ambition d'identifier les défis à relever et les efforts qui ont été déployés pour améliorer l'accès à la justice environnementale et aux voies de recours.

II. Méthodologie retenue :

1. Méthode comparative :

L'approche retenue était tout d'abord comparative à travers l'étude des droits nationaux de certains Etats latino-américains (Bolivie, Colombie, Costa Rica, Chili, Equateur, Mexique, Pérou), du Canada (Québec), de la Norvège, de la Suède et de la France. Par ailleurs, notre recherche a été enrichie par l'étude du droit international public, du droit international privé et par une analyse pluridisciplinaire (sociologique et anthropologique).

L'intérêt d'un périmètre de comparaison aussi large était de permettre d'étudier cette question dans des cadres juridiques différents. En effet, si les problèmes juridiques rencontrés dans le domaine de l'environnement sont sensiblement les mêmes pour les peuples autochtones, les modalités de reconnaissance et, éventuellement, de garantie de leurs droits, sont très diverses. Il était, dès lors, intéressant d'observer comment des systèmes juridiques très différents répondent (ou non) aux aspirations et particularités des peuples autochtones quant à la défense de leurs droits.

2. Méthode analytique :

L'objectif de notre rapport de recherche n'était pas d'établir de monographies relatives à l'ensemble des peuples autochtones vivant sur le territoire des Etats étudiés. Le choix a été fait de privilégier l'élaboration d'un travail analytique et de systématisation mettant en avant les points de convergences et de divergences en matière d'accès à la justice environnementale.

3. Approche pluridisciplinaire :

Si notre projet de recherche repose essentiellement sur une démarche positiviste propre aux juristes, il a également intégré les différents travaux de recherche menés par des géographes, sociologues et anthropologues et qui concernent le domaine de la justice environnementale et des peuples et communautés autochtones.

La collaboration avec des géographes ayant déjà travaillé sur la problématique des peuples et communautés autochtones dans les Etats étudiés nous a permis de mieux connaître les territoires autochtones et leur perception par les peuples et communautés concernés et, ainsi, d'identifier la nature et la réalité des conflits environnementaux, qu'ils soient passés, présents ou à venir, dans leurs déterminants comme dans leur appréhension par eux.

Cette connaissance est indispensable pour identifier les populations autochtones et les rendre visibles au juriste, dans leurs particularités et pour comprendre comment ces peuples ou communautés se sont ou (non) appropriés, voire ont transformé la justice environnementale et pour comprendre comment et dans quelle mesure le droit s'est saisi de ces particularités, s'agissant notamment des jeux et enjeux de territoires, des jeux et enjeux sur le territoire et des conflits qu'ils génèrent. Il était notamment question d'étudier les avantages ou les inconvénients procurés aux peuples autochtones lorsqu'ils habitent dans des endroits où la nature est « sanctuarisée » (parcs, réserves, etc...), leur association à sa gestion, les conflits que cela détermine.

Est-ce que cela permet de faciliter l'accès à une justice environnementale ou, au contraire, amène plus d'inégalités, voire renforce les inégalités existantes ? Les espaces naturels protégés constituent-ils des vecteurs de justice ou d'injustice pour les populations autochtones ? Il ne faut en outre pas oublier que, le plus souvent, les droits reconnus aux peuples et communautés autochtones sur leurs terres ne remettent pas en cause la souveraineté de l'Etat sur les richesses

des sous-sols et l'objectif d'exploitation de ces dernières, qui obèrent la protection de la superficie, en contradiction manifeste avec la perception globale qu'ils ont de leur environnement. Ces perceptions, identifiées et décryptées par les anthropologues, permettent de mieux comprendre les ressorts des actions engagées, souvent loin d'intérêts simplement matériels, la difficulté de leur formulation dans un contexte juridique fermé à certaines préoccupations et l'incompréhension des résultats (comme les conflits entre droits de propriété individuelle et droits de propriété « collective », pour autant que la notion même de propriété ait un sens pour certains peuples autochtones, qui doivent séculariser leur perception du monde pour l'inscrire dans un contexte juridique qui, dans une large mesure, leur échappe culturellement).

Les analyses anthropologique et sociologique sont donc particulièrement éclairantes pour confronter la conception occidentale à une conception « holistique » de la nature très présente chez les peuples autochtones. Il est déterminant de connaître les conséquences de cette dualité dans la perception autochtone de la justice environnementale et de savoir comment ces communautés se sont appropriées les normes juridiques permettant de concrétiser la justice environnementale, comment elles s'organisent et se structurent pour tenter de faire entendre leur voix dans la protection, la gestion voire l'exploitation des ressources naturelles se situant sur leurs terres.

Cette étude pluridisciplinaire s'est appuyée sur des recherches déjà entreprises mais également sur des études de terrain menées dans le cadre du projet et concernant les peuples et les communautés autochtones en France, au Canada et en Amérique du Sud.

Notre recherche s'est appuyée sur les résultats obtenus par les trois mémoires de stage, financés dans le cadre de notre projet et rédigés par des étudiants en Master 2^{ème} année², par la

² Les mémoires suivants ont été co-encadrés par Philippe Billet et Victoria Chiu : 1/ *L'accès des peuples autochtones aux juridictions pour la défense de leurs droits (l'exemple du Costa-Rica et du Pérou)* rédigé par Madame Ingrid Sayou, étudiante en M2 Droit de l'environnement et l'urbanisme ; 2/ *Le règlement des contentieux internes en matière environnementale par des structures autochtones (l'exemple de la Bolivie, de la Colombie et du Mexique)* rédigé par Madame Natalia Vessova, étudiante en M2 relations internationales. Dans le cadre de ce mémoire, Madame Vessova a réalisé trois entretiens : le premier avec Claude Le Gouill, chercheur associé en sociologie et anthropologie au CREDA (Centre de recherche et de documentation sur les Amériques) à l'IHEAL - l'Université Sorbonne Nouvelle Paris 3, spécialiste de la question autochtone dans les Andes Boliviennes (les hautes terres). L'entretien a eu lieu le 16 novembre 2021. Le deuxième entretien était organisé avec Jean Foyer, chargé de recherche CNRS (Centre national de la recherche scientifique) au CREDA, spécialisé en sociologie et en anthropologie. Ses recherches portent notamment sur les mouvements sociaux autochtones et environnementaux au Mexique. L'entretien a eu lieu le 22 février 2022. Et enfin le dernier entretien était avec José Antonio Rivera Santivañez, avocat, professeur d'université et ancien juge au Tribunal Constitutionnel de Bolivie. L'entretien a eu lieu le 11 juillet 2022. Enfin, un troisième mémoire a été dirigé par Philippe Billet : 1/ *La prise en compte de la coutume autochtone dans le contentieux "ordinaire". Quelle influence sur le contentieux*

réalisation d'une mission de terrain au Chili³, par la tenue à Lyon d'une conférence donnée par Madame la Professeure Pilar Moraga le 18 janvier 2023⁴, d'un séminaire international le 12 juin 2023⁵, d'une table ronde pluridisciplinaire le 20 septembre 2023⁶ et d'une conférence donnée par Madame la Professeure Geneviève Motard le 21 septembre 2023⁷.

III. Les difficultés rencontrées

La réalisation des missions de terrain auprès des représentants des peuples autochtones en France et en Amérique du Sud a connu de nombreux obstacles. Si notre projet de recherche a été déposé en 2020, il a réellement débuté en 2021, période durant laquelle la crise de la COVID-19 a limité nos déplacements sur le terrain et la prise de contact avec les institutions représentatives des peuples autochtones. Par ailleurs, l'organisation des entretiens avec certains représentants des peuples autochtones a été difficile, certains préférant des entretiens en visioconférence. Enfin, l'organisation des entretiens et des missions sur le terrain s'est heurtée à une question plus générale liée à l'éthique de la recherche lorsqu'elle a comme objet les droits des peuples autochtones.

La question de l'éthique du chercheur s'est posée à de nombreuses reprises dans le cadre de notre recherche. En effet, le dialogue entre chercheurs non-autochtones et des représentants

environnemental ? (l'exemple du Paraguay et de la Nouvelle-Calédonie) mémoire rédigé par M. Fernando L. Rojas, étudiant en M2 Ethique, Ecologie et Développement durable.

³ La mission de terrain au Chili a été menée par Leslie Cloud en octobre 2023. Les entretiens suivants ont été menés : à Santiago avec le représentant de l'OPSAL (Observatoire plurinational des salines andines qui est un collectif créé pour protéger les salines andines et les zones humides contre l'avancée de l'extractivisme minier dans la Puna de Atacama) Ramón Balcázar Morales, coordinador de l'OPSAL au Chili et Directeur exécutif de la Fondation Tantí et avec Juan Carlos Cayo, avocat Aymara, membre de l'Institut National de Droit de l'Homme du Chili. Plusieurs entretiens avec des représentants des conseils des peuples autochtones ont également été menés : à San Pedro Atacama avec Vladimir Reyes, Peuple Lickanantay, Président du Consejo de Pueblos ; avec Oriana Mora de la Comunidad Atacameña de Peine, Consejo de Pueblos ; avec Francisco Mondaca, Peuple Lickanantay, Coordinateur général de l'Univité de l'environnement du Consejo de Pueblos Atacameños (CPA) ; avec Sergio Chamorro, Peuple Lickanantay, Avocat, Unité juridique du Consejo de Pueblos. Entretiens à Arica avec : Richard Fernández Chávez, Peuple Aymara, Coordinadora Aymara de Defensa de los Recursos Naturales de Arica-Parincacota; Marcela Gomez Mamani, Peuple Aymara, presidente de la Comunidad Aymara de Umirpa. Entretien à Puerto Natales avec Haydee Aguila, Peuple kawesqar, communauté Kawesqar Ata'p ; Entretiens à Punta Arenas avec Macarena Vargas Lopez, Peuple Kawesqar, Comunidad Jetakte ; Laeticia Caro, Peuple Kawesqar, Comunidad Nomades del Mar ; María Navarro Águila, Peuple Kawesqar, communauté Seno Obstrucción ; Inès Caro, Peuple Kawesqar, Comunidad Inès Caro.

⁴ La conférence tenue par Madame la Professeure Pilar Moraga portait sur « Les litiges climatiques : enjeux et défis pour l'Antarctique et les populations vulnérables ».

⁵ Le thème du séminaire international était « Regards croisés sur le droit d'accès des peuples et communautés autochtones à la justice environnementale »

⁶ La table ronde portait sur « Terres, territoires, ressources naturelles et peuples autochtones ».

⁷ La conférence tenue par Madame la Professeure Geneviève Motard portait sur « La résurgence des ordres et traditions juridiques autochtones dans l'espace public : perspectives du Québec et du Canada ».

des communautés autochtones peut se nouer difficilement, car ces derniers voient parfois la recherche avec méfiance et appréhension. Créer une relation de confiance est très difficile voire impossible lorsque les missions de terrain durent quelques jours.

Pour les recherches menées dans certaines disciplines telle que l'anthropologie⁸ ou encore l'ethnologie⁹ la durée pour créer ce lien de confiance peut être même de l'ordre de plusieurs années. En outre, le partage de certaines valeurs par les peuples autochtones telles que la réciprocité conditionne la mise en place d'un dialogue entre les chercheurs et ces peuples. Cela a été un des obstacles rencontrés, notamment pour la mission de terrain réalisée au Chili, les interlocuteurs autochtones investissant les recherches en termes de temps et de savoirs sans nécessairement recevoir de compensation, quel que soit sa nature, dans la recherche menée. En outre, ces derniers n'ayant généralement pas été associés au stade de la conception du projet de recherches, cela peut provoquer des réticences de leur part.

Si au Canada, il existe un cadre éthique désormais établi pour la recherche impliquant les peuples autochtones¹⁰, tel n'est pas vraiment le cas de la France¹¹. En effet, les chercheurs canadiens doivent respecter une série d'obligations bien précises lorsque la recherche porte ou implique les peuples autochtones. Tel est le cas de l'obligation d'obtenir la participation de la communauté à la recherche impliquant des autochtones, lorsque la recherche est menée sur les terres autochtones ou lorsque le projet cherche à connaître les savoirs traditionnels ou les caractéristiques particulières d'une communauté. Toutes les entrevues faites par un chercheur doivent se faire en recueillant au préalable le consentement libre, préalable et éclairé de la communauté. Et dans le cas où les résultats pourraient avoir des conséquences sur l'ensemble de la communauté visée, il est nécessaire de conclure, avant toute enquête de terrain et entretien, des conventions entre les autorités coutumières concernées et les chercheurs.

⁸ Voir le témoignage de E. Duchesne, « Éthique et collaboration avec les communautés autochtones : la pratique ethnographique et les angles morts de la bureaucratie de la recherche », *Revue Canadienne de Bioéthique*, 2023, 6 (3-4), pp. 146-151.

⁹ M.-P. Bousquet, « Les recherches-action ou collaboratives sont-elles plus éthiques, Réflexions d'une ethnologue en milieu autochtone canadien », *Revue canadienne de bioéthique*, 2019, 2(3), pp. 26-33.

¹⁰ Chapitre 9 de *l'Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Instituts de recherche en santé du Canada, décembre 2022.

¹¹ Le règlement européen général sur la protection des données (RGPD) de 2016, entré en vigueur en 2018, est mal adapté à la recherche en contexte autochtone. En outre, la politique nationale de la science ouverte n'a pas été élaborée avec la participation des populations autochtones des territoires d'outre-mer.

Cependant, le modèle canadien n'est pas exempt de critiques car la prolifération des recherches ayant comme objet les autochtones et « l'imposition de balises éthiques pour les encadrer ne se sont toutefois pas faites sans une certaine bureaucratisation des relations de recherche : les formulaires, les protocoles et les demandes administratives sont plus nombreuses que jamais et ce pour tous les acteurs de la recherche, y compris pour les autochtones. D'ailleurs, les communautés autochtones ne sont pas toutes outillées de la même façon pour faire face à ces nouvelles réalités »¹². Sans aller jusqu'à la mise en place d'une telle bureaucratisation de l'éthique de la recherche, une réflexion sur l'éthique de la recherche portant sur les peuples autochtones et sur la recherche collaborative mérite d'être réalisée pour le cas français. Dans le cadre de notre rapport, la partie consacrée à la Guyane française s'inscrit dans le cadre de la recherche collaborative. Toutefois, ce type de recherches, tout de moins dans la discipline juridique, sont très marginales en France¹³.

IV. La justice environnementale en contexte autochtone : éclairages terminologiques

En mai 2019, la Plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité (IPBES), considérée comme étant le « GIEC de la biodiversité » publie le premier rapport d'évaluation mondiale sur la biodiversité et les services écosystémiques, basé sur environ 15 000 références scientifiques et gouvernementales. Il révèle un taux d'extinction des espèces sans précédent et établit que la santé des écosystèmes dont dépend l'humanité pour sa survie se dégrade plus vite que jamais¹⁴. Le rapport insiste sur l'importance des savoirs traditionnels autochtones et locaux et le rôle crucial des peuples autochtones et des communautés locales dans la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité¹⁵. Si les peuples autochtones représentent seulement 5% de la population mondiale, 80 % de la

¹² E. Duchesne, « Éthique et collaboration avec les communautés autochtones : la pratique ethnographique et les angles morts de la bureaucratie de la recherche », *op. cit.*, p. 146 et s.

¹³ Les études en la matière ont toutefois tendance à se multiplier depuis quelques années et à être davantage prises en considération. Ainsi, à titre d'illustration, la thèse de Zerah Bremond, intitulée *Le territoire autochtone dans l'Etat postcolonial : étude comparée des Etats issus de la colonisation britannique et hispanique* a été la première portant spécifiquement sur cette thématique à être qualifiée par la section 02 du CNU.

¹⁴ Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques, communiqué, Le dangereux déclin de la nature : Un taux d'extinction des espèces « sans précédent » et qui s'accélère, 5 mai 2019, disponible à l'adresse <https://www.ipbes.net/news/Media-Release-Global-Assessment-Fr> consulté le 1er septembre 2023.

¹⁵ Les deux rapports spéciaux du GIEC publiés en 2019 font le même constat ; rapport spécial du GIEC du 8 août 2019 « Changement climatique et terres émergées » et rapport spécial du GIEC du 24 septembre 2019 sur l'océan et la cryosphère dans le contexte du changement climatique.

biodiversité mondiale se situe dans des terres et territoires gérés par eux¹⁶. Leurs savoirs ancestraux et leur cosmogonie les placent en fer de lance d'une protection transgénérationnelle de la biodiversité.

La biodiversité terrestre et marine des territoires français d'outre-mer (notamment celle de Guyane française et de la Nouvelle-Calédonie) fait partie des « points chauds » de la biodiversité mondiale et elle est considérée comme la plus riche, mais aussi la plus menacée¹⁷. C'est également sur ces territoires que des peuples autochtones y habitent, sans qu'ils soient reconnus officiellement en tant que tels par l'Etat français.

À l'ère de l'Anthropocène¹⁸, les espaces naturels gérés par les peuples autochtones subissent une pression accrue de la part des Etats et des industriels, mettant en péril leurs moyens de subsistance, leur santé, leur bien-être et leur vie.

A/ Définition de la notion de justice environnementale

Dans le monde entier, les peuples autochtones sont en proie à de vives tensions avec les industries extractives en ce qui concerne les ressources et les territoires. Ces tensions autour de grands projets industriels ne sont pas nouvelles. L'histoire moderne est remplie d'histoires d'intrusion, de terres dépossédées et de possibilités anéanties de poursuivre des économies et des cultures traditionnelles. Les politiques publiques de transition écologique et d'adaptation au changement climatique augmentent le nombre de conflits portant sur les terres et les territoires autochtones et sur les ressources qui s'y trouvent. Ces conflits deviennent plus intenses et s'étendent à de nouvelles zones, telle que l'Arctique et à de nouvelles industries,

¹⁶ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, ONU, A/71/229, § 14.

¹⁷ MNHN, <https://www.mnhn.fr/fr/nouvelle-caledonie-une-biodiversite-d-une-grande-richeesse> (consulté le 1er décembre 2023) ; <https://www.mnhn.fr/fr/communique-de-presse/166-especes-de-la-faune-de-guyane-identifiees-comme-menacees> (consulté le 1er décembre 2023).

¹⁸ Le terme « anthropocène » a été proposé en 2000 par le biologiste américain Eugene F. Stoermer et le Prix Nobel de chimie néerlandais Paul Josef Crutzen. Ce terme qualifie l'époque géologique contemporaine caractérisée par les effets massifs des activités humaines sur la Terre et son atmosphère tels que le réchauffement climatique, la fonte des glaciers et de la banquise, l'élévation du niveau des mers et des océans, les pollutions, l'érosion de la biodiversité, des sols etc.

telles que les énergies renouvelables et l'aquaculture¹⁹. Pour les peuples autochtones, ces politiques s'inscrivent dans un nouveau genre de colonialisme : le colonialisme vert²⁰.

Face à l'augmentation des conflits territoriaux et environnementaux entre les peuples autochtones, les Etats et les entreprises qui les place dans une situation particulièrement précaire²¹, la justice environnementale est devenue un vecteur de revendication de leurs droits collectifs.

Les demandes de nature sociale, politique et environnementale fondées sur le droit à l'autodétermination, le droit au territoire et le droit à la culture s'inscrivent dans la perspective de justice environnementale²². Selon Sophie Thériault²³, le concept de justice environnementale inclut la possibilité pour les « groupes marginalisés », dont font partie les peuples autochtones, de participer aux processus décisionnels se rapportant aux projets pouvant affecter l'environnement et leur relation à celui-ci. L'accès à la justice environnementale se veut ainsi l'une des options face au racisme environnemental²⁴.

Si la notion de justice environnementale a émergé outre-Atlantique, l'intérêt scientifique prêté à cette notion en France a pu être considéré comme réduit²⁵. Cependant, en novembre

¹⁹ H.-K. Hernes, E. G. Broderstad, M. Tennberg (ed.), *Indigenous peoples, natural resources and governance. Agencies and interactions*, Routledge, 2022, p. 1.

²⁰ Saami Council, *Climate Change in Sápmi- an overview and a Path Forward*, Report, 2023, p. 63, disponible en ligne en anglaise à l'adresse suivante : <https://static1.squarespace.com/static/5dfb35a66f00d54ab0729b75/t/6436b8105bfc4f6b09b76f36/1681307700687/Sámi+Climate+Report-12042023.pdf> (consulté le 1er février 2024).

²¹ A. De Mesnard, *Déplacements environnementaux et peuples autochtones : repenser la responsabilité des Etats et de la communauté internationale*, thèse en droit, Université Jean Moulin – Lyon 3, soutenue le 1^{er} juillet 2019.

²² Delegates to the First National People of Color Environmental Leadership Summit, *Environmental Justice Principles*, 1991.

²³ S. Thériault, « Justice environnementale et peuples autochtones : les possibilités et les limites de la jurisprudence de la cour interaméricaine des droits de l'homme », *Révue Québécoise Droit Int*, 129-148, 2020, p. 6.

²⁴ Le mouvement moderne de justice environnementale a débuté aux Etats-Unis, dans les années 1980, lorsque plus de 500 militants de l'environnement et des droits civiques se sont réunis pour protester contre le déversement de plus de 6 000 camions de terre contaminée par des PCB dans une décharge à Acton, en Caroline du Nord, une petite communauté à majorité noire. Voir Office of Legacy Management (Agence fédérale américaine), *Environmental Justice History* disponible à l'adresse internet suivante <https://www.energy.gov/lm/environmental-justice-history>. L'expression de justice environnementale, apparaît dans les écrits de Benjamin Chavis, leader du mouvement des droits civils aux Etats-Unis, qui la définit de la manière suivante « *Racial discrimination in environmental policy-making, the enforcement of regulations and laws, the deliberate targeting of communities of colour for toxic waste facilities, the official sanctioning of the life-threatening presence of poisons and pollutants in our communities, and the history of excluding people of colour from leadership of the ecology movements* », <https://sencanada.ca/en/senators/mccallum-mary-jane/interventions/603505/42> (consulté le 1er décembre 2023).

²⁵ C. Lejeune, V. Deldrève, « Justice environnementale d'un point de vue francophone », *Développement durable et territoires*, n° 3 – numéro anniversaire : 20 ans à la croisée de la durabilité et des territoires, 2022, p. 1. Il convient toutefois de noter la publication d'un ouvrage collectif sur *Le droit d'accès à la justice en matière*

2023, le Muséum national d'histoire naturelle s'est saisi de la problématique de la justice environnementale en publiant un Manifeste sur ce sujet²⁶. L'objectif du Manifeste est d'apporter un éclairage scientifique sur la question en replaçant l'histoire naturelle au cœur de la notion de justice environnementale. Si ce travail a été réalisé par un groupe de dix experts pluridisciplinaires²⁷, il est regrettable de remarquer la présence d'un seul juriste étant donné l'importance du sujet traité²⁸. Ceci étant dit, le Manifeste insiste sur la nécessité de reconnaître les savoirs autochtones en matière de gestion de l'environnement et de garantir leur participation aux processus décisionnels locaux et internationaux.

La notion de justice environnementale a fait l'objet de plusieurs tentatives de théorisation par des chercheurs anglo-saxons issus d'autres disciplines que le droit (notamment en philosophie et science politique). Ces théories sont nombreuses et variées²⁹. Cependant, comme le démontre le professeur en sciences politiques à l'Université de Sidney, David Schlosberg³⁰, la justice environnementale semble reposer sur la reformulation des problèmes environnementaux en enjeux de justice, à savoir la justice distributive, la justice de la reconnaissance (sociale, collective et individuelle) et la justice procédurale. La justice distributive traite des injustices socio-économique et propose des solutions concernant la restructuration économique, tels que la redistribution des revenus³¹. En contexte autochtone, il s'agit de garantir que les politiques environnementales sont adoptées en répondant aux intérêts et les besoins des peuples autochtones.

La justice de la reconnaissance se concentre sur les injustices liées à des « modèles sociaux de représentation, d'interprétation et de communication : la domination culturelle, le déni de reconnaissance et le mépris »³². C'est par exemple le cas lorsqu'il y a un manque de

d'environnement sous la direction de Julien Bétaille, PU Toulouse, 2018, 389 p. Cependant, la question autochtone n'est quasiment pas traitée.

²⁶ Muséum national d'Histoire naturelle, *Manifeste du Muséum : Justice environnementale*, novembre 2023, 96 p.

²⁷ Le groupe de travail était composé d'anthropologue, sociologue, économiste, démographe, climatologue, philosophe, géographe et écologue.

²⁸ Il s'agit de N. Belaïdi, directrice de recherche au CNRS.

²⁹ Pour un aperçu global sur ce point voir J. Vanasse, *Aires protégées d'initiative autochtone dans la réforme de la loi sur la conservation du patrimoine naturel : une meilleure justice environnementale pour les acteurs autochtones impliqués ?*, mémoire, (dir. D. Farget), Université du Québec, Montréal, septembre 2023, 153 p., voir notamment p. 8 à p. 20.

³⁰ David Schlosberg, *Defining Environmental Justice. Theories, Movements, and Nature*, Oxford University Press, 2007, 238 p.

³¹ N. Fraser, « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du MAUSS*, n° 23, 2004, p. 155.

³² *Ibid.*

reconnaissance des pratiques autochtones de pêche et de chasse. Pour remédier à une telle injustice, il convient d'opérer des changements culturels et symboliques pouvant mener à des transformations institutionnelles³³. La reconnaissance est garantie lorsque les systèmes de savoirs, les traditions juridiques et les ontologies autochtones qui les fondent sont valorisées et respectées. En ce qui concerne la justice procédurale, il s'agit d'assurer une participation effective des peuples autochtones à toutes les étapes du processus décisionnel et de leur garantir une participation sur un même pied d'égalité que les autres acteurs publics et privés. Ils doivent avoir accès à toutes les informations concernant les enjeux et les risques environnementaux qui les touchent. Par ailleurs, la justice procédurale garantit également qu'il existe des instances juridiques pertinentes pour protéger les droits des peuples autochtones grâce à un processus judiciaire indépendant et rapide, qui tend à la réparation des dommages environnementaux. En pratique, les mouvements sociaux portant sur la justice environnementale revendiquent généralement ensemble la justice distributive, la reconnaissance et la justice procédurale, les trois piliers étant en étroite corrélation.

La Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998 traduit dans le droit international la justice environnementale dans son volet procédural³⁴. La France avait ratifié la convention en 2002, mais en excluant de son champ d'application la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis et Futuna³⁵.

L'article 9 de la Convention concrétise le droit d'accès à la justice en matière environnementale en affirmant que « chaque partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités

³³ *Ibid.* ; D. Schlosberg, *op. cit.*, p. 16.

³⁴ La convention, signée sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, est entrée en vigueur le 30 octobre 2001 et elle compte actuellement 47 Etats partis. Pour les Etats de l'Amérique latine et des Caraïbes, un autre texte international a été adopté en 2018. Il s'agit de l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes du 4 mars 2018 signé à Escazu et entré en vigueur le 22 avril 2021. Actuellement, il y a 24 Etats signataires et 16 Etats ayant ratifié l'accord. Contrairement à la convention d'Aarhus, l'accord d'Escazu laisse une place importante aux peuples autochtones. Dans le cadre de l'Accord, les Etats parties se réunissent régulièrement dans le cadre des conférences des Parties, la COP3 a eu lieu en avril 2024 à Santiago du Chili. La prochaine COP est prévue en avril 2026.

³⁵ En outre, elle a prononcé une déclaration interprétative concernant les articles 4,5 et 6 de la convention : « le Gouvernement français veillera à la divulgation des informations pertinentes pour la protection de l'environnement, tout en assurant la protection du secret industriel et commercial, en se référant aux pratiques juridiques établies et applicables en France ».

publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement »³⁶. Le même article va plus loin en exigeant que les procédures nationales offrent « des recours suffisants et effectifs, y compris un redressement par voie d'injonction s'il y a lieu »³⁷. Si les dispositions de cet article posent des garanties très larges pour l'exercice du droit à un recours effectif en matière environnementale³⁸, elles ne sont pas opérationnelles, car l'article 9 n'a pas d'effet direct en droit interne³⁹. En outre, la convention ne fait aucune mention des droits spécifiques qui seraient garantis aux peuples autochtones.

Qu'il s'agisse des textes internationaux se référant aux droits de l'homme⁴⁰, aux droits des peuples autochtones ou des textes se référant à la protection de l'environnement, le droit international public n'a eu de cesse de reconnaître le rôle primordial de ces peuples dans la préservation de l'environnement du fait de leurs connaissances spécifiques relativement à la gestion durable des ressources naturelles⁴¹. Parmi ces textes, deux portent directement sur les droits des peuples autochtones : la Convention n° 169 de l'OIT de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux⁴² et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007⁴³. Les deux textes sont fondamentaux car ils leur garantissent des droits collectifs de

³⁶ §3 de l'art. 9 de la Convention d'Aarhus.

³⁷ §4 de l'art. 9 de la Convention d'Aarhus.

³⁸ Le droit à un recours effectif au sens de la Convention d'Aarhus « doit être compris comme le droit d'accéder à une procédure qui permette que l'atteinte à l'environnement soit prévenue, cesse ou soit réparée », C. Hermon, « Le droit à un recours effectif. Du bon usage de l'office distinct des juges administratifs et civils », in J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière environnementale*, PU Toulouse 1 Capitoile, 2016 p. 145.

³⁹ Conseil d'Etat, 5 avril 2006, *Mme Dupont*, req. n° 275742.

⁴⁰ Le Pacte international des droits civils et politiques et notamment l'art. 27 qui reconnaît aux peuples autochtones le droit à la culture.

⁴¹ Voir la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 (principe 22), la Convention sur la diversité biologique de 1992 (art. 8(j)), la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable de 2002 (§25) et la Déclaration finale du sommet "Rio + 20" de 2012 (§ 197), la Convention n°169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de 1989 (art. 4 et art. 7).

⁴² La convention est entrée en vigueur le 5 septembre 1991. Elle a été ratifiée par 24 Etats. Parmi les Etats européens il y a l'Allemagne (en 2021), Danemark (en 1996), Espagne (en 2007), Luxembourg (en 2018), Norvège (en 1990), Pays-Bas (en 1998). Il convient de souligner que si la convention a été ratifiée par plusieurs Etats d'Amérique latine, des Etats tels que le Canada, les Etats-Unis, la Russie, la Suède, la Finlande, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la France refusent pour l'heure de s'y engager.

⁴³ Résolution des Nations Unies n°61/295 adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007.

nature environnementale⁴⁴ et plus généralement le droit d'accès à la justice⁴⁵. Si la convention n'a toujours pas été ratifiée par la France, la Déclaration de 2007 a bénéficié de son soutien. Alors même que la déclaration est dépourvue de valeur juridique, elle a une valeur politique pour les Etats qui l'ont signée. En outre, certains auteurs soulignent le caractère *sui generis* de la Déclaration, négociée avec les représentants de Peuples Autochtones et soutiennent sa forte légitimité ainsi que la juridicité de ses dispositions qui énoncent des droits déjà consacrés dans des Conventions internationales de droits humains⁴⁶. Plus encore, elle est susceptible de prétendre à la qualité de norme de droit international coutumier⁴⁷.

Si « accéder à la justice au nom de la protection environnementale n'est pas chose aisée »⁴⁸, pour les peuples autochtones cela est encore plus difficile. En effet, les défenseurs autochtones de l'environnement font régulièrement l'objet des attaques, des menaces de mort et des assassinats⁴⁹. Globalement, les défenseurs de l'environnement paient un lourd tribut pour leur engagement, particulièrement en Amérique du Sud. Cette région est celle où le plus grand nombre de militants environnementaux sont tués chaque année. Ce constat concerne tous les milieux puisqu'en juin 2022, le ministre de l'environnement de la République Dominicaine, Orlando Jorge Mera a été assassiné par balle. Le même mois était nommé, sous l'égide de la convention d'Aarhus, l'avocat Michel Forst, en tant que premier rapporteur spécial des Nations Unies pour la défense de l'environnement. L'objectif de cette fonction est de permettre de prendre des mesures pour protéger toute personne qui subit ou est menacée de manière

⁴⁴ L'art. 26 de la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 dispose que : « 1. Les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis. 2. 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 parce qu'ils leur appartiennent ou qu'ils les occupent ou les utilisent traditionnellement, ainsi que ceux qu'ils ont acquis. 3. Les Etats 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 ».

⁴⁵ Art. 40 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution n°61/295 adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 ; Art. 6 de la Convention n° 169.

⁴⁶ C. Charters, « La légitimité de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones », in C. Charters, R. Stavenhagen, (dir.), *La Déclaration des droits des peuples autochtones. Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 283-306.

⁴⁷ J.-B. Merlin, *Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination. Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme de droit international coutumier*, Thèse, Université Paris X, 2015, 718 p.

⁴⁸ E. Brosset, E. Truilhé, « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF*, ch. n° 7, 2018, p. 1 ; E. Brosset, « Enfin ! Le règlement Aarhus est révisé : un nouveau pas l'accès à la justice en matière environnementale ? », *RDLF*, ch. n° 5, 2022, p. 1.

⁴⁹ Par exemple, le rapport d'analyse mondiale de Front Line Defenders de 2020 précise qu'au moins 331 défenseurs des droits de l'homme ont été assassinés cette année-là, dont 69 % étaient des défenseurs de l'environnement et 26 % luttait plus particulièrement pour les droits des peuples autochtones.

imminente de pénalisation, de persécution ou de harcèlement pour avoir cherché à exercer ses droits dans le cadre de la convention d'Aarhus⁵⁰.

Michel Frost, dans une interview donnée au journal *El país* publiée le 05 juin 2023, évoquait son inquiétude concernant la situation des militants écologistes qui décidaient d'exprimer leur revendication par le biais de la désobéissance civile. Il affirmait ainsi « Je suis préoccupé par le fait que nombre d'entre eux [les militants écologistes] sont traduits en justice et condamnés à des peines de prison, comme au Royaume-Uni, ou à des amendes très lourdes [...]. Le juge ne comprend pas pourquoi ils ont choisi d'enfreindre la loi et je pense qu'ils doivent être traités différemment des autres criminels. [...] je vois de plus en plus de politiciens, comme en France ou en Autriche, traiter les défenseurs de l'environnement qui ont recours à la désobéissance civile comme des éco-terroristes. Je trouve honteux de comparer des personnes victimes d'un véritable terrorisme avec celles qui utilisent des méthodes non violentes pour sensibiliser la population à la nécessité de défendre l'environnement ».

La désobéissance civile apparaît comme une méthode quasi-naturelle pour les défenseurs de la nature en Amérique du Sud, particulièrement dans les peuples et les communautés autochtones. En effet, à la différence des courants européens de l'environnementalisme, essentiellement intellectuels, le conflit environnemental est un élément central de la défense de la nature par ces peuples, qui sont davantage victimes de la privation, directe ou indirecte, de leurs ressources. Cet environnementalisme des pauvres⁵¹ trouve dans la désobéissance civile un moyen d'action privilégié⁵². L'un des sujets de friction les plus importants réside dans les projets extractivistes menés dans la région. Dans ce domaine en particulier, il semble que les autorités étatiques connaissent des difficultés pour garantir les différents droits découlant de la

⁵⁰ Article 8 de la Convention : « 8. Chaque Partie veille à ce que les personnes qui exercent leurs droits conformément aux dispositions de la présente Convention ne soient en aucune façon pénalisées, persécutées ou soumises à des mesures vexatoires en raison de leur action ».

⁵¹ J. Martinez Alier, *El Ecologismo de los pobres : Conflictos ambientales y lenguajes de valoración*, 6^{ème} éd., Barcelona, Editorial Icaria, 2021, 503 p.

⁵² M. F. R., Vargas, D. C. Hidalgo, « Mapeo de Procesos de Resistencia Civil Indígenas ante Proyectos Extractivistas en la Zona Sur de los Andes (1990-2020) », *Historia Ambiental Latinoamericana Y Caribeña (HALAC) Revista De La Solcha*, 12(1), 2022, pp. 209–245. Dans cet article, les auteurs identifient plus d'une centaine de cas de luttes communautaires menées par des communautés autochtones en Argentine, en Bolivie et au Chili entre 1990 et 2020, le plus souvent dans le cadre d'une opposition à des projets extractivistes.

participation citoyenne (allant de la consultation préalable aux actions judiciaires) aux peuples et communautés autochtones qui sont les premières touchées par ces projets⁵³.

Rappelons que les Autochtones ont longtemps été invisibilisés et qu'il a fallu attendre les années 1990 pour réellement voir apparaître des mouvements autochtones d'ampleur dans la sphère publique comme politique⁵⁴.

La situation des défenseurs de l'environnement rappelle celle des défenseurs des droits de l'homme dans leur ensemble. Dans son rapport de décembre 2013, la rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Margaret Sekaggya proposait des recommandations pour assurer un cadre minimal de garantie de la protection des défenseurs des droits de l'homme dans l'exercice de leur activité. Elle proposait notamment que les Etats s'assurent « que les défenseurs peuvent réaliser leurs travaux dans un cadre juridique, institutionnel et administratif favorable. De même, ils devraient s'abstenir de criminaliser les activités pacifiques et légitimes des défenseurs, abroger toutes les dispositions administratives et législatives qui restreignent les droits des défenseurs et faire en sorte que la législation nationale respecte les principes de base du droit international et des normes internationales en matière de droits de l'homme [...] Veiller à ce que les politiques publiques, notamment les politiques et projets de développement, soient conçues et mises en œuvre de manière ouverte et participative, et garantir la participation active, libre et valable des défenseurs et des communautés concernées »⁵⁵.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme affirmait, dans une affaire relative à l'assassinat d'une militante environnementale, le rôle éminent de la protection de la nature dans le cadre de la défense des droits de l'homme : « il existe une relation indéniable entre la protection de l'environnement et la réalisation des autres droits de l'homme. La manière dont la dégradation de l'environnement et les effets néfastes du changement climatique ont affecté la jouissance effective des droits de l'homme sur le continent a fait l'objet de discussions au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains et des Nations unies. Il convient

⁵³ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales : protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Whashington, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/15, 2015, 190 p.

⁵⁴ P. Dávalos, « Movimientos indígenas en América Latina: El derecho a la palabra », en *Pueblos indígenas, Estado y democracia*, ed. Pablo Dávalos. CLACSO, Buenos Aires, 2005, pp. 17-33.

⁵⁵ M. Sekaggya, Rapport A/HRC/25/55 de la rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme. Comité des droits de l'homme, ONU, 2013, pp. 23-24

également de noter qu'un nombre considérable d'Etats parties à la Convention américaine ont adopté des dispositions constitutionnelles reconnaissant expressément le droit à un environnement sain. Ces progrès dans le développement des droits de l'homme sur le continent ont été reflétés dans le protocole additionnel à la Convention américaine sur les droits de l'homme dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels »⁵⁶.

Le droit d'accès à la justice est essentiel dans le cadre des litiges environnementaux et territoriaux en contexte autochtone. Il appelle à s'interroger sur les outils et les mécanismes juridiques à même de permettre aux peuples autochtones de faire valoir leurs droits de manière effective et d'obtenir une réparation juste et équitable en cas de leur atteinte. Ce droit d'accès implique d'une part, de garantir à ces peuples un droit d'accès à l'information et à la participation, seul à même de leur permettre de pouvoir remettre en question des décisions qui, selon eux, n'auraient pas pris en compte leurs droits et intérêts. D'autre part, il s'agit de garantir aux peuples autochtones une protection juridictionnelle effective de leurs droits individuels et collectifs pour lutter contre les injustices environnementales. Encore faut-il que les acteurs de la justice connaissent ces droits et disposent des moyens efficaces pour les appliquer.

B/ La justice environnementale et les notions de terre(s), territoire(s), ressources naturelles et savoirs traditionnels

1. Les territoires : significations juridiques, sociologiques et autochtones

La récupération des terres et des territoires ancestraux est au cœur des revendications des peuples autochtones qui ont été victimes d'une dépossession territoriale systématique. Les concepts de terre et de territoire ne sont pas définis de la même manière selon qu'on se place dans une perspective autochtone ou occidentale.

Dans la tradition juridique occidentale, le territoire constitue le support de l'autorité publique, ce support est l'espace terrestre, aérien et maritime sur lequel l'autorité publique exerce sa souveraineté. Le concept de territoire est intimement lié à la notion d'Etat. En effet, il n'y a pas d'Etat sans territoire, puisque le territoire organise l'ensemble des structures politiques et juridiques de l'Etat-Nation.

⁵⁶ Affaire *Kawas Fernández c. Honduras*. Fond, réparations et dépens, 3 avril 2009, Série C n° 196, § 148.

Les travaux en sciences sociales montrent que le concept de territoire doit être appréhendé dans sa complexité⁵⁷, le géographe Guy Di Méo étant un des auteurs ayant théorisé les différentes dimensions de cette complexité⁵⁸. Pour ce dernier, ces dimensions sont les suivantes :

- Une dimension identitaire, le territoire est support d'une identité collective qui conditionne notre rapport aux autres et à l'altérité⁵⁹ ;
- Une dimension politique, « le territoire traduit un monde de découpage et de contrôle de l'espace garantissant la spécificité et la permanence, la reproduction des groupes humains qui l'occupent ⁶⁰» ;
- Une dimension symbolique, certains éléments du territoire sont élevés au rang patrimonial, « contribuent à fonder ou à raffermir ou fonder le sentiment d'identité collective »⁶¹ ;
- Une dimension temporelle, car le territoire est de l'espace-temps⁶². Pour qu'un espace devienne un territoire, il « a besoin de l'épaisseur du temps (...) et du travail de l'imaginaire social »⁶³.

Dans la perspective autochtone, le territoire constitue « la "matrice" de ce que l'on pourrait appeler leur mode de vie. Il est, du point de vue des Autochtones, à la fois source de vie, de spiritualité, lieu de guérison, d'éducation, de socialisation, il incarne le passé, il est l'avenir. Et le devoir essentiel du présent est de le préserver »⁶⁴. Le territoire autochtone différerait ainsi de la « conception occidentale » au sens où il relèverait d'une vision holistique et d'un « principe de vie »⁶⁵. Les concepts de *vivir bien/buen vivir* et de Mère Terre (Pachamama) consacrés dans

⁵⁷ Les développements en géographie sociale ont été présentés par Caroline Delattre, doctorante en géographie à l'Université Bordeaux Montaigne, dans le cadre de la table ronde sur « Terres, territoires, ressources naturelles et peuples autochtones » organisé le 20 septembre 2023 à Lyon.

⁵⁸ G. Di Méo, *Géographie sociale et territoires*, Nathan, 1998, 320 p.

⁵⁹ G. Di Méo, « Géographies tranquilles du quotidien. Une analyse de la contribution des sciences sociales et de la géographie à l'étude des pratiques spatiales », *Cahiers de Géographie du Québec*, n° 118, 1999, p. 76.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, p. 77.

⁶² G. Di Méo, *L'Homme, la Société, l'Espace*, Anthropos, coll. Géographies, Paris, 1991, p. 144 et s.

⁶³ *Ibid.*, G. Di Méo cite le sociologue Michel Marié, auteur de l'ouvrage, *Un territoire sans nom. Pour une approche des sociétés locales*, Paris, Librairie des Méridiens, Klincksieck, 1982.

⁶⁴ Ch. Guay, Th. Martin, « L'ère/l'aire de la gouvernance autochtone : le territoire en question », *Revue canadienne des sciences régionales*, n° spécial, *La gouvernance territoriale : à l'épreuve des faits*, vol. 31, n° 3, p. 642.

⁶⁵ *Ibid.*

les Constitutions de l'Équateur en 2008 et de la Bolivie en 2009 sont issus d'une telle vision holistique.

Pour l'experte des droits des peuples autochtones en Amérique du Sud, Elisa Cruz Rueda, « la terre est un concept clef pour comprendre la cosmovision autochtone et montre que sa signification dans la perspective locale représente des valeurs qui dépassent de beaucoup le concept juridique de propriété »⁶⁶.

La même auteur précise qu'il convient de distinguer les concepts de terre et de territoire. La terre est une portion matérielle, à savoir l'espace physique du territoire, « où l'on peut exercer diverses activités humaines. Le territoire est un concept qui comprend la terre, mais qui inclut aussi d'autres éléments et attributs, comme l'espace physique, le pouvoir et, par conséquent, le contrôle des ressources humaines et matérielles (comme les ressources biologiques et minérales du sol et du sous-sol) »⁶⁷.

Le concept de territoire, mobilisé dans les discours autochtones, renvoie généralement à un espace d'appartenance dans lequel le groupe peut exercer des formes d'autonomie et de contrôle territorial. Il se distingue de la notion de terre, limitée à des fonctions nourricière et économique⁶⁸. Autrement dit, le territoire présente plus qu'un simple enjeu économique, il s'agit d'un lieu de reproduction identitaire. Le territoire possède des dimensions sociales, culturelles et spirituelles qui constituent des conditions préalables à la survie matérielle et culturelle des peuples autochtones⁶⁹. Il est la base de l'exercice de tous les droits collectifs des peuples autochtones. En raison de ses conséquences éventuelles de nature politique et juridique, son acceptation par la société majoritaire est cependant loin d'être gagnée partout. Au Chili, par exemple, les mots « territoire » et « peuple » autochtone ne figurent pas dans la Constitution

⁶⁶ E. Cruz Rueda, « Introducción », in *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, p. 19.

⁶⁷ E. Cruz Rueda, « Principios Generales del derecho Indígena », in *op. cit.*, p. 45 ; Voir aussi Ch. Masapanta Gallegos, « Le droit indigène dans le contexte constitutionnel équatorien : entre l'exigibilité des droits et la reconnaissance du pluralisme juridique », in A. Martin (dir.), *Les droits indigènes en Amérique latine*, L'Harmattan, coll. Droit comparé, 2015, p. 188.

⁶⁸ I. Hirt, « Enjeux de territoires, enjeux de savoirs. Jalons théoriques pour une interprétation transversale des reterritorialisation autochtones dans les Amériques », *Tsantsa, Revue de la Société Suisse d'Ethnologie*, 2017, p. 116.

⁶⁹ Collectif USART, « Géographie et anthropologie. Deux regards complémentaires pour l'étude des territoires des populations traditionnelles d'Amazonie brésilienne », *EchoGéo* 2008 : <http://journals.openedition.org/echogeo/9853>.

politique de 1980⁷⁰. La loi chilienne n° 19253 du 5 octobre 1993, dite *loi indigène* reconnaît les peuples autochtones seulement comme des ethnies présentes sur le territoire national et elle ne reconnaît pas l'existence des territoires autochtones⁷¹.

2. La relation particulière entre les peuples autochtones et la Terre

La problématique de la justice environnementale ne peut pas être étudiée dans un contexte autochtone sans tenir compte de la relation particulière qu'entretiennent les peuples autochtones avec la Terre. Le mot « terre » a un sens très large recouvrant tous les éléments de l'environnement⁷².

La relation des peuples autochtones avec la Terre est avant tout spirituelle, « elle est l'élément fondamental de leur existence et le substrat de toutes leurs croyances, leurs coutumes, leurs traditions et leur culture ; elle est la condition de leur survie en ce sens que leur mode de subsistance est traditionnel »⁷³.

⁷⁰ Notons que le projet de nouvelle constitution du 4 juillet 2022 se voulait novateur de ce point de vue et accordait une reconnaissance et une large place aux communautés autochtones. Néanmoins, ce nouveau paradigme n'est pas rentré en vigueur à la suite du large rejet du projet à l'occasion du référendum du 4 septembre 2022.

⁷¹ Art. 1 : « L'Etat reconnaît que les Autochtones du Chili sont les descendants des groupes humains qui existent sur le territoire national depuis l'époque précolombienne et qui conservent leurs propres manifestations ethniques et culturelles ».

⁷² N. Belaïdi, « Apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique » in J-C. Fritz et al., *La nouvelle question indigène. Peuples autochtones et ordre mondial*, l'Harmattan, 2005, pp. 401-424.

⁷³ A. Tiouka, Ph. Karpe, « Droits des peuples autochtones à la terre et au patrimoine », *JATBA, Revue d'Ethnobiologie*, numéro thématique « Conserver, gérer la biodiversité : quelles stratégies pour la Guyane ? », 1998, p. 612.

Dans le contexte français, les Kanak appréhendent différemment les éléments de la nature, la Terre et la Mer⁷⁴. Comme le proclame la Charte du peuple Kanak de 2014⁷⁵, leur lien à la Terre « traduit la relation charnelle et spirituelle d'un clan avec l'espace naturel où se situe son tertre d'origine où apparut l'ancêtre et avec les espaces des tertres successifs qui jalonnent son histoire. Plus largement, le lien à la terre traduit la relation affective liant la famille/le clan et la terre qui l'a vu naître et grandir ». Le Code de l'environnement de la province des Iles de Loyauté de 2016 souligne « la relation particulière des Kanak avec la nature et l'existence de modes de gestion et d'utilisation traditionnelles des milieux et ressources naturels qui s'appuient sur des savoirs locaux (...) »⁷⁶. Et le Code de l'environnement de la Province Nord de 2008⁷⁷ affirme que « l'identité kanak, en particulier, est fondée sur un lien spécifique à la terre et à la mer »⁷⁸. Pour les Kanak, l'environnement marin est appréhendé du point de vue de la loi coutumière comme partie intégrante de la terre⁷⁹.

Ce rapport à la terre est particulier et s'exprime dans une dimension transgénérationnelle. Dans les cultures autochtones des Etats étudiés, la terre ne doit pas être appréhendée comme une chose susceptible de faire l'objet d'une appropriation individuelle, mais comme un être vivant géré en commun par l'ensemble de la collectivité qui y vit. Plus encore, la Terre conditionne la survie des cultures Autochtones, la distinction occidentale culture/nature est ignorée par les peuples et communautés autochtones⁸⁰. Les rapports des Autochtones à la Terre

⁷⁴ Comme le souligne le magistrat Fote Trolue, lui-même issu de la société kanak, : « Dans la société coutumière traditionnelle, la terre est un élément de l'identité de l'homme kanak. La terre n'appartient pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la terre. Pour comprendre ce principe, il suffit de flâner un jour dans une tribu à l'occasion d'une manifestation coutumière et de prêter l'oreille à un « vieux » interpellant un jeune homme sur son identité. Dès le prononcé du prénom, le « vieux », par des recoupements socioculturels, situe dans les secondes qui suivent le jeune homme dans son clan et dans sa terre. L'homme appartient au clan et le clan appartient à la terre. Ce principe d'appartenance de l'homme à la terre a conduit à l'affirmation d'un autre principe qui s'énonce ainsi : « la terre n'est pas à vendre ! ». En effet, qui oserait dans une telle société vendre un élément de l'identité ? Qui oserait mettre en vente la sépulture de ses propres ancêtres ? Mais la terre n'est pas seulement un élément de l'identité de l'homme kanak, elle est aussi sa terre mère, sa terre nourricière qui lui permet de survivre. C'est autour de sa dimension nourricière que l'organisation de la terre va être édifiée », « Le Kanak, le clan et la terre », in *La Terre*, actes du VIème colloque CORAIL, 27-29 octobre 1993, UFP, Nouméa, 1993, p. 158 et s.

⁷⁵ Délibération n° 06-2014/SC du 15 juillet 2014 constatant la proclamation et portant adoption de la Charte du peuple kanak fixant le Socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak.

⁷⁶ Préambule du Code de l'environnement.

⁷⁷ Délibération n°2008-306/APN du 24 octobre 2008 relative au code de l'environnement de la Province Nord. Depuis le Code a fait l'objet de plusieurs modifications.

⁷⁸ Art. 110-2, al. 1^{er}.

⁷⁹ M.-H. Teulières-Preston, « Le droit maritime kanak et ses transformations », in A. Bensa, I. Leblic (dir.), *En pays kanak*, éd. Maison des sciences de l'homme, Paris, 2000, p. 131.

⁸⁰ Nous nous appuyons sur les travaux en anthropologie menés par Bruno Latour et Philippe Descola qui ont démontré qu'aucune culture autre que la culture occidentale n'a eu recours à la séparation nature/culture. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*. Paris : La Découverte, 1991 ; B. Latour, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie*, Paris, La Découverte, 2004 ; Ph. Descola, *Par-delà nature et culture*. Paris,

ne sont pas appréhendés en termes de propriété ou de droits, mais en termes de liens unissant les hommes et les femmes à la terre de leurs ancêtres, entre les générations présentes et futures⁸¹, entre les humains et les éléments visibles et invisibles de la nature⁸². Pour ces peuples, la protection de l'environnement représente un devoir sacré, « une obligation venue d'outre-tombe puisque le détenteur actuel n'est qu'un maillon de la chaîne ininterrompue qui lie les ancêtres aux générations futures »⁸³. Dans cette perspective, la protection de l'environnement doit être entendue comme une protection contre les atteintes objectives à la faune et à la flore, mais également comme une protection contre les atteintes subjectives portant sur la culture vivante des Autochtones (leur mode de vie). Une telle protection doit nécessairement être envisagée sur le très long terme.

Si des évolutions sont visibles dans les droits positifs des Etats latino-américains afin de tenir compte des cosmovisions des peuples autochtones, l'exemple chilien reste en retrait en méconnaissant les droits des peuples autochtones dans la constitution⁸⁴. Et pourtant, les peuples autochtones du Chili, comme partout dans le monde, ont une relation à la terre, au territoire et à la nature qui se démarque de la conception occidentale de droit, de propriété et de justice.

Selon la cosmovision mapuche⁸⁵, l'*Az Mapu* est la loi du Cosmos qui permet d'assurer l'harmonie, la relation d'équilibre entre les différentes entités du vivant, humain et non humain

Gallimard, 2005 ; Ph. Descola, *Diversité des natures, diversité des cultures*. Paris, Bayard, 2010 ; Ph. Descola, *L'Écologie des autres. L'anthropologie et la question de la nature*. Versailles, Éditions Quae, 2011.

⁸¹ Pour une étude sur les générations futures voir S. Djemni-Wagner, avec la coll. De V. Vanneau, *Droit(s) des générations futures*, l'IERDJ, 2023, 151 p. disponible en ligne à l'adresse suivante : https://ierdj.fra1.digitaloceanspaces.com/media_library/2023/04/DJ-Rapport-etude-GENERATIONS-FUTURES-web-OK-1104.pdf (consulté le 1er février 2024).

⁸² R. Lafargue, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, n° 74, 2010, p. 156.

⁸³ *Ibid.*, p. 155.

⁸⁴ Onze Peuples Autochtones sont actuellement reconnus au Chili : Aymara, Chango, Colla, Diaguita, Lican Antai, Quechua, Mapuche, Rapa Nui, Selknam et Kawésqar ; les Mapuche représentant environ 79 % de la population autochtone.

⁸⁵ Les Mapuche représentant 79.84 % de la population autochtone au Chili. Après la conquête militaire de leur territoire, dans le contexte de la guerre dite de Pacification de l'Araucanie, les Mapuche ont perdu entre 90 à 95 % de leur territoire ancestral. Ils avaient en effet maintenu leur souveraineté sur un vaste territoire situé entre le fleuve Bio-Bio au Nord et les îles de Chiloé au sud, pendant la colonisation Espagnole mais aussi au début de l'indépendance du Chili, en vertu de traités historiques, les *Parlamentos*, célébrés entre des représentants autochtones mapuche et des représentants de la Couronne d'Espagne, puis de l'Etat chilien. Dès la fin des années 1880, une fois conquis militairement leurs territoires, les Mapuche ont été soumis à des processus de *reduccion*, correspondant à l'établissement de réserves territoriales. Dans ce contexte, les Mapuche se sont vus octroyer des titres de Merced correspondant aux territoires démarqués par ces *reducciones*. Par la suite, cette propriété « communautaire » va être divisée en propriété mapuche individuelle en application d'une politique étatique de division des terres mapuche. Malgré la prévalence des titres de propriété individuels sur les terres Mapuche, la

du territoire⁸⁶. Si l'*Az Mapu* est un concept complexe, son respect permet de garantir la justice environnementale.

En langue mapuche, *Az* signifie le caractère, la façon d'être ; *Mapu*, la Terre, le cosmos. L'*Az Mapu* serait ainsi la façon d'être de la Terre. Il incarne l'ensemble des lois qui régissent la dynamique du cosmos, les relations entre les différentes énergies (*newen*) qui le composent et par voie de conséquence, celles prévalant entre les individus et l'ensemble des autres entités dotées d'énergies, humaines et non humaines, visibles et invisibles, vivant sur Terre mais aussi dans différents espaces énergétiques et spirituels. Selon cette conception, la terre, les plantes, les arbres, les roches, les minéraux, l'eau, l'air, dotés d'énergie vitale et spirituelle, ne sont pas considérés comme des ressources ni comme des choses inertes⁸⁷. Selon Juan Ñanculef, l'*Az Mapu*⁸⁸, dont les principes fondamentaux sont transmis oralement de génération en génération,⁸⁹ serait comme « la grande déclaration de principes du peuple mapuche pour entrer en relation avec eux et avec la nature ; dans cette perspective, de nombreux principes de l'*Az Mapu* opèrent dans les communautés autochtones dans différents domaines de la vie, en particulier dans les relations sociales et les pratiques spirituelles ». Ainsi, si *Az Mapu* gouverne plusieurs dimensions spatiales, sur *Nag Mapu* (l'espace habité par les humains), il dicte les codes de comportement à respecter, lesquels sont adaptés selon les spécificités territoriales, dans le respect des principes fondamentaux de l'*Az Mapu*. On peut ainsi parler de « juridicités mapuches » en lien avec la terre, le territoire et les ressources naturelles au lieu d'une unique juridicité mapuche, ces juridicités s'adaptant au contexte local.

territorialité ancestrale et spirituelle mapuche demeure en vigueur conformément à la juridicité mapuche, l'*Az Mapu*.

⁸⁶ Les développements sur la cosmovision mapuche ont été rédigés par Leslie Cloud.

⁸⁷ L. Cloud, « Az Mapu. El derecho "invisible" o el derecho de los Mapuche (Chile) », *Thule, Rivista italiana di studi americanistici*, n° 26/27-28/29 aprile/ottobre 2009-2010, p. 504 et s. ; L. Cloud, « L'apport des Peuples Autochtones des Amériques, au droit et à la Justice » in Z. Brémond, O. Lecucq, J.-P. Massias (dir.), *Peuples autochtones, Droit et Justice*, IFJD, à paraître en 2024.

⁸⁸ Si pendant longtemps, les études relatives à l'*Az Mapu*, relevaient de recherches menées en anthropologie, depuis quelques années, les études juridiques y compris menées par des Mapuche lui sont dédiées : voir, J. Sanchez Curihuentro, « El Az Mapu o Sistema Juridico Mapuche », *Revista Crea*, n°2, 2001, pp. 28-38 disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://repositoriodigital.uct.cl/handle/10925/520> (consulté le 1er février 2024) ; L. Cloud, « Az Mapu, el derecho invisible o del derecho de los Mapuche », *op. cit.*, pp. 501-544 ; M. Pehuen et autres, *AZMAPU. Una aproximación al Sistema Normativo Mapuche desde el Rakizuam y el Derecho Propio*. Territorio Mapuche: INDH, Ed. Felipe Berríos Ayala, 2016, M. Villegas, « Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal », *Política criminal*, 2014 ; J. Antona Bustos, *Los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. El Az Mapu y el caso Mapuche*, Ediciones Universidad Católica de Temuco, Chile, 2014.

⁸⁹ Sur les modalités de transmission de l'*Az Mapu* pendant l'éducation mapuche, voir, L. Cloud, « Entretien avec le machi Quilaqueo J.- Le regard d'un maci sur la réalité de l'enseignement chilien et de l'éducation traditionnelle mapuche », in I. Bellier (dir.), *Quelle éducation pour les peuples autochtones ?*, L'Harmattan, 2017.

Le terme de juridicité est employé ici dans la perspective de l'anthropologie juridique. Il peut être défini, en s'appuyant sur les travaux de Norbert Rouland et Etienne Le Roy, comme « un ensemble de normes, de processus, de techniques, de principes, de règles, d'habitus, de croyances, de symboles, de représentations qu'un corps social considère comme nécessaires à sa préservation, sa cohésion et sa reproduction ; la transgression, la violation, le non-respect de ces normes, processus, techniques... entraînant une réaction sociale. Le terme "juridicité" peut donc être conçu comme un concept générique susceptible d'englober diverses formes, dont celle, spécifique, du droit »⁹⁰.

Selon l'*Az Mapu* et les juridicités mapuches locales qui en découlent, le lien existant entre la santé, le droit et l'harmonie est inhérent, tout comme l'interconnexion entre la santé de la planète, des territoires et la santé humaine. L'*Az Mapu* veille spécialement à protéger les lieux considérés comme sources de vie dont l'altération causerait notamment un dommage irréversible à la reproduction de toute forme de vie. Selon l'*Az Mapu*, le lien spirituel et spécial reconnu entre les peuples autochtones et la Terre, traduit ainsi un ensemble de normes pour un équilibre et un bien vivre communs.

Selon l'*Az Mapu*, ce sont des entités spirituelles, les *Ngen*, et non les individus qui, *in fine* sont chargés d'administrer des espaces en accord avec l'*Az Mapu*. Ainsi, si une personne porte atteinte à ces espaces, elle sera sanctionnée par le *Ngen* et tombera malade. On parle de *castigokuxan*, que l'on peut traduire par maladie-punition/sanction. Dans ce contexte, les *Machi*, (chamanes), intermédiaires entre les différentes énergies et forces de la nature, seront chargés de réparer les déséquilibres causés. Non seulement, ils seront tenus de réparer le dommage causé au *Ngen* et à l'espace administré par ce dernier, par des prières, des offrandes mais ils vont également rechercher la guérison de l'auteur de l'infraction tout en le conseillant sur le respect de l'*Az Mapu*⁹¹. De ce fait, personne ne détient de droit absolu sur la terre, le territoire et les ressources naturelles. D'une part, il s'agirait plutôt de droits relationnels, c'est-à-dire qui régissent la relation avec la terre plutôt que de droits sur la terre. D'autre part, ces droits ne sont, en outre, pas absolus, étant en tout état de cause partagé avec le *Ngen* du secteur en question. Ainsi, toute personne qui entre en relation avec la terre et la biodiversité visible et

⁹⁰ A. Geslin, « L'apport des Postcolonial Studies à la recherche en droit international », in A. Geslin, C.M. Herrera, M.-C. Ponthoreau (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, coll. Nomos et Normes, Kimé, 2020, p. 172, note 2.

⁹¹ Pour des cas de sanctions de Mapuche par des *Ngen*, voir, L. Cloud, « Az Mapu, el derecho invisible o del derecho de los Mapuche », *op. cit.*

invisible qui la compose, est tenu de respecter les principes fondamentaux dictés par l'Az *Mapu* et leur déclinaison locale en lien avec la spécificité du territoire en question, sous peine d'être sanctionnée par le *Ngen* concerné.

Exemples et témoignages portant sur l'usage de la langue mapuche et la relation spéciale des peuples autochtones au territoire

En langue mapuche, la nature et la portée de cette relation spéciale au territoire sont traduits par l'étymologie même de l'éponyme Mapuche (*Mapu* : terre et *Che* : les gens). Ainsi, « selon la langue mapuche, le mot MAPU a un sens fonctionnel, il représente l'expression à partir de laquelle, selon la théorie culturelle mapuche, émerge, surgit, germe le *CHE* ou la personne. C'est pour cela que, chaque nom mapuche correspond à une famille ou lignage qui trouve son origine ou naît à partir d'un élément du MAPU (...). MAPU est un mot central et d'usage permanente à tous les niveaux du discours mapuche, qu'il soit culturel, politique ou spirituel »⁹².

Ingrid White du Peuple Mapuche présente ce lien spécial à la terre et au territoire de la manière suivante : « Mon territoire dispose d'un espace côtier qui est principalement composé des différents êtres qui composent la vie marine : algues, poissons, crustacés, mollusques, etc. Mais il est aussi composé des *Ngen* (forces protectrices) qui habitent ces territoires. Je crois qu'il faut mettre en évidence les *Ngen lafken* (forces protectrices de la mer) qui, d'après les récits

⁹² M. Melín, P. Mansilla, M. Royo, *Mapu Chillkantukun zugu: descolonizando el mapa del Wallmapu, construyendo cartografía cultural en territorio mapuche*. Temuco: Pu Lof Editores, 2016, p. 13.

oraux racontées par nos ancêtres, sont constamment présentes sur ce territoire »⁹³. Pour les Rapanui, « le territoire, la terre, "Kainga" (qui signifie "matrice" ou "utérus") [signifie] là où les êtres humains sont en gestation. Les Rapa Nui considèrent la Terre Mère comme un sanctuaire sacré dans lequel les êtres humains naissent avec un lien physique et spirituel qui les rend inséparables. L'analogie la plus proche est peut-être la relation entre la mère et l'enfant avant la naissance, liés éternellement par un esprit intrinsèque, naturel et inhérent. Cette vision du monde empêche les Rapa Nui de séparer la terre, l'environnement, la vie ou la nature, simplement parce que tout est intégré et a été conçu selon ces principes. Pour les Rapa Nui, le monde est comme le corps humain, interconnecté, chaque organe ayant une fonction vitale différente d'égale importance ; jusqu'à la dernière cellule, tout est nécessaire, rien n'est superflu, et tout contribue aux conditions optimales qui permettent la vie.

Du point de vue holistique, le monde de l'être humain fonctionne exactement de la même manière : tout ce qui compose ce monde - environnement, terre, mer, mode de vie, développement - est interdépendant et obéit à un ordre naturel, et l'être humain fait partie de cette interconnexion »⁹⁴. Pour les *Kawesqar*⁹⁵, connus comme peuple nomade des canaux

⁹³ L. Arce, K. Vargas, Y. Conuecar (coord.), *Mujeres del Mar: Aproximaciones sobre los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios*, Observatorio Ciudadano, 2023, p.16.

⁹⁴ E. Teave, L. Cloud, « Rapa Nui National Park, Cultural World Heritage : The Struggle of the Rapa Nui People for Their Ancestral Territory and Heritage, for Environmental Protection, and for Cultural Integrity » in S. Disko & H. Tugendha (Eds.), *World Heritage Sites and Indigenous Peoples' Rights, IWGIA, Forrest Peoples Programme and Gundjeihmi Aboriginal Corporation*, 2014, p. 410.

⁹⁵ A l'extrême sud du Chili, se trouve le territoire du Peuple Kawesqar, peuple nomade marin des canaux austraux. Leur territoire ancestral appelé Kawésqar Wæs, s'étend du golfe de Penas au nord, dans la région d'Aysén, jusqu'à la péninsule de Brecknock, dans les canaux les plus méridionaux du détroit de Magellan. Il comprend aujourd'hui toute la zone maritime et côtière composée d'îles, d'îlots, de canaux, de glaciers, de montagnes, de rivières, de lacs et de fjords de la région subantarctique, à l'ouest de la zone géographique connue sous le nom de Patagonie. Leur territoire ancestral comprend aujourd'hui plusieurs aires protégées : au nord, dans la région d'Aysen, au sein du territoire appelé Sælam se trouve le parc national Laguna San Rafael, qui couvre une superficie de 1 742 000 hectares. Un peu plus au nord, la zone appelée Kčewite, qui s'étend du canal Adalberto à l'île Jorge Montt et au détroit de Nelson, entre les régions d'Aysén et de Magallanes, réunit la réserve nationale Katalalixar, d'une superficie de 674 500 hectares, et le parc national Bernardo O'Higgins, d'une superficie de 3 525 901,2 hectares. Un peu plus au sud du canal de Trinidad, Kelælkčes, s'étend de l'archipel de Madre de Dios à la péninsule de Muñoz Gamero. À l'intérieur de ces limites géographiques se trouvent le parc national de Kawésqar, avec 2 842 329 hectares, et la réserve nationale de Kawésqar, avec 2 628 429 hectares. Plus au sud encore, le territoire de Tawókser s'étend du sud de la péninsule de Muñoz Gamero au détroit de Magellan, y compris Skyring Seno et Otway Sound. La limite sud étant la péninsule de Brecknock. Entre ces latitudes se trouvent également le parc marin Francisco Coloane avec 65 327 hectares de l'Aire marine côtière protégée à usage multiple (AMCP-MU) et 1 506 hectares de parc marin ainsi qu'une grande partie du parc national Alberto de Agostini avec un total de 1 460 00 hectares. Ces différentes unités de conservation, déclarées par l'Etat chilien, fragmentent le territoire ancestral des Kawésqar en 7 grandes zones administrées par les institutions publiques chiliennes, sans participation des Kawesqar et en méconnaissance de leur territoire ancestral. Leur lien à la mer est également affecté par l'industrie du saumon qui se développe dans leur territoire ancestral et cause de nombreux dommages non seulement environnementaux mais aussi politiques, économiques, sociaux, culturels et spirituels au Peuples Kawesqar. Les Kawesqar ne bénéficient pas de droits territoriaux mais se sont vu reconnaître à titre individuel des droits fonciers, ne correspondant pas nécessairement à leurs territoires ancestraux, par ailleurs bien souvent éloignés de la mer et des canaux austraux, indissociables de leur territoire ancestral terrestre.

austraux du sud du Chili⁹⁶, le concept de territoire doit être associé à celui de *merritoire* (*maritorio*)⁹⁷, qui correspond à « l'espace vécu, les modes d'habitat, de transit et de production des groupes culturels qui se développent dans une relation intime avec la mer et le bord de mer en formant un ensemble indissociable »⁹⁸.

La relation des Kawesqar avec le *merritoire* est aujourd'hui interrompue par l'essor de l'industrie du saumon et les restrictions portées par les lois chiliennes sur leurs pratiques traditionnelles de navigation, à l'accès aux sites spirituels et sacrés, à leurs activités économiques, de pêche etc. Plusieurs dirigeantes Kawesqar⁹⁹ dénoncent l'obligation d'avoir un permis de navigation : « Aujourd'hui, ils poursuivent un génocide passif à notre rencontre. Pour que nous montions dans une embarcation, nous devons avoir un niveau scolaire d'octavo basico, pour avoir un permis ; imagines combien de personnes ont ce permis ? nous n'avons pas assez d'études ». Cette obligation sous peine d'amendes, les contraint à naviguer clandestinement et porte atteinte à leurs droits fondamentaux et à la transmission des savoirs traditionnels liés à la mer. Elle a pour effet de restreindre leur liberté de circulation et l'accès aux sites sacrés, spirituels et aux cimetières ancestraux. Or, ces interdictions causent un impact majeur sur leur manière de vivre sur leur territoire et sur leur relation au territoire. La navigation au sein des canaux austraux est essentielle pour la pratique et la transmission des savoirs et des activités traditionnelles (économiques, de subsistance, spirituelles, etc.) Elle rappelle également que son Peuple ne pêche que ce qu'il a besoin pour se nourrir et échanger. A l'époque, les échanges de biens contre les produits de la pêche étaient couramment pratiqués. Aujourd'hui,

⁹⁶ Dans le cadre d'un entretien mené le 28 novembre 2023 par Leslie Cloud dans le cadre de la Chaire Normandie pour la paix, Margarita Vargas Lopez, représentante du peuple *Kawesqar*, souligne que « Nous appartenons à un peuple nomade des canaux austraux. Nos ancêtres parcouraient les canaux austraux. La plupart des Kawesqar ont dû quitter le territoire de leurs ancêtres. Ils sont partis avec leur culture. Mon peuple vivait en contact avec la nature. Pour développer notre spiritualité, nous devons être en contact avec notre environnement. Notre nourriture principale était constituée de fruits de mer, d'œuf de canards, de cerfs, de fruits rouges, les Calafate. Grâce au nomadisme, nous avons pu pratiquer la pêche aux coquillages jusqu'en 1969 environ. Toutes les familles sortaient en canaux pour récolter les aliments. Nous pratiquions une récolte durable, en ne collectant que le nécessaire pour survivre. Nous pratiquions également de manière durable la chasse aux loups de mer pendant le mois de janvier. La chaire du loup de mer servait à nous nourrir, la graisse de médecine. On s'enduisait de graisse de loup pour supporter le froid et pratiquer la pêche aux coquillages. (...) Les peaux des loups de mer servaient de fourrure pour se couvrir. Peu à peu cette pratique est devenue un emblème culturel et symbolise aujourd'hui le peuple nomade de la mer » (extrait), Entretien disponible en ligne à l'adresse suivante <https://chairenormandiepourlapaix.org/2022/11/28/entretien-avec-margarita-vargas-lopez/> (consulté le 1^{er} février 2024).

⁹⁷ Le concept de « merritoire » (traduit du terme espagnol *maritorio*), a fait l'objet d'une consécration juridique dans l'art. 139 du projet de Constitution chilienne, rejeté par le peuple chilien le 4 septembre 2022.

⁹⁸ Reporte regional preparado por el Centro de Investigación Dinámica de Ecosistemas Marinos de Altas Latitudes (IDEAL) de la Universidad Austral de Chile (UACH), *La región de Magallanes y Antártica chilena frente al cambio global*, 2019, p. 46.

⁹⁹ Entretiens menés par Leslie Cloud en octobre 2023 dans les territoires Kawesqar.

la plupart des sites funéraires ont été pillés tandis que les autres sont menacés par l'industrie du saumon et par les personnes qui ignorent leur existence. Du fait des limites portées à leur droit de navigation, ils ne peuvent plus assurer la protection de ces sites funéraires, comme à Capitaine Aracena¹⁰⁰.

3. Les juridictions autochtones devant le juge

L'exemple de l'Az Mapu et la judiciarisation de la protection du Ngen Kintuante

Afin d'illustrer la dynamique de l'Az Mapu et les conflits engendrés par la méconnaissance de la territorialité mapuche et de l'Az Mapu dans des situations où des atteintes sont portées aux territoires Mapuche, nous présentons ici le premier recours de protection présenté par des autorités traditionnelles mapuche et au sein duquel sont abondamment invoquées les juridictions mapuches liées au territoire que les requérants veulent protéger¹⁰¹.

En 2011, quatre autorités traditionnelles spirituelles mapuche dont deux *Machi* (chamanes) présentaient un recours de protection devant la Cour d'appel de Valdivia afin de solliciter l'interruption de la taille d'arbres natifs dans un espace considéré comme sacré, d'occupation et d'utilisation ancestrale mapuche dont les communautés mapuches du lieu avaient été dépossédées. Elles faisaient valoir en l'espèce que la taille d'arbres générerait un impact grave pour la spiritualité et la cosmovision mapuche en venant perturber le complexe religieux et cérémoniel *Ngen Mapu Kintuante*. Dans ce contexte, elles invoquaient une atteinte directe au système normatif-juridique ancestral (*Az Mapu*), à l'équilibre et à l'harmonie naturelle des formes de vie dans leur territoire (*itxofill mongen*) et au bien-être de leur environnement (*küme mongen*). Elles ont par ailleurs expliqué au travers d'une expertise anthropologique présentée

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Pour une analyse complète de cette affaire, voir, L. Cloud, « Derecho propio mapuche, derecho internacional de los pueblos indígenas y derecho chileno: Ilustraciones y desafíos de un des-encuentro de hoy, en las relaciones territoriales entre los Mapuche y el Estado de Chile », in M. Carrasco, A. Lombrana, N. Ojeda, S. Ramirez (coord), *II Jornadas de debate y actualizacion en temas de antropologia juridica, dialogos entre antropologia y derecho*, ed. Eudeba, Buenos Aires, 2015, pp. 183-198.

en soutien à leur demande que *Ngen Kintuante* « correspond à une personne, à l'ancien propriétaire (dueño) du lieu qui fut enchanté et relégué à cet espace physique avec son frère *Kelen Wenxu* ». La personnification de cette entité spirituelle est rappelée dans tout le recours où il est fait référence au lieu où habite le *Ngen* ; selon les Mapuche interviewés pour l'élaboration de l'expertise, le rôle du *Ngen* est directement lié à la préservation du droit à la vie. Ils signalent que sans le *Ngen*, il n'y a pas de vie, précisant que, « sans *Kintuante*, il n'y a plus de Mapuche ». Selon les requérants, le *Ngen* permet de protéger tout le territoire de la précordillère de la commune de Rio Bueno. Une des *Machi* explique que, là où habite le *Ngen* se trouve l'énergie vitale de toute la communauté, de tout le secteur. Dans leur recours, les demandeurs mapuches font référence à quatorze reprises au territoire mapuche ou territoire de *Maihue Carimalin*. Considérant que le droit international des peuples autochtones reconnaît la relation spirituelle des peuples autochtones avec leurs terres ancestrales, les requérants ont illustré le lien qui les unissait au lieu, avec la présence de sites cérémoniels et en insistant sur le devoir du *Ngen* de protéger le lieu pour la biodiversité présente ainsi que pour le bien-être des futures générations.

Par voie de conséquence, en l'absence de reconnaissance de la notion de territoires autochtones par le droit chilien, bien que la terre où se situe le *Ngen Kintuante* n'est pas considérée par le droit étatique comme relevant de la propriété des requérants ni de membres de leurs communautés mais comme appartenant à une entreprise privée, les requérants estiment que l'habitat du *Ngen* correspond à ce qui est considéré par la mémoire collective des Mapuche huilliche du secteur comme le territoire mapuche de *Maihue-Carimallin*. En l'espèce, dans leur demande en justice, les requérants n'ont cependant pas invoqué de violation de leur droit de propriété mais plutôt de la liberté de culte et du droit de vivre dans un environnement non contaminé associés à celles de nombreux articles de la Convention 169 de l'OIT (art. 4.1, 5, 8.2) et de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Cela ne signifie pas qu'ils considèrent ne pas avoir de droits aux terres, territoires et ressources naturelles mais, en l'espèce, la finalité n'était pas d'obtenir la reconnaissance d'un droit de propriété tel qu'il est conçu par le droit chilien mais plutôt de protéger la santé de l'ensemble du vivant de ce territoire et leur relation spirituelle avec l'espace territorial administré par le *Ngen Kintuante*. Ce faisant, sans expressément solliciter la reconnaissance d'un droit de propriété, ils demandaient la protection de leurs juridicités liées à cet espace territorial, en invoquant une violation de l'*Az Mapu*, loi suprême mapuche qui dicte les différentes juridicités mapuches.

Dans sa décision du 4 mai 2012, la Cour d'appel de Valdivia a déclaré admissible le recours de protection en reconnaissant la violation de leur liberté de culte sans se prononcer sur la violation du droit de vivre dans un environnement non contaminé. Dans le corps de la décision, les juges ont accordé de nombreux développements et de considérations à la cosmovision mapuche présentée dans la demande ainsi qu'à l'expertise anthropologique annexé, tout en se fondant sur la violation d'articles de la Convention 169 de l'OIT, de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et de la jurisprudence de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Sans reconnaître le droit de propriété des requérants, la décision rendue par la Cour d'appel insiste sur la relation spéciale qui les lie à cette terre en rappelant que leur relation spéciale avec les terres traditionnelles et les ressources naturelles se justifie car les terres traditionnelles constituent un élément intégral de leur religiosité et en conséquent de leur identité culturelle. Ce faisant, au contraire d'une jurisprudence abondante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme fondant la reconnaissance des droits aux terres, territoires et ressources naturelles sur une interprétation interculturelle du droit de propriété, la Cour de Valdivia, privilégiait une approche culturaliste et environnementaliste.

Dans sa décision du 21 septembre 2012, selon une motivation totalement étrangère au droit international des peuples autochtones, loin de constater la vulnération de la liberté de culte des requérants mapuche, la Cour Suprême a considéré que la demande d'accès au *Ngen Kintuante* portait atteinte au droit de propriété du particulier non mapuche, protégé par la constitution chilienne. Sans même s'interroger sur la vigueur d'un droit mapuche au territoire, selon une approche moniste et positiviste du droit de propriété, la Cour Suprême a considéré que le droit de propriété consacré par la constitution chilienne constituait une limite à l'application des articles 5 et 8 de la C. 169 de l'OT et à l'exercice de la liberté de culte.

Le conflit concernant ce territoire s'est poursuivi. Récemment, en accord avec la, Corporation Nationale du Développement Indigène (organisme national), la société privée s'est engagée à remettre les terres en litige à une association mapuche, distincte des communautés requérantes, en violation des juridictions mapuche selon lesquelles, les communautés, sont rattachées à un espace territorial déterminé qui leur donnent des droits exclusifs sur le territoire concerné¹⁰².

¹⁰² L. Cloud, « Approches internationales décoloniales et mapuche du droit de propriété : une dynamique de la relation des peuples autochtones avec la terre », article à paraître en 2024.

Alors même que le Chili reste en retrait dans la compréhension et le respect du droit des Peuples Autochtones à la terre, au territoire et aux ressources naturelles, tel n'est pas le cas du système interaméricain des droits de l'homme. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a jugé dans sa décision *Awás Tingni c. Nicaragua* rendue le 31 août 2001 que les peuples autochtones « du fait de leur seule existence, ont le droit de vivre librement sur leurs territoires » au vu notamment de l'étroite relation qu'ils maintiennent avec la terre. Ainsi, la Cour relevait que pour les Autochtones, « la relation avec la terre n'est pas une simple et unique question de possession et de production, mais un élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir pleinement, y compris afin de préserver leur héritage culturel et le transmettre aux générations futures »¹⁰³. Pour retenir une telle interprétation novatrice, la Cour a intégré une approche ethnologique à son raisonnement juridique¹⁰⁴. Le sens de cette décision va alors fonder par la suite une jurisprudence de la Cour reconnaissant l'interconnexion entre le droit à la vie et le droit au territoire.

Cette position a été également adoptée par certaines cours constitutionnelles à l'image de la Cour constitutionnelle de Colombie. Elle a considéré que les peuples autochtones ont « une conception du territoire et de la nature qui s'avère étrangère aux canons juridiques de la culture occidentale »¹⁰⁵. Le droit de propriété collective revêt une importance particulière pour ces peuples en ce qu'il relèverait de leurs cultures et valeurs spirituelles en s'inscrivant dans une *cosmovision* globale. Dans cette optique, le territoire ne peut être perçu comme appartenant à un individu « comme cela s'entend dans la conception classique du droit privé occidental mais à tout le groupe humain qui l'habite, de telle manière qu'il acquiert un caractère éminemment collectif »¹⁰⁶. Une telle appréhension de la propriété collective renvoie aux nombreux travaux sur la notion de « commun »¹⁰⁷.

¹⁰³ CourIDH, *Awás Tingni c. Nicaragua*, décision du 31 août 2001, Serie C N° 79, §149.

¹⁰⁴ D. Couveinhes-Matsumoto, « Les peuples autochtones et le droit de propriété devant la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », *RJE*, n° spécial « Le bon usage de la terre. Penser le droit dans une planète finie », 2018, p. 58.

¹⁰⁵ Cour constitutionnelle de Colombie, Sen. T-622/16, *Centro de Estudios para la Justicia Social « Tierra Digna »*, 10 nov. 2016, point 6.3.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ J. Rochfeld, M. Cornu, Gilles J. Martin (dir.), *L'Échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport de recherche, Mission de recherche Droit et Justice, avril 2021, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2021/06/Rapport-17-34-final-Juin-2021.pdf>

Ainsi, le droit à la terre reconnu aux peuples autochtones dépasse l'appréhension traditionnelle du droit de propriété¹⁰⁸. Ce constat n'étant pas propre à l'Amérique du Sud, la Cour suprême du Canada a ainsi pu affirmer que « la conclusion inéluctable de l'analyse que la Cour a faite jusqu'à présent de la question des titres fonciers des Indiens est que l'intérêt pour la terre des Indiens est vraiment *sui generis*. C'est davantage que le droit à la jouissance et à l'occupation »¹⁰⁹. Le droit collectif à la terre des peuples autochtones se détache du droit de propriété individuelle pour embrasser une conception collective et transgénérationnelle visant à garantir le bien-être de ces peuples.

Autrement dit, les peuples autochtones revendiquent le concept de territoire en tant qu'espace géopolitique qui comprend un système communautaire de tenure des terres et des ressources plutôt qu'un système de propriété. Comme le précise Sophie Thériault, reconnaître « les ordres juridiques autochtones en matière de tenure foncière favoriserait une justice environnementale accrue en revalorisation des systèmes normatifs marginalisés sur le plan historique par divers processus coloniaux »¹¹⁰.

4. Le droit des peuples autochtones à réparation pour les terres, les territoires et les ressources spoliés

Comme le souligne Irène Bellier, la consécration des droits collectifs des peuples autochtones à la terre, aux territoires et aux ressources dans la Convention n°169 de l'OIT et au sein de la Déclaration de 2007 résulte « d'une prise de conscience que la spoliation foncière liée aux politiques de conquête et de colonisation a bien privé les premiers occupants de leur base matérielle et spirituelle d'existence. Elle les a privés d'une relation "intime" qui s'éclaire par la connaissance des valeurs, des langues, des pratiques et des cultures propres à chacune des sociétés concernées, aspect immatériel d'une relation économique dont les agences

¹⁰⁸ A. Peña Jumpa, « La propriété originaire en Amérique latine : le droit de propriété dans les communautés andines et amazoniennes du Pérou », in A. Martin (dir.), *Les droits indigènes en Amérique latine*, L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2015, pp. 147-168.

¹⁰⁹ Cour suprême du Canada, *Canadian Pacific Ltd. V. Paul*, [1988] 2 SCR 654, p. 678.

¹¹⁰ S. Thériault, « Justice environnementale et peuples autochtones : les possibilités et les limites de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, numéro hors-série, 2015, p. 142.

onusiennes commencent à apprécier l'importance à travers la reconnaissance des savoirs traditionnels »¹¹¹.

L'obligation pour les Etats d'assurer la restitution des terres autochtones afin de respecter le droit des peuples autochtones à réparation pour les terres, les territoires et les ressources qui leur ont été injustement enlevés est inscrite au sein de la Déclaration des Nations Unies de 2007. Son article 28 affirme que « les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ».

La restitution vise à rétablir les peuples autochtones touchés dans leur situation initiale. Il s'agit du « rétablissement complet de la situation initiale qui existait avant que le tort ne soit commis »¹¹². Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme le rétablissement complet d'un peuple autochtone dépossédé de ses terres à sa situation initiale doit s'entendre dans le sens de la restitution de ses terres¹¹³. Dans ce contexte, la restitution signifie rétablir les Autochtones dans la situation où elles se trouvaient avant d'être dépossédées de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources. La restitution exige également que les Etats indemnisent ces peuples qui ont perdu l'usage de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources. La restitution des terres saisies illégalement est ainsi considérée comme une mesure de réparation directement proportionnelle au préjudice causé. Cependant, la plupart des peuples autochtones n'aspirent pas à une récupération intégrale de leurs terres et territoires ancestraux. Cela s'explique par le fait que d'une part un tel projet demeure utopique, les peuples autochtones sont devenus des minorités démographiques dans leurs propres territoires et que d'autre part, la notion d'autochtonie n'est pas mobilisée dans une perspective d'exclusion ou sécession¹¹⁴.

¹¹¹ I. Bellier, « "Terres, territoires, ressources": les relations entre politique, économie, culture et droits des peuples autochtones », in I. Bellier, (dir.), *Terres, territoires, ressources. Politiques, pratiques et droits des peuples autochtones*, L'Harmattan, 2014, p. 18. Voir également I. Bellier, L. Cloud, L. Lacroix, *Les Droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, l'Harmattan, 2017, 460 p.

¹¹² F. Lenzerini, « Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law: An Introduction », in F. Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2008, p. 14.

¹¹³ CourIDH, affaire Xákmok Kásek Indigenous c. Paraguay, Jugement du 24 août 2010, série C, n° 214, § 281.

¹¹⁴ I. Hirt, « Enjeux de territoires, enjeux de savoirs. Jalons théoriques pour une interprétation transversale des reterritorialisation autochtones dans les Amériques », *Tsantsa, Revue de la Société Suisse d'Ethnologie*, 2017, p. 115.

5. La question de la restitution des terres autochtones et de la sécurité des droits fonciers des peuples autochtones

Le respect des droits des peuples autochtones sur les terres, les territoires et les ressources passe souvent par la délimitation, le découpage, la cartographie et la délivrance de titres de propriété. Comme l'a déclaré la Cour interaméricaine des droits de l'homme, « la simple reconnaissance abstraite ou juridique des terres, territoires ou ressources des peuples autochtones n'a pratiquement aucun sens si la propriété n'a pas été délimitée et établie physiquement »¹¹⁵. En vertu du principe de sécurité juridique, une délimitation concrète des terres et territoires autochtones et l'octroi des titres de propriété doivent être réalisés par l'Etat.

La sécurité des droits fonciers des peuples autochtones est un sujet mouvant dans la plupart des pays¹¹⁶. Les Etats ont établi plus ou moins différents mécanismes de reconnaissance et d'octroi des droits fonciers et prévoient des formes diverses d'utilisation et de propriété des terres. En Suède, en Norvège et en Finlande, le peuple sâme a seulement un droit d'usage des terres traditionnelles pour élever des rennes, chasser et pêcher¹¹⁷. Ainsi, la loi suédoise sur l'élevage des rennes de 1971 confirme la division territoriale établie à partir de la fin du XIX^{ème} siècle appelée *sameby* en suédois¹¹⁸. Le *sameby* « est la structure légale au sein de laquelle les éleveurs peuvent exercer l'activité d'élevage. Il regroupe plusieurs dizaines, voire centaines d'éleveurs, et se compose de *sijdda* (aussi orthographié *siida* en Sami du Nord), unité de base de l'organisation sociale traditionnelle des Samis »¹¹⁹. Celui-ci fonctionne comme un syndicat en excluant les non-membres, lesquels ne peuvent alors juridiquement plus exercer les droits des Sâmes afférant aux terres et à l'eau¹²⁰. En outre, si un Sâme rattaché au *sameby* se livre à une autre occupation pendant trois ans, il perd son statut particulier et est rayé du rôle

¹¹⁵ CourIDH, 29 mars 2006, Fond et réparations, *Communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay*, Série C n° 146, § 143.

¹¹⁶ S. Clavel, « Les droits fonciers des peuples autochtones » in *Le droit entre ciels et terres. Mélanges en l'honneur du professeur Laurence Ravillon*, Pedone, 2022, pp. 373-391.

¹¹⁷ Ph. Billet, « Vagabondages juridiques sur les nouvelles voies ouvertes par le fait des changements climatiques », in M. Torre-Schaub et al. (dir.) (dir.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?*, Mare et Martin, 2018, pp. 217-240.

¹¹⁸ Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, il existe 51 *samebyar* (*sameby* au singulier) qui couvrent la moitié nord de la Suède, dont les tailles varient du sud au nord du Sâpmi suédois. Environ 10% des Sâmes de Suède sont membres de *sameby*.

¹¹⁹ S. Roturier, M. Roué, « Le Pâturage, C'est toute une science ! Savoirs écologiques sur la neige et représentation samie du pâturage », *Techniques & Culture*, n° 63, 2015, p. 95.

¹²⁰ Ph. Billet, *op. cit.*, p. 223.

du *sameby* et ne peut plus y être réinscrit que sur autorisation spéciale, sous réserve notamment « que l'élevage auquel le demandeur souhaite se livrer dans le cadre du village soit d'une utilité essentielle pour celui-ci et ne présente pas d'inconvénient pour ses autres membres, une considération importante à cet égard étant que la surface des pâturages reste constante et que l'apparition de nouveaux membres dans un village signifie un plus grand nombre de rennes »¹²¹.

Comme le souligne Simon Maraud, « cette division de la société samie en "membres" et "non-membres" des *samebyar* est l'une des questions majeures du Sápmi suédois contemporain. En effet, cette dernière tend à cristalliser une rupture au sein de la Nation et empêche dès lors une véritable union dans la conception d'un futur décolonial sami »¹²².

Si la voie législative reste pour l'instant assez décevante en matière de protection des droits collectifs du peuple sâme tel n'est pas le cas de la voie judiciaire. Dans une décision qualifiée d'historique et au terme d'une bataille juridique de dix ans, la Cour Suprême de Suède a jugé en 2020¹²³ que les Sâmes de Girjas (un *sameby*) ont les droits exclusifs de chasse et de pêche sur leur territoire, une vallée couvrant plus de 5 000 km². Ces droits exclusifs sont fondés sur une possession immémoriale et la Cour suprême a reconnu que le *sameby* Girjas est le seul habilité à concéder à des tiers les droits de pêche et de chasse sur son territoire.

Dans certains Etats, notamment au Canada¹²⁴, aux Etats-Unis et en Nouvelle-Zélande, des traités historiques et contemporains ainsi que d'autres accords, négociés entre le gouvernement et les peuples autochtones, permettent à ces derniers de revendiquer des droits territoriaux. Au Canada, des onze nations autochtones reconnues du Québec, trois ont conclu des accords de règlement de revendications territoriales globales avec les autorités canadiennes et québécoises (Cris / Eeyou, Inuit et Naskapis). Toutefois, les peuples autochtones et les Etats interprètent souvent très différemment les droits prévus par les traités et accords, ainsi qu'en témoigne le

¹²¹ A. Spiliopoulou Åkermark, *Justifications of Minority Protection in International Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 158-160, § 7.5.2.2.

¹²² S. Maraud, *Mobilisations de la Nature en territoires autochtones. Comparaison critique entre le Sápmi (Suède) et Eeyou Istchee (Canada)*, thèse en géographie, Université de Limoges et Université Laval, 2020, p. 40.

¹²³ Cour Suprême de Suède, 23 janvier 2020, *Village Sami Girjas / Etat* (n° T 853-18). Le communiqué de presse officiel est disponible en anglais à l'adresse suivante : <https://www.domstol.se/en/supreme-court/news-archive/a-decision-on-cancellation-of-real-estate-sales-agreements/> (consulté le 1^{er} décembre 2023). Pour un commentaire de la décision voir E. Trop, « The interplay of politics and jurisprudence in the Girjas case », in D. Cambou, Ø. Ravna (ed.), *The Significance of Sámi Rights, Law, Justice and Sustainability for the Indigenous Sámi in the Nordic Countries*, Routledge, 2023, pp. 72-83.

¹²⁴ S'agissant du Canada voir *infra*.

Traité de Waitangi de 1840 dans ses deux versions linguistiques¹²⁵. Ce traité préserve les droits collectifs et individuels des Maoris sur leurs terres, leurs forêts, leurs pêches et autres propriétés, avec la création d'un tribunal permanent, en 1975¹²⁶, afin d'évaluer toute violation du Traité.

S'agissant de l'Amérique du Sud, certains Etats, comme la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Mexique, reconnaissent expressément dans leurs constitutions respectives le droit des peuples autochtones à la terre, aux territoires et aux ressources. Ils ont par ailleurs élaboré un certain nombre de textes législatifs et lignes directrices en vue de traduire ces droits dans la pratique, notamment en imposant la démarcation et la protection de ces territoires et en reconnaissant aux peuples autochtones le droit de contrôler et d'administrer leurs terres et leurs ressources.

Par exemple, la Colombie a élevé le territoire collectif autochtones au rang constitutionnel¹²⁷, a créé une Agence nationale des terres¹²⁸ compétente pour instruire les demandes de constitution des territoires collectifs autochtones et a élaboré des plans de vie (*planes de vida*) pour ses Autochtones. Il s'agit de la mise en place d'une planification des territoires autochtones colombiens selon leurs propres perspectives de développement. Si

¹²⁵ Le Traité de *Waitangi* est d'importance puisqu'il fonde encore aujourd'hui la relation particulière qu'entretiennent le peuple Maori et la Couronne, désormais personnifiée par l'Etat indépendant de Nouvelle-Zélande. Ce Traité a été négocié et signé par des représentants du Royaume-Uni et une délégation des chefs Maori, afin de répondre à la volonté des premiers de sécuriser leurs intérêts, notamment économiques, sur cette terre. Quelques années auparavant, en effet, une délégation pantribale avait signifié à la Couronne britannique que le territoire néo-zélandais était et resterait sous autorité Maori. Le Traité de *Waitangi* est relativement court, comprenant seulement trois articles, censés organiser les relations entre les deux puissances. L'interprétation de ce traité a longtemps fait débat parmi les juristes, les juridictions, mais également les parties signataires. Les deux traductions du texte, en anglais et en Maori, font état de deux sens différents, voire contradictoires. La version anglaise reconnaît la souveraineté de la Couronne britannique sur le territoire et accorde un droit d'usage des espaces et des ressources aux tribus qui sont cependant soumises au droit de préemption de la Couronne. Cette dernière leur reconnaît une protection équivalente qu'à ses sujets. La version Maori en revanche est plutôt une déclaration d'indépendance du pays au profit des Maori, bien qu'accordant un droit d'accostage et de commerce à la Couronne britannique. Surtout, les difficultés d'interprétation résident dans la quasi-impossibilité de déterminer les équivalents exacts des termes Maori en langue anglaise. La souveraineté, la propriété, l'autonomie, l'autorité sont des éléments qui existent dans le langage Maori, mais dont la philosophie diffère profondément avec les définitions occidentales.

¹²⁶ *Treaty of Waitangi Act 1975*. Le Tribunal de *Waitangi* est chargé de diligenter des enquêtes historiques sur les violations du Traité, et préconiser les mesures de réparation adéquates. La compétence du Tribunal n'est en pratique nullement juridictionnelle puisqu'il ne peut faire que des recommandations qui feront par la suite l'objet de négociations entre les requérants et la Couronne. Ainsi, si le Tribunal de *Waitangi* reconnaît l'existence d'une violation du Traité et qu'il recommande la restauration du patrimoine des *Iwi* (tribus maori), une compensation ou encore l'établissement de quota de pêche ou de prélèvement des ressources, il appartient ensuite au gouvernement et au législateur de les mettre en œuvre.

¹²⁷ Art. 329 et 330 de la Constitution colombienne de 1991. Pour qualifier le territoire collectif autochtone, la Constitution emploie le terme espagnol de *los resguardos* qui peut être traduit par le terme de réserves.

¹²⁸ La loi du 3 août 1994 (ley 160 de 1994) et le décret 1071 du 26 mai 2015 relatif au secteur administratif de l'agriculture, de l'élevage, de la pêche et du développement rural.

l'Équateur a adopté de nombreuses lois sur la question, cet Etat ne garantit pas concrètement le droit des peuples autochtones à la terre, faute de politique publique en la matière. Quant au Costa Rica, l'Etat a mis en place le Plan national pour la restitution des territoires autochtones du Costa Rica (2016-2022) et un Fonds national de compensation pour la restitution des territoires autochtones a été créé en 2023. En Bolivie, l'Institut national de la réforme agraire (*Instituto Nacional de Reforma Agraria*) est chargé pour octroyer des territoires aux peuples autochtones qui en font la demande. Ces territoires sont considérés par l'Etat plurinational à la fois comme des aires d'habitat historique, des espaces fonciers et des entités territoriales de l'Etat¹²⁹. Par ailleurs, les Etats tels que la Bolivie¹³⁰, la Colombie¹³¹, l'Équateur¹³² et le Pérou¹³³ disposent d'un cadre juridique spécifique visant à assurer une protection spéciale pour les peuples autochtones en situation d'isolement volontaire et de premier contact. Cependant, en pratique, il demeure insuffisamment appliqué¹³⁴.

La situation territoriale des Peuples Autochtones au Chili est d'autant plus délicate, puisqu'il s'agit d'un des trois seuls Etats latino-américains, avec l'Uruguay et le Surinam, à ne pas reconnaître les Peuples Autochtones et leurs droits collectifs dans la constitution¹³⁵.

Cette situation est déterminée par leur histoire coloniale et les différentes étapes et modalités de colonisation auxquelles ils ont dû faire face. Tous ont cependant connu

¹²⁹ I. Bellier, L. Cloud, L. Lacroix, *Les Droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, l'Harmattan, 2017, p. 151.

¹³⁰ Art. 31 de la Constitution bolivienne de 2009 impose à l'Etat de protéger les nations et peuples en voie d'extinction, en situation d'isolement volontaire et non contactés.

¹³¹ Decreto n°1232 del 17 de julio de 2018 por el cual se adiciona el Capítulo 2, del Título 2, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto n° 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para establecer medidas especiales de prevención y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural y se crea y organiza el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural. Voir également le Décret-loi n°4633 du 9 décembre 2011 qui est le premier texte à régir la situation de ces peuples autochtones (*Decreto-Ley n° 4633 de 2011 por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas*).

¹³² L'art. 57 al. 21 de la Constitution de 2008 prévoit que : « Les territoires des peuples en situation d'isolement volontaire sont de possession ancestrale irréductible et intangible, et tout type d'activité extractive y est interdit. L'Etat prendra des mesures pour garantir leur vie, assurer le respect de leur droit à l'autodétermination et leur volonté de rester dans l'isolement, et protéger le respect de leurs droits. La violation de ces droits constitue une infraction d'ethnocide, qui est définie par la loi ».

¹³³ Loi du 24 avril 2006 (*Ley n° 28736 para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial*).

¹³⁴ Conseil des droits de l'homme, *Le droit à la terre tel que consacré par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : une approche axée sur les droits de l'homme*, Étude réalisée par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 14 septembre-2 octobre 2020, p. 16.

¹³⁵ Les parties du présent rapport portant sur le Chili ont été rédigées par Leslie Cloud.

l'usurpation de leurs territoires ancestraux et peinent aujourd'hui à préserver leur identité culturelle dans un contexte de droit à la terre limité et de méconnaissance de leur droit au territoire.

La question de la reconnaissance des droits des Peuples Autochtones à leurs terres, territoires et ressources naturelles demeure au cœur des conflits qui opposent les Peuples Autochtones à l'Etat chilien et aux entreprises qui exploitent les ressources de leurs territoires, d'une part, parce que l'ensemble des terres usurpées sous la Colonie espagnole puis depuis l'indépendance du Chili ne leur a pas été restitué, et d'autre part, parce que leurs espaces de vie se trouvent menacés par des projets d'infrastructure, de développement et d'exploitation des ressources naturelles de leurs territoires, dans un contexte de nouveau colonialisme. Sans qu'il soit possible de chiffrer pour l'ensemble des Peuples Autochtones du Chili l'étendue et la délimitation des terres usurpées, certains processus d'usurpation ont été documentés par les archives, mais aussi par l'histoire orale autochtone.

Le Chili a par ailleurs été le premier pays de la région à développer des politiques économiques néolibérales, notamment axées sur l'exploitation des ressources naturelles de l'ensemble du territoire. Le rejet du projet de constitution d'un Etat plurinational, interculturel et écologique par plébiscite en septembre 2022 puis celui d'un dernier projet de constitution en décembre 2023 sont venus confirmer le poids de la constitution héritée de la dictature et qui a permis la mise en place d'une constitution économique. En application de ce modèle économique néolibéral, les ressources naturelles de l'ensemble du pays sont soumises à des politiques extractivistes dont les dommages environnementaux sont régulièrement dénoncés par la population chilienne et par les Peuples Autochtones. Selon des données de 2024 de l'Observatoire des Conflits environnementaux, sur les 74 conflits socio-environnementaux identifiés sur l'ensemble du territoire chilien, 34% touchaient des territoires autochtones¹³⁶. Les terres, territoires et ressources naturelles, reconnus par l'Etat mais aussi ceux dont l'occupation et l'utilisation sont ancestrales, sont ainsi menacés par les stratégies nationales d'exploitation des ressources naturelles, destinées aux marchés mondiaux.

L'absence de reconnaissance des territoires ancestraux au Chili peut être illustré à travers l'exemple du territoire de Rapa Nui, situé sur l'île de Pâques (voir l'encadré ci-dessous).

¹³⁶ Données disponibles sur la plateforme créée à l'initiative de l'Institut national des droits humains en 2012, disponibles en ligne à l'adresse suivante <https://mapaconFLICTOS.indh.cl/#/>

Le territoire de Rapa Nui et les revendications territoriales autochtones

Le territoire de *Te Pito O Te Henua* (Rapa Nui) a été annexé au Chili en vertu de l'Accord de Volontés de 1888, dont deux versions avaient été établies, en espagnol et en langue rapanui-tahitien. Les deux versions divergent cependant et seule la version en espagnole est présentée comme valide par l'Etat chilien et les travaux de la Commission pour la vérité historique¹³⁷. Quelques années à peine après l'annexion contestée de leur souveraineté et de leur territoire en 1888 en vertu de l'Accord des Volontés, Les Rapa Nui, ont été déplacés par la force de leur territoire. En violation du traité qui, selon eux, reconnaissait leur propriété sur l'ensemble des terres ancestrales de l'île, ces terres ont été inscrites comme relevant du domaine public en 1933. Deux ans plus tard, en 1935, sous le prétexte de protéger l'archéologie et le bois de rose (*Sophora toromiro*), arbre endémique de l'île, le gouvernement chilien a classé l'ensemble du territoire de l'île comme Parc National¹³⁸ et Monument Historique National¹³⁹. Treize ans après la reconnaissance de la citoyenneté chilienne aux Rapa Nui, le décret-loi n°2885 de 1979 relatif à l'octroi de titres fonciers sur l'île n'octroie aucun droit de propriété ancestral aux Rapa Nui ; il prévoit la possibilité pour l'Etat de maintenir dans le domaine public les terrains présentant un intérêt national, scientifique, culturel, archéologique, historique ou encore touristique et réduit l'accès à la propriété foncière pour les Rapa Nui aux seules terres occupées, ratifiant ainsi les déplacements forcés de la fin du XIXème siècle. Par ailleurs, ce décret-loi permet, sous certaines conditions, à des Chiliens non Rapa Nui, mais nés sur l'île, d'obtenir des titres de

¹³⁷ Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2008, Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, Santiago, Comisionado Presidencial para Asuntos Indígenas, p.262, disponible en ligne à l'adresse suivante: memoriachilena.gob.cl/602/articles-122901_recurso_2.pdf (consulté le 20 avril 2024).

¹³⁸ Décret Suprême n° 103, du 16 janvier 1935 du Ministère des Terres et de Colonisation.

¹³⁹ Décret Suprême n°4536 du 23 juillet 1935 du Ministère de l'Éducation.

propriété¹⁴⁰. Dans ce contexte, les Rapa Nui n'ont eu de cesse de dénoncer la violation de l'Accord de Volontés et de réclamer la reconnaissance de leurs droits de propriété sur leurs terres ancestrales.

Aujourd'hui, les Rapa Nui possèdent des titres individuels de propriété sur seulement 13% des terres de l'île, essentiellement dans le secteur urbain et péri-urbain d'Hangaroa. Leurs droits de propriété et d'usage et d'accès aux ressources ne sont pas reconnus au sein du Parc qui couvre environ 41% de la superficie de l'île.

Depuis les luttes menées en 2015 pour l'administration du Parc, ils jouissent cependant désormais, en tant que Communauté maori *Ma'u Henua* d'une concession d'une durée de cinquante ans sur le parc national de Rapa Nui, leur permettant désormais d'assurer la gestion du Parc à la place de la CONAF, Corporation Nationale Forestière qui en avait la gestion depuis 1972¹⁴¹. Les Rapa Nui n'ont aucun droit au *merritoire*.

Alors même que les droits à la terre et au territoire autochtones ne bénéficient pas d'une protection juridique spéciale, le législateur chilien avait procédé avec la loi de 1993¹⁴² à la création de la Corporation Nationale de Développement Indigène (ci-après CONADI) qui est un organisme d'Etat. La loi de 1993 couvre un ensemble de domaines destinés à promouvoir le développement social, économique et culturel des « ethnies » du Chili : la propriété de la terre, mais aussi la santé, l'éducation et l'organisation des autochtones en associations ou communautés. En particulier, elle prévoit la reconnaissance des « ethnies » chiliennes, des communautés autochtones réglementées par la loi, un régime de protection des terres autochtones, des droits spécifiques à la terre et sous certaines conditions, à l'eau¹⁴³, tout en prévoyant certains mécanismes de restitutions de terres.

¹⁴⁰ Voir l'art. 1^{er} du décret-loi n° 2885 du 22 octobre 1979. Sur le traitement du foncier par le décret-loi de 1979, voir S. Rochna-Ramirez, *La Propiedad de la Isla de Pascua*, Santiago, Corporación de Desarrollo Indígena, 1996, pp. 54-56.

¹⁴¹ Sur la lutte pour la décolonisation du droit des Rapanui leur patrimoine à partir de 2015, voir Agualeles, Carles Jornet, « Indigenous-Based Heritage Management of UNESCO World Heritage Sites : Rapa Nui and the Indigenous Governance of the Rapa Nui National Park », *International Journal of Heritage Studies* 29 (5), pp. 413-427.

¹⁴² Loi chilienne n° 19253 du 5 octobre 1993, dite *loi indigène (Ley Indígena)*.

¹⁴³ L'art. 64 de la loi reconnaît au profit des communautés autochtones du Nord du Chili un droit de propriété sur les eaux autochtones. Les tribunaux chiliens ont fréquemment assuré la reconnaissance des eaux autochtones d'usage collectif, ancestral et immémorial, procédant ainsi à leur restitution même dans des cas où des droits avaient été préalablement enregistrés en faveur de particuliers. Il s'agit d'une reconnaissance à contre-courant des processus de privatisation mis en place au Chili dans les années 1980 avec la Constitution et le Code de l'eau. Le droit de propriété collective sur les eaux autochtones bénéficie également d'une protection constitutionnelle sur le

La loi méconnaît cependant le concept de « peuple autochtone » ainsi que certains droits collectifs comme le droit à l'autonomie, le droit à leurs propres systèmes juridiques ou juridicités¹⁴⁴, à leurs institutions de justice et au territoire. En vertu de la loi de 1993, la CONADI est compétente à acheter, à travers un fonds spécial, des terres et des droits de l'eau pour les Autochtones¹⁴⁵.

La loi de 1993 prévoit l'octroi de trois types d'aide financière :

- 1) aides accordées aux personnes et communautés autochtones pour l'acquisition de terres ;
- 2) financement de mécanismes destinés à régler les problèmes fonciers ;
- 3) financement de la constitution, de la régularisation ou de l'achat de droits sur l'eau.

Sur le fondement de cette loi, la communauté mapuche a demandé et a obtenu 125 000 hectares de terres dans le cadre de ce fonds, mais toutes ces terres ont été acquises à la valeur du marché¹⁴⁶.

Enfin, depuis 2008, le législateur chilien a ouvert la possibilité pour les peuples et communautés autochtones de présenter des demandes de reconnaissance d'Espaces Côtiers Maritimes des Peuples Originaires (ci-après ECMPO) afin d'obtenir une concession¹⁴⁷. Ce mécanisme législatif a permis aux peuples autochtones de la mer de mettre en place une stratégie largement mobilisée pour exercer une gouvernance environnementale sur leurs territoires et éviter des injustices environnementales causées par l'exploitation des mers et des

fondement de l'art. 19, n°24 de la Constitution chilienne qui reconnaît un droit de propriété privée sur les eaux. Voir les décisions de la Cour suprême chilienne, du 22 mars 2004, affaire opposant la communauté Atacameña Toconce à Essan S. A, Rol n° 886-2003 ; du 25 novembre 2009, affaire opposant la communauté Aymara Chusmiza-USmagama à Alejandro Papic Domínguez, Rol n° 2.840-2008.

¹⁴⁴ L'article 54 de la loi reconnaît seulement la possibilité d'invoquer la « coutume » autochtone en justice dans des affaires entre personnes autochtones uniquement et à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la Constitution politique de la République. En matière pénale, elle est prise en considération lorsqu'elle peut servir de fondement à l'application d'une cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité.

¹⁴⁵ Art. 20 de la loi de 1993.

¹⁴⁶ Conseil des droits de l'homme, *Étude sur le droit à la terre tel que consacré par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : une approche axée sur les droits de l'homme*, Projet d'étude élaboré par le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, 8-12 juin 2020, A/HRC/EMRIP/2020/2, p. 16.

¹⁴⁷ Les concessions sont octroyées pour une durée indéterminée mais peuvent s'éteindre dans quatre circonstances : 1/ si les bénéficiaires ne respectent pas le plan d'administration ; 2/ dans l'hypothèse où des ressources hydro-biologiques seraient gravement affectées ; 3/ en cas de dissolution de l'association de communautés ou de la communauté bénéficiaire, 4/ ou encore en cas d'infraction commise par le bénéficiaire de la concession (art. 15 de la loi).

espaces maritimes par des tiers. Il s'agit de la loi n°20.249 dite *lafkenche* sur « l'espace côtier maritime des peuples originaires », d'initiative *mapuche lafkenche*¹⁴⁸. Elle a permis de dépasser les concepts de terres et territoires autochtones en l'étendant à celui d'ECMPO. La loi permet à des communautés autochtones ou associations de communautés de demander à l'administration publique (le sous-secrétariat de la pêche) l'octroi d'une concession sur un espace côtier¹⁴⁹, libre de toute autre concession, pour assurer sa conservation et sa gestion, sous réserve d'attester des usages coutumiers¹⁵⁰.

Cette loi ne reconnaît pas un droit autochtone au territoire ancestral mais un droit d'accès et d'usage d'un espace sous réserve qu'il soit libre de concession au moment de la demande¹⁵¹ bien que le droit international des peuples autochtones considère que l'usage et l'occupation traditionnels de l'espace côtier par des populations autochtones, équivalent à des titres de propriété.

Une dirigeante Mapuche, Persida Cheuquenao, à l'origine de cette norme, revient sur ce qui a justifié la préparation de cette loi :

« Et comment en sommes-nous arrivés à défendre l'espace maritime ? Parce que notre grande prière se termine dans la mer ; le second jour de notre prière se termine dans la mer. Nous la faisons ici sur la place. C'est donc une raison de plus pour laquelle nous devons défendre l'espace, voir comment nous pouvons contrôler l'espace. C'est ainsi que nous avons commencé à discuter avec de nombreux dirigeants, des parents d'écoles, des agriculteurs, de toutes les organisations, nous avons commencé à diffuser l'information, en impliquant également les Pichikeches (les enfants), les machis (autorité spirituelle-shaman), les weichafes

¹⁴⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la loi, environ 100 demandes ont été présentées, majoritairement dans la région de Los Lagos. Étant donné la longueur de la procédure (en moyenne quatre ans et demi), seulement 13% de ces demandes sont arrivées au terme du processus avec l'octroi des concessions demandées. Voir sur ce point <https://www.iwgia.org/es/chile/5479-mi-2024-chile.html>

¹⁴⁹ Les limites maritimes maximales de l'ECMPO sont les mêmes que pour l'espace côtier maritime administré pour une partie par les forces armées sur une distance de 12 milles (19 km) et pour l'autre portion par le ministère des biens nationaux. Tel qu'il est défini par le décret avec force de loi n° 340 de 1960 sur les concessions maritimes du ministère des finances et par le décret suprême n° 2 de 2005, du ministère de la défense nationale, l'espace côtier comprend « les plages de mer, les terrains de plage relevant du domaine public, les portions d'eau et de roche au sein et hors des baies à l'exclusion des fleuves et des lacs ».

¹⁵⁰ L'usage coutumier des requérants autochtones peut correspondre à la pratique coutumière de la médecine, de cérémonies, d'activités récréatives ou encore de pêche. C'est la CONADI qui est chargée de produire une expertise anthropologique afin d'évaluer la réalité de l'usage coutumier ainsi que la superficie auquel il s'applique.

¹⁵¹ Dans l'hypothèse où des concessions sollicitées par des tiers non autochtones sont encore en attente d'octroi au moment du dépôt d'une demande par des communautés autochtones, ces dernières bénéficient d'un droit préférentiel.

(guerriers) , toutes ces personnes que nous considérons comme les autorités traditionnelles, comme vous les appelez, nous avons discuté avec eux pour leur dire ce qui était en train de se passer, que le gouvernement intervenait dans nos communautés sans nous prendre en compte. Qu'en ont-ils pensé ? Ils ont dit : "Non, ce n'est pas possible, comment peuvent-ils nous enlever la mer ? Comment vont-ils nous interdire, si c'est notre maison, comment vont-ils nous interdire d'aller à la mer, si nous allons nous y baigner, collecter des plantes médicinales", etc. Il y avait beaucoup de points de vue. Et c'est ainsi que de nombreuses personnes ont pris conscience de ce qu'il se passait et c'est comme cela que nous avons eu cette idée qui s'est transformée en projet; et aujourd'hui, c'est une loi. Et cette loi, eh bien, ça n'a pas été facile, parce que nous sommes passés par plusieurs gouvernements successifs et les en fonction, et les gens ont également pris conscience de cette situation, des demandes territoriales, des revendications territoriales, des droits fondamentaux dont il faut prendre soin, protéger et tout cela. (...) C'est pourquoi les peuples autochtones ne revendiquent pas seulement des droits territoriaux sur les espaces côtiers, mais aussi des droits spirituels, car ils les occupent à la fois pour leur subsistance mais aussi dans une relation de respect de remerciement, faisant des prières pour renforcer leur relation avec la mer et leur cosmovision comme peuple (...) ».¹⁵²

Le mécanisme de l'ECMPO est mobilisé de manière stratégique par les peuples et les communautés autochtones côtiers pour protéger leur espace de vie (voir l'encadré ci-dessous).

Témoignage

« L'Ecmpto est pour moi aussi un espoir lié au respect et la manière de rendre visible le lafken mapu (le territoire maritime ou merritoire) en tant que territoire unique qui doit être respecté, protégé et restauré, car il est également nécessaire de naviguer vers ces horizons, vers la régénération, la restauration et la restitution. Et c'est clair, l'une des attentes a trait à la gestion, à la manière dont les gens vont pouvoir décider de ce qu'il convient de faire dans cet espace »¹⁵³.

¹⁵² L. Arce, K. Vargas, Y. Conuecar (coord.), *Mujeres del Mar: Aproximaciones sobre los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios*, Observatorio Ciudadano, 2023, p.16.

¹⁵³ Témoignage d'Ingrid White Llancapani (Comunidad indígena Admapu Ka Lafquen, Pichicolo, Región de Los Lagos. Pueblo mapuche huilliche) in L. Arce, K. Vargas, Y. Coñuecar (coord.), *Mujeres del Mar: Aproximaciones sobre los Espacios Costeros Marinos de Pueblos Originarios*, Observatorio Ciudadano, 2023, p. 27

Au regard de la richesse des stratégies mises en place ailleurs dans le monde par les peuples et les communautés autochtones pour protéger les terres et les territoires autochtones, il convient d'interroger le cas français.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, l'Agence de développement rural et d'aménagement du foncier (ci-après Adraf) a été chargée de mener la réforme foncière en faveur des Kanak initiée en 1978 suite aux revendications territoriales des militants indépendantistes kanak. L'Adraf est compétente de racheter les terres privées pour les restituer aux clans ou aux groupements de droit particulier (ci-après GDPL)¹⁵⁴ ou aux particuliers qui peuvent invoquer le « lien à la terre ». Les attributions foncières opérées par l'Adraf sont soumises au consensus local. La mise en place de cette procédure administrative a permis de prévenir des actions en justice portant sur la restitution des terres coutumières¹⁵⁵. Ces terres sont attribuées pour l'essentiel à des GDPL qui représentent les clans ou les tribus. Et depuis l'Accord de Nouméa, ces terres sont désignées par l'expression « terres coutumières ».

La protection des terres coutumières passe par la reconnaissance de leur caractère inaliénable, incessible, incommuable et insaisissable¹⁵⁶. Les terres coutumières ne peuvent pas être vendues et elles ne sont pas imposables.

La destination coutumière des terres semble *a priori* incompatible ou tout de moins freine leur développement économique. Pourtant, le développement économique des terres coutumières est souvent revendiqué par les Kanak. C'est dans cette perspective que le Conseil économique, social et environnemental (ci-après le CESE) de Nouvelle-Calédonie a tenté d'élaborer des solutions juridiques permettant de concilier la préservation du caractère sacré de la terre avec sa valorisation économique.

Une des solutions envisagées est celle relative à la création d'un cadastre des terres coutumières qui constituerait une interface entre les propriétaires coutumiers et les potentiels

¹⁵⁴ Le groupement de droit particulier local est une structure propre à la Nouvelle-Calédonie, créée par l'ordonnance du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie. Le groupement est doté de la personnalité morale. Il regroupe des membres d'un même clan en vue d'invoquer et d'exercer en commun des droits fonciers coutumiers. Par conséquent, le groupement est régi par le droit coutumier. Les premiers GDPL fonciers ont été mis en place dans les années 1990 en vue de bénéficier des attributions foncières effectuées par l'Adraf sous le régime du droit coutumier.

¹⁵⁵ R. Lafargue, « Le contentieux classique de la terre », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche, Mission Droit et Justice, 2016., p. 120.

¹⁵⁶ Art. 18 de la loi organique n° 99-209.

investisseurs. La création d'un tel cadastre aurait comme but de s'assurer que les retombées économiques soient bien dirigées sur les véritables ayants-droits.

Le CESE de la Nouvelle-Calédonie a exprimé sa volonté dans plusieurs avis¹⁵⁷ pour que les terres coutumières soient systématiquement inscrites dans les textes juridiques afin d'éviter les éventuels conflits fonciers. Toutefois, lorsqu'il s'agit de régir de manière juridique les terres coutumières un obstacle semble freiner l'action du législateur : l'absence de cadastre. Cette technique juridique de sécurisation des terres coutumières et de l'identification du propriétaire d'un terrain fait toujours débat au sein de la Nouvelle-Calédonie. Pourtant le cadastrage des terres coutumières était bien identifié dans le document d'orientation de l'Accord de Nouméa¹⁵⁸. En effet, même si un « cadastrage coutumier » existe, son absence « officielle » est souvent invoquée pour justifier les difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de connaître l'identité des ayants-droits pour négocier une utilisation du terrain coutumier. Pour le CESE de la Nouvelle-Calédonie, l'adoption d'un cadastre permettrait de passer d'un système oral à un système écrit de sécurisation du lien à la Terre.

Afin de s'affranchir de la conception occidentale de la propriété présente dans la notion de cadastre, le CESE de Nouvelle-Calédonie a proposé de substituer le terme « tissu »¹⁵⁹ à celui de cadastre, le premier étant plus familier à la sphère d'influence coutumière. Toutefois, en pratique la création d'un cadastre tissé d'invisibilité est déjà en cours à travers l'élaboration d'actes coutumiers « formalisés » délimitant les parcelles coutumières. Une autre solution envisagée pour faciliter la valorisation économique des terres coutumières est celle de la création des baux ruraux sur terres coutumières. Si une proposition de loi du pays a été déposée au

¹⁵⁷ Rapport et avis n° 16/2011 concernant les terres coutumières et la possibilité d'y développer des projets économiques ou sociaux en province Sud ; Rapport et Vœux n° 02/2017, « Pour l'émergence d'une organisation normative et judiciaire coutumière », 29 décembre 2017.

¹⁵⁸ « (...) Les terres coutumières doivent être cadastrées pour que les droits coutumiers sur une parcelle soient clairement identifiés. De nouveaux outils juridiques et financiers seront mis en place pour favoriser le développement sur les terres coutumières, dont le statut ne doit pas être un obstacle à la mise en valeur (...) », 2^{ème} al. du point 1.4.

¹⁵⁹ Rapport et avis n° 16/2011 du CESE-NC concernant les terres coutumières et la possibilité d'y développer des projets économiques ou sociaux en province Sud.

Congrès de la Nouvelle-Calédonie en 2017, sa rédaction lacunaire a été critiquée par le CESE¹⁶⁰ tandis que le Sénat coutumier l'a jugée comme non prioritaire¹⁶¹.

S'agissant de la Guyane française, par un décret du 15 novembre 1898, l'Etat français est devenu le principal propriétaire foncier de la Guyane sur le fondement du principe de la *terra nullius*¹⁶², terre « sans-maître » au sens du principe juridique inventé par Vattel selon lequel aucun autre occupant ne pouvait faire valoir de titre¹⁶³. L'application de ce principe a été remis en cause à l'étranger par la doctrine¹⁶⁴, par le juge¹⁶⁵ et par les communautés autochtones elles-mêmes. En France, le décret du 14 avril 1987¹⁶⁶ a été pris pour faire face aux revendications foncières du mouvement amérindien en accordant aux « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt » la possibilité de se voir attribuer des « zones de droit d'usage » et de se faire concéder ou céder collectivement des terres domaniales. Autrement dit, trois régimes fonciers¹⁶⁷ sont créés au profit de « communauté

¹⁶⁰ Proposition de loi du pays portant création du titre II du livre IV du Code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie et relative aux baux ruraux sur terres coutumières déposée par Nicolas METZDORF (proposition n°73 du 02/08/2017) ; CESE – NC, Rapport et avis n° 09/2017 concernant la proposition de loi du pays portant création des baux ruraux sur terres coutumières.

¹⁶¹ Sénat coutumier, délibération n° 04-2018/SC du 27 février 2018 sur la proposition de loi du pays portant création du titre II du livre IV du Code agricole et pastoral de Nouvelle-Calédonie et relative aux baux ruraux sur terres coutumières.

¹⁶² *Terra* ou *territorium nullius* « désignant, à l'époque de la colonisation, un territoire sur lequel aucun Etat n'exerçait sa souveraineté et qui, par suite, était considéré comme susceptible d'acquisition par un Etat quelconque par voie d'occupation », J. Salmon, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

¹⁶³ Pourtant, « il est admis que les territoires colonisés, en Amérique comme ailleurs, n'étaient ni physiquement ni juridiquement vides et que toute conclusion en sens contraire est discriminatoire », G. Motard, M.-J. Lainé, « Prendre le droit autochtone au sérieux : entretien avec Hadley Louise Friedland », *Anthropologie et Sociétés*, n° 2, 2016, p. 196.

¹⁶⁴ Le professeur Pierre Noreau soulignait en 2010 que la « justification sur laquelle est fondée l'appropriation du territoire autochtone par les Européens est fondée sur une fraude. Les Européens ont agi en contravention de leur propre normativité juridique. Ainsi, par exemple, si le principe de la *terra nullius* a pu servir de justification à l'occupation du territoire autochtone, elle ne peut plus faire illusion aujourd'hui, à la lumière de ce que nous apprennent l'archéologie, l'histoire ou l'anthropologie. Et, si les différences de civilisation (prétexte parmi d'autres) ont paru autoriser les Européens à se justifier à eux-mêmes la légalité de leur découverte et de leur conquête, tout ce que nous savons aujourd'hui de la diversité des collectivités humaines ne permet plus de présenter l'occupation de ces territoires comme juridiquement fondée. *A posteriori* donc, la légalité de cette occupation doit être contestée. Il faut cependant par extension tirer de cette constatation toutes les conséquences, « La gouvernance autochtone : penser hors du livre », in P. Noreau (dir.), *Gouvernance autochtone : reconfiguration d'un avenir collectif*, Montréal, 2010, pp. XVI-XVII cité par G. Motard, « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit », *Revue de droit de McGill*, n°421, 2020, p. 465.

¹⁶⁵ Voir l'arrêt de la Haute Cour d'Australie, *Mabo v. Queensland (No 2)*, [1992] HCA 23. L'opinion majoritaire rédigée par le juge Brennan mentionne que, l'Australie n'ayant jamais été, dans les faits, *terra nullius*, le droit local précolonial régissant les populations autochtones continue de trouver application.

¹⁶⁶ Décret n°87-267 du 14 avril 1987 modifiant le code du domaine de l'Etat et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'Etat en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux

¹⁶⁷ D. Davy, G. Filoche, A. Guignier et F. Armanville, « Le droit foncier chez les populations amérindiennes de Guyane française : entre acceptation et conflits », in Y. Urban, S. Humbert (dir.), *Histoire de la Justice*, n°26, n° spécial « Justice en Guyane », 2016, pp. 223-236. La question foncière est au cœur des revendications

d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt »¹⁶⁸. Ces régimes qui restent précaires sont les suivants : les zones de droit d'usage collectifs¹⁶⁹, les concessions collectives accordées à titre gratuit mais pour une durée limitée¹⁷⁰ et les cessions collectives accordées à titre gratuit¹⁷¹.

Des droits collectifs sont reconnus pour la pratique de la chasse, de la pêche et d'une manière générale pour l'exercice de toute activité nécessaire à la subsistance de ces « communautés d'habitants ». Cette dernière notion ne faisant l'objet d'aucune définition précise par le droit, mais, en pratique, elle vise les autochtones de Guyane française¹⁷². Les zones de droits d'usage collectifs sont constatées par le préfet et les autochtones doivent argumenter et motiver chaque demande de délimitation de leur territoire. Pour l'heure, comme le précise Damien Davy, « il existe dix-huit zones de droits d'usage collectifs, dix-huit concessions collectives et trois cessions collectives pour une superficie totale de 732 793 ha »¹⁷³.

Si ces droits d'usage permettent d'exploiter les terres, les autochtones ne peuvent pas en disposer librement car elles restent dans le domaine privé de l'Etat ou de la collectivité territoriale. En outre, l'arrêté préfectoral qui constate les droits d'usage collectifs sur une zone indique que les droits d'usage reconnus « ne peuvent être exercés que sous réserve, notamment, de l'application des dispositions relatives à la recherche et à l'exploitation de substances minières et des dispositions relatives à la protection de la nature et des espèces animales et à la défense de l'environnement et qu'ils ne font pas obstacle à la réalisation de travaux d'aménagement ou d'équipements collectifs »¹⁷⁴.

autochtones en Guyane. L'accord de Guyane du 21 avril 2017 envisage la « rétrocession » de 400 000 ha au profit des autochtones de Guyane, Accord de Guyane du 21 avril 2017 - Protocole « Pou Lagwiyann dékolé », *JO*, n°0103, 2 mai 2017, texte n°47.

¹⁶⁸ R. 5143-1 du Code de l'environnement.

¹⁶⁹ Art. L. 272-4 du Code forestier ; Art. R 272-11.

¹⁷⁰ Art. L. 272-5 du Code forestier ; Art. R 272-12 du Code forestier

¹⁷¹ Art. L. 272-5 du Code forestier ; Art. R. 272-12 du Code forestier ; Art. L. 5142-2 CGPPP.

¹⁷² Il s'agit des populations autochtones amérindiennes et bushinenguées.

¹⁷³ D. Davy, « Des Zones de Droits d'usage Collectif au Grand conseil coutumier : vers une reconnaissance de l'autochtonie en Guyane ? », in F. Faberon (dir.), *Les régimes des autochtones et populations locales des outre-mer français*, Éd. Recherches sur la cohésion sociale, n°4, 2023, p. 59 et s.

¹⁷⁴ Art. R. 272-11, 3° du Code forestier.

La loi sur les parcs nationaux de 2006¹⁷⁵ vise spécifiquement ces communautés d'habitants, en se référant à leurs droits d'usage collectifs pour pratiquer la chasse, la pêche et toute activité nécessaire à leur subsistance dans la zone du cœur de parc. Tant le décret de création du Parc amazonien de Guyane de 2007¹⁷⁶ que la charte du parc de 2013¹⁷⁷ prévoient des dispositions plus favorables au bénéfice de ces communautés d'habitants. Ces textes contiennent des dérogations à la réglementation du parc (en autorisant les activités traditionnelles) et interdisent les exploitations minières au cœur du parc.

Plus récemment, lors de la signature de l'Accord de Guyane le 21 avril 2017, l'Etat s'est engagé à céder¹⁷⁸ gratuitement 400 000 hectares de terres lui appartenant aux populations amérindiennes. Pour ce faire, un établissement public de coopération culturelle et environnementale a été créé le 23 novembre 2021 pour encadrer ce processus de cession des terres. La Collectivité territoriale de Guyane et le Grand conseil coutumier ont signé un protocole d'accord politique portant sur la gestion de cet établissement le 10 mars 2022. Toujours est-il que « la plus grande part du travail de cession est à mettre en œuvre, à commencer par la délimitation des espaces qui seront cédés »¹⁷⁹.

En effet, ce sont les Etats qui procèdent à la démarcation et à la délimitation des terres autochtones et établissent la propriété collective de certaines terres au moyen de mesures législatives et réglementaires. Les procédures de démarcation et de délimitation présentent nombre de difficultés. Elles sont invariablement lentes, pouvant s'étendre sur des dizaines d'années, comme c'est le cas en Guyane française.

Pour faire valoir leurs droits à la terre et aux territoires autochtones, de nombreux peuples se sont appropriés l'utilisation de la cartographie sur le modèle occidental. Ainsi, ils usent des « outils du colonisateur pour les mettre au service de leur programme politique : dans ce contexte, la cartographie est devenue un langage de contestation politique et un moyen de résister à l'ordre territorial imposé par les Etats-nations et aux forces déstructurantes de la

¹⁷⁵ La loi 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux consacre un chapitre au Parc amazonien de Guyane

¹⁷⁶ Décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé « Parc amazonien de Guyane ».

¹⁷⁷ Décret n° 2013-968 du 28 octobre 2013 portant approbation de la charte du parc amazonien de Guyane.

¹⁷⁸ Il convient de préciser que si dans les demandes des peuples amérindiens de Guyane française c'est le terme « restitution » qui est employé, dans le discours officiel de l'Etat français, le terme employé est celui de « cession ».

¹⁷⁹ Assemblée nationale, *Rapport d'information sur l'aménagement et le développement durable du territoire en Guyane*, 28 novembre 2023, p. 48.

mondialisation économique et culturelle »¹⁸⁰. L'outil même de la cartographie n'est pas ignoré par les peuples autochtones, au contraire, ils « témoignent d'une riche tradition de pratiques cartographiques qui leur sont propres et diffèrent considérablement des modèles cartésiens »¹⁸¹ occidentaux de représentation de l'espace. Certaines de ces cartes se caractérisent par leur immatérialité, elles peuvent être éphémères (tracés sur la terre, le sable, gravées dans les glaces arctiques), mentales ou orales. Dans ce dernier cas, « le rêve peut occuper une place importante dans les territorialités de nombreux peuples autochtones »¹⁸². Afin de rendre visible leurs territoires autochtones, un nombre important de ces peuples produisent leurs propres cartographies sur le modèle occidental. Ces cartes qui identifient l'étendue des terres et ressources qu'ils occupent et utilisent sont souvent utilisées pour revendiquer leurs droits territoriaux sur le plan politique et juridique. La production des cartes autochtones s'inscrit également dans le cadre de la revendication de la souveraineté des données autochtones¹⁸³. De nombreux peuples autochtones publient leurs cartes sur la plateforme LandMark¹⁸⁴ qui est un observatoire global centralisé qui collecte et diffuse des données issues des sources gouvernementales et des sources non gouvernementales telles que les ONG. Ces données peuvent être mobilisées par les peuples autochtones devant les organisations internationales et les juridictions. En outre, comme l'explique le géographe Fabrice Dubertret dans sa thèse, les territorialités autochtones en milieux forestiers sont davantage cartographiées, « cela s'explique par une coalition entre les mouvements environnementalistes et autochtones, cette convergence de luttes offrant plus de moyens pour la mise en place de projets de cartographies participatives tout en les orientant vers les zones où se concentrent les services écosystémiques »¹⁸⁵. De ce point de vue, il existe une asymétrie des données disponibles portant sur les territoires autochtones recensés dans le monde.

¹⁸⁰ I. Hirt, « Cartographies autochtones. Éléments pour une analyse critique », *L'Espace géographique*, 2009, n° 2, p. 171.

¹⁸¹ F. Dubertret, *Rendre explicite une présence invisible : vers un atlas mondial des territoires autochtones*, thèse en géographie, Université de la Sorbonne nouvelle – Paris III, 2020, p. 139.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Le concept de souveraineté des données est lié au droit des peuples autochtones à conserver, à contrôler, à protéger et à développer leur patrimoine culturel, leurs connaissances traditionnelles et leurs expressions culturelles traditionnelles, ainsi qu'à leur droit à conserver, à contrôler, à protéger et à développer leur propriété intellectuelle sur ces éléments, définition donnée par Victoria Tauli-Corpuz dans la préface de l'ouvrage de T. Kukutai, J. Taylor (ed.), *Indigenous Data Sovereignty, Toward an Agenda*, Australian National University, 2016, p. XXII.

¹⁸⁴ L'adresse internet de l'observatoire est : www.landmarkmap.org

¹⁸⁵ F. Dubertret, *op. cit.*, p. 338.

6. La reconnaissance des droits fonciers et territorialités autochtones par le biais de la personnalité juridique de certains éléments dits « naturels »

Dans certains systèmes juridiques, l'octroi de la personnalité juridique à certains éléments dits « naturels » est une des voies mobilisables pour faire valoir les droits fonciers et les territorialités autochtones. On peut citer à cet égard les cas emblématiques suivants : le fleuve Atrato¹⁸⁶ et l'écosystème de l'Amazone¹⁸⁷ en Colombie, la rivière Vilcabamba en Equateur¹⁸⁸, le Muteshekau Shipu (rivière Magpie) au Québec (Canada)¹⁸⁹ et le fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande¹⁹⁰. De manière plus globale, la Constitution de l'Equateur reconnaît la nature comme sujet de droit ayant des droits spécifiques¹⁹¹. En Guyane française, le Livre blanc sur les droits des fleuves et des peuples de Guyane publié par l'association *WildLegal* en 2021 avec la participation active des représentants des peuples amérindiens s'inscrit dans la même démarche¹⁹². En Nouvelle-Calédonie, c'est le Code de l'environnement de la province des îles Loyauté qui reconnaît les requins et les tortues comme entités naturelles sujets de droit¹⁹³. Ces exemples montrent la manière dont le droit peut être utilisé pour mettre en œuvre et pour intégrer les juridicités autochtones dans les systèmes juridiques occidentaux.

La promotion d'une approche écocentrique des droits humains ainsi que la reconnaissance des droits bioculturels permettent de protéger ces normativités. Dans la décision de la Cour constitutionnelle colombienne de 2016, il est intéressant de noter la motivation développée par les juges pour reconnaître la personnalité juridique du fleuve Atrato. En effet, pour ces derniers, la reconnaissance de la personnalité juridique du fleuve implique la protection des droits environnementaux spécifiques octroyés au fleuve et la protection des droits bioculturels reconnus au profit des communautés autochtones et afro-colombiennes¹⁹⁴. Pour les juges, les

¹⁸⁶ Cour constitutionnelle de Colombie, *Center for Social Justice Studies, Tierra Digna et al. v. Presidency of the Republic et al.*, arrêt T-622/16, 2016.

¹⁸⁷ Tribunal suprême de justice, Sala de Casación civil, 5 avril 2018, STC4360-2018.

¹⁸⁸ Equateur, Cour provinciale de Loja, injonction constitutionnelle no 11121-2011-0010, mars 2011.

¹⁸⁹ Voir Conseil des Innus d'Ekuanitshit, Canada, résolution no 919-082, 18 janvier 2021 et municipalité régionale de comté de Minganie, Canada, résolution no 025-21, reconnaissance de la personnalité juridique et des droits de la rivière Magpie – Mutehekau Shipu, février 2021.

¹⁹⁰ Voir Parlement de la Nouvelle-Zélande, Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act (2017).

¹⁹¹ Constitution de l'Equateur, art. 71.

¹⁹² Disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.wildlegal.eu/post/guyane-un-pas-en-avant-vers-la-reconnaissance-des-droits-du-fleuve-maroni> (consulté le 1er février 2024).

¹⁹³ Art. 242-16 et s.

¹⁹⁴ F. Girard, « Communs et droits fondamentaux : la catégorie naissante des droits bioculturels », *RDLF*, chron. n° 28, 2019 disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://revuedlf.com/droit-fondamentaux/communs->

droits bioculturels sont les droits des communautés autochtones d'administrer et d'exercer une tutelle (*tutela*) autonome tant sur leurs territoires, conformément à leurs lois, coutumes que sur les ressources naturelles qui constituent leur habitat. Dans le cadre de cet espace de vie, la culture, les traditions et les modes de vie autochtones se sont développés sur la base de la relation spéciale que ces communautés entretiennent avec l'environnement et la biodiversité¹⁹⁵. La Cour constitutionnelle colombienne précise cependant que les droits bioculturels ne forment pas une nouvelle catégorie de droits, mais il s'agit plutôt d'une catégorie spéciale qui unifie les droits aux ressources naturelles et à la culture des communautés autochtones, les considérant comme intégrés et interdépendants¹⁹⁶.

In fine, la reconnaissance de la personnalité juridique de certains éléments naturels non-humains et l'émergence de la catégorie « naissante »¹⁹⁷ des droits bioculturels ont comme finalité de protéger les territorialités, mais également les juridicités autochtones.

7. La notion de savoirs traditionnels autochtones

Savoirs locaux, connaissances traditionnelles, savoirs autochtones, savoirs écologiques traditionnels sont autant d'appellations qui complexifient davantage la question de la protection de ces savoirs déjà difficile à mettre en œuvre.

La notion de savoirs écologiques traditionnels est la traduction littérale de *Traditional Ecological Knowledges*, apparue dans les années 1980 aux Etats-Unis. Pour certains chercheurs anthropologues, à l'instar de Marie Roue l'ajout du terme « écologique » s'avère réducteur, car il désigne le nom d'une discipline scientifique occidentale, alors que ces savoirs sont avant tout une représentation du monde et donc un mode de vie¹⁹⁸.

et-droits-fondamentaux-la-categorie-naissante-des-droits-bioculturels/#_ftn226 ; S. Revet, « Le fleuve et ses gardiens. Droits bioculturels en action sur le fleuve Atrato », *Terrain : revue d'ethnologie de l'Europe*, 2022, en ligne, (10.4000/terrain.22695). (hal-03606110).

¹⁹⁵ Décision *précitée*, §. 5.11.

¹⁹⁶ §. 5.12.

¹⁹⁷ F. Girard, *op. cit.*

¹⁹⁸ N. Douglas, M. Roue, « Des savoirs "traditionnels" pour évaluer les impacts environnementaux du développement moderne et occidental », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. n° 173, n°3, 2002, pp. 377-387.

S'il n'existe pas de définition communément admise de la notion de savoirs traditionnels, il est possible de la définir « comme des connaissances, innovations et pratiques détenues par certains groupes »¹⁹⁹ à l'image des peuples autochtones et des communautés locales dans des domaines aussi variés que l'agriculture, la médecine, en passant par les techniques de chasse, de pêche, les savoirs culinaires ou encore l'artisanat traditionnel.

Le terme « traditionnel » doit être compris dans un sens dynamique, ce sont des savoirs construits sur l'expérience et qui s'adaptent aux changements²⁰⁰. A titre d'exemple, dans un contexte de changement climatique, le peuple autochtone Inuit de Sachs Harbour (vivant dans la région de l'Arctique) a développé des connaissances de base sur les changements environnementaux et a développé une capacité de reconnaître les signes indiquant que quelque chose sans précédent été en train de se produire²⁰¹. Ces connaissances ont permis aux Nations Unies « à persuader les huit Etats arctiques de lancer en 2000 l'Évaluation des impacts du changement climatique dans l'Arctique (ACIA), une initiative à laquelle ont participé plus de 300 scientifiques issus de 15 pays ainsi que les populations autochtones de l'Arctique »²⁰². Cette étude, publiée en 2005, « a eu une influence importante sur les trois résumés à l'intention des décideurs publiés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat en 2007, sur la science physique, les effets et les vulnérabilités du changement climatique dans les années à venir »²⁰³.

¹⁹⁹ Th. Burelli, *Ni vues, ni connues. Étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels au Canada*, thèse en droit, Université d'Ottawa, 2019, p. 25.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Comme le précise les Nations Unies « En 1999, l'Institut international du développement durable, établi à Winnipeg, et la communauté de Sachs Harbour (qui compte environ 125 personnes) dans l'île Banks, dans la région de la mer de Beaufort, a documenté les changements environnementaux locaux et régionaux. Dans une vidéo présentée à la Conférence des parties (COP) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) en 2000, les chasseurs et les anciens ont parlé sur un ton empreint d'autorité des questions qui les touchent de près, comme les changements courants et cumulatifs, la fonte du pergélisol entraînant l'effondrement des plages et l'érosion des berges des lacs; l'intensification des chutes de neige; l'allongement des périodes où la mer est libre de glaces; l'apparition de nouvelles espèces d'oiseaux et de poissons (l'effraie des clochers, le canard colvert, le canard pilelet et le saumon) à proximité de la communauté; la baisse de la population de lemmings (qui représentent le régime de base du renard arctique, une espèce de choix pour les chasseurs); et la tendance générale au réchauffement », source <https://www.un.org/fr/chronicle/article/le-changement-climatique-dans-larctique-une-realite-chez-les-inuits> (consulté le 1er décembre 2023).

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

Un des défis pour le droit est d'éviter une interprétation des savoirs traditionnels comme des savoirs figés dans le passé, archaïques, obsolètes et contrastant fortement avec les savoirs et la science occidentales.

L'utilisation du terme « traditionnel » ne doit pas conduire dans le pire des cas à stigmatiser les peuples autochtones comme des peuples ancrés dans le passé, antithétiques aux sociétés modernes ou encore contre l'utilisation de la technologie. Ou dans les meilleurs des cas, cela ne doit pas conduire à romantiser les savoirs autochtones et leurs cosmovisions, d'une manière qui ressemble au mythe du sauvage écologiquement noble qui favorise l'idée que toutes les communautés autochtones vivent en harmonie avec la nature, contrairement aux sociétés étatiques occidentalisées qui provoquent la dégradation et la pollution de l'environnement.

Le savoir autochtone correspond à un ensemble de systèmes de connaissances complexes fondés sur la vision du monde des peuples et communautés autochtones. Il reflète les systèmes uniques de cultures, de langues, de valeurs, de gouvernance et de dispositions juridiques de ces peuples ainsi que leur histoire.

En se basant sur les travaux des participants permanents du Conseil de l'Arctique²⁰⁴, il est possible de définir la notion de savoir autochtone de la manière suivante : « le savoir autochtone est une manière systématique de pensée appliquée aux phénomènes biologiques, physiques, culturels et spirituels. Il inclut la connaissance fondée sur les preuves et acquise grâce aux expériences directes et sur le long terme et l'observation, les enseignements et les compétences sur plusieurs générations. Ce savoir s'est développé au fil des millénaires et continue de s'enrichir dans le cadre d'un processus vivant qui prend en compte les connaissances acquises à l'heure actuelle et celles qui seront acquises à l'avenir ; il est transmis de génération en

²⁰⁴ Le Conseil de l'Arctique, fondé en 1996 par la Déclaration d'Ottawa, est une instance multilatérale dont les parties sont des Etats mais aussi des associations de peuples autochtones. Il s'agit d'une instance intergouvernementale de haut niveau, à présidence tournante, et qui fonctionne par consensus pour promouvoir les aspects environnementaux, économiques et sociaux du développement durable dans la région de l'Arctique. Il regroupe huit Etats riverains des régions arctiques ou circumpolaires : le Canada, le Danemark, les Etats-Unis, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Russie, et la Suède, sept organisations représentant les peuples autochtones, treize Etats dits observateurs qui peuvent assister aux débats mais n'ont pas de droit de vote, et vingt organisations gouvernementales ou non gouvernementales, également observatrices. Parmi les Etats observateurs, le Conseil de l'Arctique a accueilli l'Allemagne, les Pays-Bas, la Pologne et le Royaume-Uni en 1998, la France en 2000, l'Espagne en 2006, la Chine, l'Inde, l'Italie, le Japon, la Corée du Sud et Singapour en 2013, et la Suisse en 2017.

génération »²⁰⁵. Selon cette définition, le savoir autochtone va au-delà des observations et des connaissances écologiques, et offre un « mode de connaissance » unique.

Les langues des peuples et communautés autochtones reflètent les différentes visions du monde, elles disposent des vocabulaires très riches et élaborés qui ont été construits autour de sujets ayant une importance écologique, économique et socioculturelle particulière. La disparition d'une langue autochtone s'accompagne par une perte d'un système unique de savoirs et de compréhension du monde naturel. Par voie de conséquence, la protection des savoirs traditionnels autochtones est conditionnée par la protection des langues autochtones.

En Europe du Nord, dans le cadre de l'élevage des rennes, activité traditionnelle pratiquée par le peuple sâme, d'importantes connaissances ont été acquises au fil du temps, tant sur les rennes que sur les liens entre l'humain et les rennes et entre les animaux et l'environnement. Des connaissances ont été accumulées sur les changements radicaux qui s'opèrent dans l'environnement naturel et sur les stratégies d'adaptation à de tels défis. L'analyse du vocabulaire des langues sâmes²⁰⁶ nous en apprend beaucoup sur l'état climatique des régions arctiques. Il est très précis dans la description des rennes, de la neige, de la glace et plus généralement du paysage et de sa qualité. À titre d'exemple, dans la langue sâme du Nord, il existe plus de 300 mots pour désigner la neige, ces mots font souvent référence aux conditions dans lesquelles se déroulent les activités traditionnelles des Sâmes, telles que la chasse et l'élevage de rennes²⁰⁷. Une analyse scientifique du vocabulaire sâme pourrait être utile pour mieux comprendre l'environnement dans lequel ce peuple vit. Des auteurs suggèrent d'insérer le lexique sâme dans la littérature scientifique, car un simple mot sâme peut être plus descriptif que toute une phrase dans une autre langue²⁰⁸.

L'importance de la protection des langues autochtones avait été reconnu dans le cadre de l'ONU. Afin de préserver, de revitaliser et de promouvoir les langues autochtones, en 2019,

²⁰⁵ Définition disponible à l'adresse suivante : <https://www.inuitcircumpolar.com/icc-activities/environment-sustainable-development/indigenous-knowledge/> (consulté le 1er décembre 2023).

²⁰⁶ Il existe 10 langues sâmes parlées sur le territoire *Sápmi* (nom donné au territoire des Sâmes, qui s'étend sur la Norvège, la Suède, la Finlande et la Péninsule de Kola en Russie), voir H. Helander, P. Keskitalo, T. Turunen, « Saami Language Online Education Outside the Saami Homeland. New Pathways to Social Justice », in M. Thrupp, P. Seppänen, J. Kauko, S. Kosunen (ed.), *Finland's Famous Education System. Unvarnished Insights into Finnish Schooling*, Springer, 2023, p. 303.

²⁰⁷ A. Danto, L. Pertel, J. Danto, K. Likhacheva. « Linguistic Biodiversity, Natural Biodiversity and Traditional Ecological Knowledge: A Common Extinction », *Études finno-ougriennes*, n°54, 2022, pp. 37-62.

²⁰⁸ Voir sur ce point plus largement V-P. Lehtola, *The Sámi People : traditions in transition*, translated from the Finnish by Linna Weber Müller-Wille, Fairbanks, University of Alaska Press, 2004, 144 p.

l'Assemblée générale de l'ONU avait proclamé la période 2022-2032 « Décennie des langues autochtones »²⁰⁹. En outre, depuis 2022, les Etats membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle mènent des négociations, avec la participation des peuples autochtones en tant qu'observateurs, pour l'élaboration d'un traité visant à protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques²¹⁰. Dans cette perspective, comme le souligne Geneviève Motard, « le législateur et les autorités gouvernementales pourraient commencer par mettre en valeur — sur le territoire et dans le respect de la volonté des communautés concernées — les langues et la toponymie autochtones, en mettant par exemple en évidence les démarcations (souples ou fixes) des territoires nationaux et familiaux »²¹¹.

8. Les ressources naturelles du sous-sol de la compétence exclusive de l'Etat

Dans la majorité des Etats étudiés, la reconnaissance des territoires et terres autochtones ne confère pas à ces peuples un usage et une exploitation exclusifs des ressources naturelles du sous-sol. Dans les Etats d'Amérique du Sud, l'exploitation des ressources naturelles du sous-sol est de la compétence exclusive de l'Etat. Plusieurs textes latino-américains consacrent la dimension d'intérêt public de l'exploitation du sous-sol en permettant de procéder, à cette fin à des expropriations²¹². A titre d'exemple, l'article 58 de la Constitution de Colombie de 1991, s'il reconnaît la « fonction sociale de la propriété », en la liant notamment à sa « fonction environnementale » prévoit la possibilité d'une expropriation pour des raisons d'intérêt public, parmi lesquelles le législateur a identifié l'exploitation minière²¹³. L'article 125 de la Constitution du Guatemala de 1985 déclare également que « l'exploitation technique et rationnelle des hydrocarbures, des minéraux et des autres ressources naturelles non renouvelables sont déclarées d'utilité et de nécessité publiques »²¹⁴.

²⁰⁹ Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 18 décembre 2019, A/RES/74/135.

²¹⁰ Instance permanente sur les questions autochtones, Conseil économique et social des Nations Unies, *Les peuples autochtones et le Programme de développement durable à l'horizon 2030 et la mise en œuvre du plan d'action à l'échelle du système des Nations Unies visant à garantir l'unité de l'action menée pour réaliser les objectifs définis dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 2024, E/C.19/2024/2.

²¹¹ « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit », *Revue de droit de McGill*, 2020, p. 455.

²¹² A. Le Quinio, « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », *RFDC*, n°122, 2020, pp. 299-320.

²¹³ Art. 13 de la loi n° 685 de 2001 par laquelle le Code des mines est publié : « Conformément à l'article 58 de la Constitution, l'industrie minière est déclarée d'utilité publique et d'intérêt social dans toutes ses dimensions ».

²¹⁴ Guatemala, art. 125 C (1985).

En Bolivie, le législateur avait tenté dans l'article 126 de sa loi relative aux hydrocarbures n° 3058 du 19 mai 2005 de soustraire certains territoires à la possibilité d'une exploitation des ressources naturelles, particulièrement au sein des espaces où vivent les peuples autochtones, en y interdisant notamment la possibilité d'y exproprier ses habitants. Néanmoins, la Cour constitutionnelle a déclaré, dans une décision du 2 juin 2006²¹⁵, ledit article 126 comme étant contraire à l'article 139 de la Constitution de 2004 qui réserve à l'Etat la compétence exclusive dans l'exploitation des ressources du sous-sol sur le territoire²¹⁶.

Dans cette perspective, le fait que les textes constitutionnels étudiés mentionnent généralement le seul cas des ressources renouvelables du sol souligne bien l'ambiguïté d'Etats en développement qui, malgré la reconnaissance des peuples autochtones, poursuivent une finalité de développement économique reliée à l'économie de marché, notamment en privilégiant, dans la pratique, l'activité industrielle extractive.

Ainsi, la Cour constitutionnelle de l'Equateur a pu rappeler que les droits des peuples autochtones ne concernaient que les richesses présentes sur la surface de la terre sur laquelle ils ont des droits et non sur les richesses du sous-sol²¹⁷ dont l'exploitation ressortit de la compétence exclusive de l'Etat en vertu du principe de la souveraineté de ce dernier sur l'exploitation des ressources naturelles.

Les différents tribunaux constitutionnels d'Amérique du Sud, y compris les plus soucieux de la protection des peuples autochtones, considèrent que le droit à la terre de ces peuples se limite à l'exploitation en surface. Ainsi, la Cour constitutionnelle de Bolivie, a rappelé que « la propriété des minéraux et des hydrocarbures appartient à l'Etat »²¹⁸, limitant les obligations de l'Etat à la participation et la consultation des peuples autochtones dans le cadre du développement de ce type de projets extractifs, conformément à l'article 15.2 de la Convention n° 169 de l'OIT²¹⁹. Le Tribunal constitutionnel du Pérou a également considéré qu'il n'existait

²¹⁵ Cour constitutionnelle de Bolivie, Sen. n° 0045/2006, *Ley de Hidrocarburos (LH) 3058, de 19 de mayo de 2005*, 2 juin 2006.

²¹⁶ Bolivie, art. 139 C (2004) : « Les gisements d'hydrocarbures, quel que soit l'état dans lequel ils se trouvent ou la forme sous laquelle ils sont présentés, sont le domaine direct, inaliénable et imprescriptible de l'Etat ».

²¹⁷ Cour constitutionnelle de l'Equateur, Resolución 247-RA-00-IS, *Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) c. la compañía Arco Oriente Inc.*, 16 mars 2000.

²¹⁸ Cour constitutionnelle de Bolivie, Sen. n° 0045/2006, *préc.*, point II.5.2.

²¹⁹ Convention n° 169 (OIT), art. 15.2 : « Dans les cas où l'Etat 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

pas de contradiction entre la souveraineté de l'Etat sur les ressources naturelles prévue à l'article 66 de la Constitution²²⁰ et l'article 15 de la Convention n° 169, indépendamment des revendications des peuples autochtones relatives à l'exploitation de leur « domaine éminent »²²¹. La seule obligation de l'Etat en la matière réside dans la pondération entre des intérêts et des droits contradictoires²²².

Les Etats, le cas échéant les juges, doivent assurer la conciliation entre des intérêts et des droits contradictoires. La Cour constitutionnelle colombienne avait ainsi jugé que l'Etat doit « trouver un équilibre entre le développement économique du pays qui exige l'exploitation de ces ressources naturelles et la préservation de l'intégrité qui est la condition de la survie du groupe humain autochtone »²²³. La poursuite de cet équilibre demeure au cœur de l'ensemble des débats relatifs à la protection des droits des peuples autochtones et l'exploitation des ressources naturelles²²⁴.

En accord avec la Convention n°169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, le système interaméricain des droits de l'homme a précisé le droit des peuples autochtones aux ressources de leurs territoires. Dans l'affaire *Saramaka c/ Surinam* de 2007, la CourIDH a jugé que, dans les cas où des projets d'extraction ou d'exploitation des ressources naturelles affectent leurs ressources naturelles, les communautés concernées ne doivent pas seulement être consultées, mais qu'une étude d'impact environnemental doit également être réalisée²²⁵. La CourIDH a précisé que le droit de propriété doit être garanti pour ce qui concerne les ressources naturelles « qu'ils ont utilisées de manière traditionnelle et qui sont nécessaires pour la survie, le développement et la continuité du style de vie du peuple ». Selon la Cour, les membres des peuples autochtones et tribaux ont le droit d'être titulaires des ressources naturelles qu'ils ont traditionnellement utilisées sur leur

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 ».

²²⁰ Pérou, art. 66 C (1993) : « Les ressources naturelles, renouvelables et non renouvelables, sont le patrimoine de la Nation. L'Etat est souverain dans son utilisation ».

²²¹ Tribunal constitutionnel du Pérou, Sen. n° 0023-2009-PI/TC, *Gonzalo Tuanama Tuanama*, 21 septembre 2010, § 8.

²²² *Ibid.*, § 9 : « [...], tout conflit éventuel qui pourrait surgir entre les communautés et les politiques de l'Etat doit être résolu par les règles de pondération afin d'articuler les droits collectifs légitimes avec les intérêts nationaux dans chaque cas particulier, d'autant plus lorsque la propriété des ressources naturelles appartient à l'Etat ».

²²³ Cour constitutionnelle de Colombie, Sen. T-880/06, *Acción de tutela instaurada por el Pueblo Indígena Motilón Barí contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros*, 26 octobre 2006, point 3.2.

²²⁴ A. Le Quinio, *op. cit.*

²²⁵ §152.

territoire, pour les mêmes raisons pour lesquelles ils ont le droit d'être titulaires de la terre qu'ils ont utilisée et occupée traditionnellement durant des siècles²²⁶. La Cour interaméricaine a précisé que le bois que les « Saramaka ont récolté, utilisé, commercialisé et vendu [...] de manière traditionnelle et ils continuent de le faire » était une ressource naturelle appartenant aux Saramaka, au contraire de l'or, ressource non utilisée traditionnellement et qui, en conséquence, n'était pas compris comme un bien relevant de la propriété de la communauté²²⁷. Cette jurisprudence a été contestée, car elle prive les populations autochtones des autres ressources naturelles de leurs territoires amplement convoitées par les multinationales.

V. L'exercice de la justice environnementale en France dans la perspective autochtone

Dans le cadre de notre recherche portant sur le droit d'accès à la justice environnementale des peuples autochtones, la question sur l'appréhension de la justice environnementale par les Autochtones eux-mêmes s'est naturellement posée. Il s'agit, d'une part, d'étudier la position des Autochtones de Guyane française (A) et d'autre part, celle du peuple kanak en Nouvelle-Calédonie (B).

A/ Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones de Guyane française par les peuples autochtones de Guyane française eux-mêmes (Derniers développements)²²⁸

Contexte

Des **initiatives** (projets de développement, activités de recherche et commerciales, initiatives de conservation et réformes statutaires) **concernent les peuples autochtones de Guyane française** (encadré 1), dont de très nombreuses **menacent leurs droits**, à l'exemple du projet actuel d'électrification durable mené par la société CEOG (Centrale Electrique de l'Ouest Guyanais) sur la commune de Mana ou de celui plus ancien d'exploitation minière « Montagne d'or » dans l'ouest guyanais. Ces initiatives peuvent avoir **des conséquences**

²²⁶ §121.

²²⁷ §122 et §155.

²²⁸ Il s'agit des développements intervenus avant la mi-mai 2023. Cette partie est co-écrite avec Alexis Tiouka, Juriste, Expert sur les droits des peuples autochtones, Florencine Edouard, Juriste, Experte sur les droits des peuples autochtones, Cyprien Poero Kawa, Conseiller sur les coutumes autochtones kanak, Philippe Karpe, Juriste, Directeur de recherches en droit, Cirad-UMR SENS.

particulièrement négatives pour la survie des peuples autochtones de Guyane (pollution des eaux réduisant les capacités de subsistance ; perte d'autonomie et de respect de soi, acculturation conduisant au suicide ; etc.).

Un simple rappel essentiel ? Un objet de débat, un enjeu pour les droits, une étape cruciale dans la protection des peuples autochtones de Guyane française

Il existe plusieurs populations en Guyane française, parmi lesquelles :

- **les peuples autochtones** de Guyane française : s'appuyant sur les quatre critères principaux de définition proposés par José Martinez Cobo, les peuples autochtones considèrent qu'ils sont au nombre de six « qui occupaient le territoire avant la colonisation »²²⁹ à savoir: le peuple Kali'na Tileuyu (Galibi « pour les colons »), le peuple Lokono (Arawak), le peuple Pahikweneh (ou Palikur), le peuple Wayampi, le peuple teko (Emerillon). Chacun d'eux « dispose d'une langue, d'une culture et d'une histoire qui lui est propre. On retrouve certains de ces peuples sur le plateau des Guyane jusqu'au Venezuela ainsi que dans les Caraïbes ou encore au Brésil »²³⁰.

- **les Bushinengue**: il s'agit des populations Aluku, Ndjuka, Paramaka et Saramaka lesquelles, faute de continuité historique avec les sociétés antérieures à la colonisation, ce sont des « peuples « tribaux » par opposition aux peuples « indigènes » (autochtones) »²³¹.

- **les Créoles.**

- **les Mhongs.**

- **les Européens.**

Bien qu'elles soient **différentes historiquement**, la détermination constante de **confondre** toutes ces populations demeure pourtant en Guyane française. Derrière ceci, il y a **la volonté sciemment cachée** d'interroger à nouveau l'identité du ou des titulaires des droits à protéger dans ce territoire et la nature de ces droits, et, finalement, celle **de rendre de nouveau possible**

²²⁹ Rapport de l'Organisation des nations autochtones de Guyane (ONAG) sur l'évolution statutaire et institutionnelle de la Guyane au regard des droits des peuples autochtones, 10 mai 2023. p. 10.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*

et sans contestation aucune la réalisation de projets de développement contre les peuples autochtones de Guyane française, y compris par la suppression de leur protection spécifique présente puisqu'elles ne seraient plus alors justifiées²³².

Un régime juridique général et spécifique protecteur

Face à cela, les réponses ne sont pas que juridiques, mais elles doivent être aussi juridiques, à tout le moins pour adapter le droit au mieux des besoins réels des peuples autochtones de Guyane française. Il **existe ainsi un régime juridique général et spécifique** pour tenir compte des droits de ces peuples, à l'exemple du régime des mines, de la réserve de l'Amana et du Parc Amazonien, ainsi que du Statut du Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges (tableau 1).

²³² Voir, dans ce sens, la proposition de suppression du Parc Amazonien : <https://la1ere.francetvinfo.fr/guyane/programme-audio/place-publique-guyane-67835bef-58e3-4de1-8ca4-b88ba8ca13f5/>

Tableau 1

Régime juridique général et spécifique pour tenir compte des droits des peuples autochtones

Régime juridique	Droits	Article
Régime des mines	Enquête publique	Article L132-3 du code minier
	Consultation publique	Article L621-461 du code minier
Régime de la réserve de l'Amana	Représentants des autorités coutumières au sein du comité consultatif de gestion lequel : -donne son avis sur le fonctionnement de la réserve, sur sa gestion et sur les conditions d'application des mesures prévues au décret de création de la réserve (interdiction de toute activité industrielle ou commerciale ; interdiction de toute activité de recherche ou d'exploitation minière ; etc. ; -se prononce sur le plan de gestion de la réserve ; -peut faire procéder à des études scientifiques et recueillir tout avis en vue d'assurer la conservation, la protection ou l'amélioration du milieu naturel de la réserve.	Articles 6 et 7 du Décret no 98-165 du 13 mars 1998 portant création de la réserve naturelle de l'Amana (Guyane)
Régime du Parc amazonien	Président (ou son représentant) du Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges et représentants des autorités coutumières au sein du Conseil d'administration lequel règle par ses délibérations les affaires du Parc	Article 27 du Décret n° 2007-266 du 27 février 2007 créant le parc national dénommé « Parc amazonien de Guyane » Article L331-15-4 du code de l'environnement

		Article R331-23 du code de l'environnement
	Président (ou son représentant) du Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges au sein du Comité de vie locale lequel assiste le conseil d'administration et le directeur notamment en matière de politique contractuelle, de suivi de la mise en œuvre de la charte et d'animation de la vie locale.	Article 2-III du Règlement intérieur du Comité de locale Article 1-I du Règlement intérieur du Comité de vie locale
Statut du Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges	<p>Son objet est d'assurer la représentation des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane et de défendre leurs intérêts juridiques, économiques, sociaux, culturels, éducatifs et environnementaux.</p> <p>Tout projet ou proposition de délibération de l'assemblée de Guyane emportant des conséquences sur l'environnement ou le cadre de vie ou intéressant l'identité des populations amérindiennes et bushinenges est soumis à l'avis préalable du grand conseil coutumier.</p> <p>Il peut être aussi saisi par l'assemblée de Guyane ou son président, par le conseil économique, social, environnemental, de la culture et de l'éducation, ainsi que par le représentant de l'Etat dans la collectivité territoriale, de toute question intéressant l'environnement, le cadre de vie ou les activités culturelles des populations amérindiennes et bushinenges.</p> <p>Il peut également se saisir de tout projet ou proposition de délibération de la collectivité territoriale de Guyane intéressant directement l'environnement, le cadre de vie ou les activités culturelles des populations amérindiennes et bushinenges.</p>	<p>Article L7124-11 du code général des collectivités territoriales</p> <p>Article L7124-14 du code général des collectivités territoriales</p> <p>Article L7124-15 du code général des collectivités territoriales</p> <p>Article L7124-16 du code général des collectivités territoriales</p>

Ces différents régimes juridiques sont **de plus en plus nombreux et spécifiques**. Ils sont **perfectibles**, à l'exemple de la participation au parc Amazonien. Ils **s'enrichissent progressivement**, à l'instar de l'évolution du Statut du Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges.

Des peuples agissants

Bien plus important, **acteurs de leur propre destin, les peuples autochtones de Guyane française réagissent depuis longtemps aux initiatives qui les menacent**, réactions de plus en plus publicisées, médiatisées et internationalisées, souvent avec l'appui d'Organisations non gouvernementales non-autochtones. Ils ont entrepris plusieurs types d'action au cours de ces dernières années : manifestations, recours contentieux (tableau 2), rapports adressés aux organes des nations unies, etc., nous souhaitons ici porter l'attention sur les déclarations de droits formulées par les peuples autochtones de Guyane française, la *soft law* autochtone, portant sur leur droit à l'autodétermination.

Tableau 2

Les actions judiciaires menées dans le cadre de la lutte contre l'orpaillage

Action	Site	Objet	Droits menacés	Résultat
CAMBIOR	<p>La communauté Palikur de Favard détient un droit d'usage collectif sur un terrain :</p> <p>-Décision entérinée par un arrêté préfectoral du 9 juin 1995.</p> <p>-Le terrain se situe sur la commune de Roura (lieu-dit Counana).</p> <p>-Il est la propriété du domaine de l'Etat.</p>	<p>Dépôt d'une requête en annulation : 4 septembre 2006.</p> <p>Objet du recours :</p> <p>« Demande d'annulation de la décision prise par le Préfet de la Guyane de passer un acte de cession de 4 parcelles de terrain appartenant au domaine privé de l'Etat au profit de la Société CBJ CAIMAN, acte en date du 5 août 2005 ».</p>	<p>Atteintes à l'existence des droits d'usage</p> <p>Trois contraintes nouvelles :</p> <p>-Le nouveau propriétaire de la parcelle cédée est en droit d'interdire : tout passage sur le terrain ; <i>a fortiori</i> la pratique de la pêche, de la chasse ou de la cueillette ;</p> <p>-L'aménagement de la parcelle cédée va nécessiter son déboisement et donc empêchera la pratique des activités traditionnelles (pêche, chasse, cueillette) ;</p> <p>-La parcelle 1265 est une bande orientée ouest-est qui coupe en deux la zone où s'exercent les droits d'usages collectifs : elle constitue une entrave à la libre circulation ou aux déplacements nécessaires et indispensables pour pratiquer les activités traditionnelles de subsistance ;</p>	<p>L'issue de la procédure n'a pas été favorable aux plaignants.</p> <p>Elle a reçu une fin de non-recevoir et le rejet de la plainte en 2005.</p> <p>Le statut de la Fédération des Organisations Autochtones de Guyane (FOAG) ne permettait pas d'ester en justice.</p> <p>Néanmoins, l'ONAG s'est dotée du statut et</p>

	<p>Caractéristiques du terrain :</p> <p>-Superficie : 12 415 hectares.</p> <p>-Délimité : au Nord par la crique Counana et la crique Mirat ; à l'Est par la ligne de séparation des eaux entre la crique Counana et la rivière de Kaw ; au sud par la ligne de séparation des eaux entre la crique Counana et la crique Tibourou ; à l'Ouest par la crique sable.</p>		<p>cette séparation porte atteinte à l'exercice des droits d'usage dans la totalité de la zone où ils ont été reconnus</p> <p>Droits protégés ?</p> <p>Extrait de la requête en annulation :</p> <p>« Il est donc clair que la décision par le Préfet de la Guyane de céder cette parcelle de terrain ne respecte pas les dispositions de l'arrêté du 9 juin 1995 constatant au profit de la communauté amérindienne palikur de Favard l'existence des droits d'usage collectifs, droits d'usages reconnus et définis par les dispositions des articles R.170-56 et suivants du code du domaine de l'Etat et L.172-4 du code forestier »</p> <p>« Il est demandé au Tribunal administratif de Cayenne de :</p> <p>-Annuler la décision prise par le Préfet de la Guyane de céder à la Société CBJ CAIMAN l'immeuble situé sur la commune</p>	<p>a redéposée une plainte contre l'Etat Français.</p>
--	---	--	---	--

			<p>de Roura constitué des quatre parcelles suivantes : 1265, 1266, 1267, 1268 ;</p> <p>-Condamner le Préfet de la Guyane à verser à la Fédération des Organisations Autochtones de Guyane (FOAG) la somme de 2000,00 euros en application des dispositions de l'article R.761-1 du code de justice administrative »</p>	
Pollution mercure	Fleuves Maroni et Oyapock (territoires habités par des autochtones)	<p>Dépôt d'une plainte contre X auprès du procureur de la République : 15 janvier 2001</p> <p>Objet de la plainte :</p> <p>-Pollution par le mercure des eaux du Maroni.</p> <p>-Son effet sur la santé des peuples autochtones de Guyane française.</p> <p>Les accusations :</p> <p>-L'administration délivre des autorisations pour des activités</p>	<p>Le droit à l'existence des autochtones est menacé :</p> <p>-Droit à l'alimentation : contamination des ressources naturelles qui constituent la base des moyens de subsistance des peuples autochtones de Guyane française ;</p> <p>-Droit à la santé : Taux de méthylmercure supérieur au taux prescrit par l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé).</p>	<p>Fin de non-recevoir</p> <p>Rejet en octobre 2005</p>

		<p>d'orpaillage sur les fleuves Maroni et Oyapock (territoires habités par des autochtones) ;</p> <p>-Ces activités d'orpaillage ont pour conséquence une pollution par le mercure : directe : utilisation du mercure pour l'extraction d'or, et indirecte : remontée du mercure qui existe à l'état naturel du fait des activités menées.</p>		
--	--	--	--	--

1. Affirmation et description du droit à l'autodétermination des peuples autochtones de Guyane française par eux-mêmes

Quelques rappels doivent être faits.

Tout d'abord, entendu comme un droit à l'autonomie propre, droit à la restitution et droit de participation (droit à la décolonisation), il s'agit d'une **demande contextualisée et adaptée** (pas de dogmatisme).

Ensuite, demande **ancienne** (déclaration de Félix Tiouka en 1984), elle a sans cesse été **rappelée** et s'est progressivement **enrichie** (« citoyenneté autochtone ») et **approfondie** (« pacte fondateur »), au fur et à mesure notamment des sujets à traiter, du contexte guyanais (politique et juridique, en particulier), de la réception de leurs demandes et de la prise en compte de leurs besoins

Enfin, fondamentalement, **elle a pour finalité ultime la reconstruction d'une véritable communauté de vie heureuse, pérenne et paisible en Guyane française. Il s'agit ainsi d'un droit entièrement renouvelé. En effet, il s'inscrit et doit être compris, lu et construit dans le cadre et l'esprit du nouveau langage juridique qu'est le « Droit rond – Droit soleil ».**

Manifeste pour le « Droit rond – Droit soleil »

Le « Droit rond-Droit soleil » est une ébauche. Il ne pourrait pas être un projet définitif. Il constituerait un processus continu et réflexif de réflexion, d'écriture, d'agrégation ou d'alliance. Il y aurait bien ainsi une base, que ce plaidoyer pourrait constituer, sans cesse approfondie et enrichie.

Fondamentalement, le « Droit rond-Droit soleil » est un projet politique auquel chacun peut adhérer dans le but de reconstruire, sur des bases assainies, une vraie communauté de vie dans laquelle le bonheur de tous est réalisé. Cette reconstruction se réalise dans le cadre d'un nouveau mode de relations politiques : le partenariat (ou l'alliance). C'est un projet continu qui donc exige un engagement constant, ouvert, sincère et humble. On ne construit donc pas une communauté de vie une fois pour toute. Mais, il est vital d'établir les instruments de sa vie continue et d'insuffler l'esprit qui la fonde.

Il est une bannière. Chacun choisit le mot avec lequel il se sent le plus à l'aise, avec lequel il peut s'exprimer pleinement et librement et s'épanouir réellement, qui soit un outil réel et constructif d'échange, de compréhension mutuelle et de construction en commun. En fait, le

terme compte moins que le processus qu'il initie et facilite. Il s'agit de trouver un langage de communion. Non pas une uniformisation ou une imposition des mots (et de la pensée) des uns sur ceux des autres. Mais un partage de valeurs/repères, de besoins et de désirs.

Il n'est pas exclusif d'autres projets, passés et présents, aux intentions similaires. Il entend, humblement, conformément aux principes et valeurs/repères qui le fondent et l'inspirent, poursuivre son propre approfondissement, prolonger et enrichir le mouvement et faciliter sa pleine réalisation.

Le groupe « Rainbow » est porteur de ce projet politique. Ses membres adhèrent, partagent et transmettent des valeurs/repères similaires voire identiques.

En tant que projet politique, il devient un filtre à travers lequel il est essentiel de relire, compléter ou réformer, librement, pleinement et bénéfiquement le droit existant et la pensée qui le structure. Il justifie et exige de se libérer de celui-ci. Il s'agit ainsi de s'émanciper du droit existant pour complètement le repenser en fonction des besoins et des désirs des membres de la communauté. En disant ceci, ce n'est cependant pas du tout initier un droit de privilégiés ou d'exclusion ou source de violence. C'est un vrai droit libérateur, émancipateur et d'épanouissement de tous. Et il le réalise via les principes et les valeurs/repères qui le fondent et l'inspirent.

Parce que c'est un projet politique réfléchi, ressenti, construit ou appliqué, il exige et justifie l'existence d'un droit autochtone (sans être nécessairement unique ou uniforme) rétabli suivant une formulation autonome, maîtrisée et consciente, dans le cadre d'une gouvernance autochtone elle-même restaurée et exercée de manière autonome, maîtrisée et consciente (l'autodétermination, si ce terme est maintenu, est ainsi cette capacité de penser et d'agir de manière autonome, maîtrisée et consciente). Il exige et justifie aussi l'existence d'un second droit (sans être, lui aussi, nécessairement unique ou uniforme), de communion entre tous les membres de la nouvelle communauté de vie. Il devient dans ce cadre une proposition d'écriture nouvelle et réellement bénéfique (certains de ces éléments ont déjà été ébauchés et soumis à la discussion et à la diversification). Il fixe les institutions et les procédés d'établissement de chacun de ces droits, ainsi que les termes de leurs nécessaires relations mutuelles.

Sous diverses terminologies, souvent bien séduisantes, on tente sans cesse d'adapter un droit qui est à l'origine de la situation. Cette adaptation bien policée finalement s'avèrerait bien limitée et, plus grave, nuisible. Et c'est ici que se situe l'opportunité et la nécessité de penser

différemment le droit (« Droit rond-Droit soleil ») (le terme « Droit » ne doit surtout pas contraindre la pensée qui doit demeurer pleinement libre et préalable, caractères rappelés et préservés par la qualification de rond et de soleil). Celui-ci ne se contente pas seulement de décoloniser le droit, mais bien plus bénéfiquement et fondamentalement de tendre à la construction sur des bases assainies d'une véritable et réelle communauté de vie et, à cette fin (finalité qui doit redevenir première), d'élaborer librement et pleinement sur une base « partenariale » (ou « d'alliance ») un ou des « droits » à son service. Le « Droit rond-Droit soleil » constitue ainsi une langue pour une rencontre, une compréhension et un dialogue ouverts, mutuels, pacifiés, respectueux et constructifs. Il ne s'agit pas d'un simple slogan politique, mais d'un véritable, sincère et constant effort de le concrétiser réellement et pleinement²³³.

Les peuples autochtones de Guyane française ont récemment édité **deux nouveaux documents, tout à la fois exprimant et décrivant leur droit à l'autodétermination**. Il s'agit :

- sur l'autonomie: du **Protocole de consultation des villages Wayana de Guyane française** (consultation et CLIP)
- sur la participation: de **l'Assemblée des hautes autorités autochtones de Guyane** (AHAAG)

La lecture de ces deux documents conduit à s'interroger sur la forme du droit à l'autodétermination que sont en train de dessiner les peuples autochtones de Guyane française : sans jamais devenir une autodétermination externe, est-ce encore (seulement ?) une autodétermination interne : autonomie-participation ? N'est-elle pas (aussi ?) devenue une autodétermination originale : autonomie-ingérence ? C'est encore à discuter.

²³³ Pour les premiers éléments matériels du « Droit rond-Droit soleil », se reporter notamment à : Supprimer la catégorie autochtone dans le droit commun. Plaidoyer pour une nouvelle vision du droit : le « droit rond ». Ph. Karpe, S. Aubert, A. Tiouka in C. Aubertin, A. Nivart A. (dir.), *La nature en partage. Autour du protocole de Nagoya*, MNHN, IRD Editions, Paris, 2021, pp. 169-186 ; Ph. Karpe, E. Delay, « L'échelle de Jacob La quête et l'affirmation échelonnée du bonheur par le droit », *Revue juridique du bonheur*, n° 4, 2022, dossier : *Droit au bonheur et droit à l'environnement* ; Ph. Karpe, « Élément de la théorie du "droit rond". Pour une dé-mécanisation/désinstrualisation du droit », archive ouverte HAL (archives-ouvertes.fr) (hal-03793736), 2022.

2. Le Protocole de consultation des villages Wayana de Guyane française : une véritable Charte du partenariat²³⁴

Le Protocole de consultation des villages Wayana de Guyane française est un document encore en cours de rédaction.

Quelques points essentiels doivent être retenus et bien compris.

Il s'agit d'un **texte rédigé par les Wayanas** (avec l'appui d'experts autochtones et de la mission interministérielle des populations amérindiennes et bushinengées) : « Les acteurs externes ont développé un grand nombre de règles à suivre dans ces cadres-là, et bien que ce soit positif que ces règles aient été créées, **elles ont été élaborées sans nous** »²³⁵.

Il fixe des **règles propres** aux Wayanas : « Or, au vu de la diversité des communautés autochtones et locales, les modalités de dialogue, de négociation, et surtout de recueil de consentement ne sont pas uniformes, **il faut adapter la procédure à chaque communauté concernée** »²³⁶.

Ces règles ont un **champ d'application illimité**, tant personnel : « tous les acteurs externes qui nous rendent visite et doivent nous consulter, qu'ils soient institutionnels (services de l'Etat, PAG, CTG, mairie, chercheurs, etc.) ou privés (associations, entreprises, personnes individuelles) »²³⁷, **que matériel** : sous différentes formulations : « accès et utilisation des connaissances traditionnelles »²³⁸ ; « tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources » ; « les décisions administratives, législatives, techniques et pratiques qui seraient en mesure d'affecter leurs modes de vie et leurs territoires »²³⁹ ; « tout projet d'investissement conduit sur un territoire dans lequel des populations autochtones sont présentes, ou bien pour lequel elles ont un attachement collectif »²⁴⁰ ; « les décisions

²³⁴ Il s'agit ici de la deuxième version du document. La première version (V1) du protocole de consultation a été validée par les autorités traditionnelles coutumières et la population, réunies le 7 avril 2022 au village d'Elahé. Le document a été retravaillé lors de la réunion de Twenké du 11 juin 2022 (V1.2), puis retravaillé à nouveau (V1.3) en préparation de la réunion du 8 février 2023. L'actuelle version (V2) a été élaborée à l'issue de la réunion du 8 février 2023 à Taluen.

²³⁵ Protocole de consultation des villages Wayana de Guyane française : une véritable Charte du partenariat. p. 7.

²³⁶ *Ibid.* p. 4.

²³⁷ *Ibid.* p. 7.

²³⁸ *Ibid.* p. 3.

²³⁹ *Ibid.* p. 3.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 4.

susceptibles d'affecter leurs modes de vie, leurs droits ou leurs territoires »²⁴¹ ; « tout projet ou toute mesure ayant un impact sur nos droits et notre bassin de vie »²⁴².

Il établit une procédure tendant aussi à **la co-construction des projets** : « La consultation est un droit à participer à l'élaboration d'une proposition ou d'un projet qui concerne les communautés autochtones ou locales ou affecte leurs droits à sa mise en œuvre. Une consultation ne peut pas s'en tenir à une discussion sur les impacts ou les compensations, puisque les communautés ont le droit de prendre des décisions sur ce qui peut avoir des conséquences sur leurs territoires avant que les impacts se fassent ressentir »²⁴³.

La procédure doit aboutir à un **véritable consentement** : « i) d'assurer que nous donnons bien notre consentement aux projets qui ont un impact sur notre territoire (est-ce que nous voulons du projet ?). Le consentement doit être préalable (nous avons été sollicités suffisamment à l'avance, avant tout début d'activité), libre (notre choix s'est fait en toute autonomie, sans coercition, intimidation ou manipulation) et éclairé (nous avons disposé de suffisamment d'informations) »²⁴⁴.

Par défaut, **une consultation se décompose en trois étapes (répétables) qui doivent être menées en personne** : « 1. Une première réunion d'information avec le porteur de projet. Il faut de l'information préalable pour que les autorités traditionnelles coutumières et la population puissent comprendre le sujet et l'analyser correctement. 2. Une/des réunion(s) de concertation interne, entre Amérindiens. Nous discutons du sujet, identifions nos questionnements ; cherchons à obtenir de l'information indépendante. Nous décidons de la réponse à donner au porteur de projet. 3. Une nouvelle réunion avec le porteur de projet. Nous présentons nos doutes, nos conditions pour accepter le projet, nos propositions d'amendements ; Nous pouvons décider de signer un accord ; de rejeter la proposition ; ou de poursuivre la consultation pour obtenir plus d'informations et/ou trouver une solution alternative »²⁴⁵.

La **bonne foi** dans la réalisation de la procédure est fondamentale : « Il ne faut pas promettre tout et n'importe quoi, cela casse la confiance. Il faut émettre des propositions

²⁴¹ *Ibid.* p. 4.

²⁴² *Ibid.* p. 7.

²⁴³ *Ibid.* p. 7.

²⁴⁴ *Ibid.* p. 7.

²⁴⁵ *Ibid.* p. 10.

crédibles, concrètes, réalistes ; expliquer les termes et la temporalité du projet, ses différentes phases. Il est important de communiquer de bonne foi et dans la transparence »²⁴⁶.

Il s'agit, enfin, d'un **processus continu** : « La fin du processus de consultation ne marque pas la fin du dialogue entre le(s) porteur(s) de projet et la communauté. Le porteur de projet doit s'engager à tenir la communauté au courant des avancées du projet et à remédier aux doléances de la communauté au fur et à mesure qu'elles se présentent »²⁴⁷.

3. Organe représentatif des peuples autochtones de Guyane française : Sénat coutumier ou AHAAG ?

L'AHAAG est une réaction des peuples autochtones de Guyane française à la proposition de Sénat coutumier formulée par le Comité de pilotage (COPIL) sur l'évolution statutaire dans le cadre de la proposition de réforme statutaire de la Guyane française²⁴⁸.

L'organe représentatif ainsi projeté par le COPIL présente en effet des traits qui ne leur conviennent pas du tout.

Très inspiré du Sénat coutumier en place en Nouvelle-Calédonie (Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et ses révisions, articles 137 à 148), **il ne s'agit pas d'une seconde chambre de l'assemblée délibérante de la Guyane française, ce n'est qu'un organe consultatif de celle-ci** : « Ainsi, les institutions de la collectivité territoriale de Guyane comprennent un pouvoir exécutif, une assemblée délibérante, et deux organes consultatifs, l'un destiné à représenter les forces économiques, sociales et culturelles du territoire et l'autre, la réalité coutumière, selon des modalités à définir. Il s'agit respectivement du président de la collectivité autonome, du gouvernement, de l'Assemblée, du Conseil économique, social et culturel et du Sénat coutumier »²⁴⁹.

²⁴⁶ *Ibid.* p. 13.

²⁴⁷ *Ibid.* p. 15.

²⁴⁸ Il s'agit ici de la dernière version de la proposition en date du 25 mars 2023 : Le Sénat coutumier, *Avant-projet de document d'orientations sur l'évolution de la Guyane vers un statut de collectivité autonome régie par le régime des intérêts propres dans le cadre d'une réforme de la Constitution*, COPIL du 25 mars 2023.

²⁴⁹ Le Sénat coutumier, *Avant-projet de document d'orientations sur l'évolution de la Guyane vers un statut de collectivité autonome régie par le régime des intérêts propres dans le cadre d'une réforme de la Constitution*, COPIL du 25 mars 2023, p. 16.

Il n'a par ailleurs que des pouvoirs et des compétences restreints :

- **son pouvoir délibératif ne concerne que certaines matières sans par ailleurs y avoir un pouvoir d'initiative ni le dernier mot** qui appartiennent à la seule Assemblée de Guyane. Certes, un pouvoir d'initiative lui est reconnu dans ce cadre, mais ce pouvoir partagé est très limité: ce pouvoir ne concerne que les projets ou propositions de délibération et non pas les projets ou propositions d'actes (la différence n'est pas précisée), ne concerne que les projets ou propositions de délibération les « intéressant directement » (sans préciser ce que cela signifie), ne concerne que sur les projets et les propositions de délibération portant sur certaines de ces matières et enfin toujours sans y avoir le dernier mot qui demeure aux mains de la seule Assemblée, il est tout au plus prévu que celle-ci notifie au Sénat coutumier sa délibération finale.
- **son pouvoir consultatif est limité à certains sujets sans, par ailleurs, être ni obligatoire ni contraignant** (avis purement consultatif).
- **son pouvoir de s'auto-saisir est très imprécis et incomplet** et donc en l'état difficilement applicable. Il serait en tout cas limité à la seule réalisation d'études ou à seulement des projets, par ailleurs ne relevant que de ses domaines de compétences.

Contesté par certains Kanaks, ce modèle d'organe représentatif est écarté par les peuples autochtones de Guyane française : « Leurs pouvoirs doivent être formels et leurs moyens existants pour fonctionner sérieusement à la manière d'une véritable institution. Il ne peut se confiner à n'exposer que son avis et ne posséder aucun moyen. L'autonomie financière et administrative sont des modes d'exercice libre des prérogatives pour prétendre à revêtir le caractère d'une institution politique. Il doit revêtir le caractère et législatif »²⁵⁰. **Ils proposent à sa place l'AHAAG, véritable Parlement des peuples autochtones de Guyane française doté, sans aucune restriction, d'un pouvoir décisionnel à destination des autochtones (pouvoir décisionnel exclusif) (autonomie) et des institutions de l'Etat et de la collectivité locale de la Guyane (pouvoir décisionnel partagé à égalité) (participation)**²⁵¹.

²⁵⁰ Orientations politiques des Peuples autochtones de Guyane, 29 avril 2023. p. 2.

²⁵¹ Cette proposition a été partagée avec des Kanaks qui s'en sont appropriée. Ainsi, a été constituée l'Assemblée des Hautes Autorités Autochtones jawa mè Tiri. Elle représente deux Royaumes autochtones jawa me Tiri : celui des jawa sous la gouvernance de la famille kawa aîné du lignage et celui des Tiri sous la gouvernance des Tiha cadet du lignage. L'ensemble des autres communautés vivant sur cet espace ancestral traditionnel est considéré en

4. Les Statuts de l'AHAAG

Une proposition a été transmise aux Autorités autochtones de Guyane française pour discussion.

Cadre d'exercice du **droit à l'autodétermination** des peuples autochtones de Guyane française, l'AHAAG contribuerait ainsi à l'exercice du **droit à l'autonomie** : **instance de débat entre les peuples autochtones de Guyane française**, l'AHAAG n'aurait **aucun pouvoir pour s'ingérer dans les affaires internes** à chaque peuple autochtone de Guyane française. Elle ne traiterait que **des questions communes** aux six peuples autochtones de Guyane française et prendrait sur ces questions **des décisions communes** aux six peuples autochtones de Guyane française.

L'AHAAG contribuerait à l'exercice du droit de participation de la manière suivante : instance de voix unique à l'intention des institutions publiques de l'Etat et de la collectivité locale de Guyane française lorsqu'elles traitent de questions concernant chacun des peuples autochtones de Guyane française ou l'ensemble de ceux-ci, soit elle jouirait d'un **pouvoir consultatif obligatoire avec avis conforme**, soit elle constituerait **une assemblée délibérante à égalité** avec les autres assemblées délibérantes existantes, aucun texte ou proposition ne pouvant être par ailleurs **définitivement adopté sans son accord**.

Conclusions

Prochaines étapes

Les peuples autochtones de Guyane française poursuivent leur réflexion sur leur droit à l'autodétermination. Plusieurs initiatives à venir sont d'ores et déjà identifiées :

« Droit rond-Droit du soleil » comme petit frère de la chefferie et/ou alliés de fait. Le territoire des deux nations s'étend entre la rivière de Moindou et la rivière de Ouamenie. La limite entre les deux Royaumes est matérialisée naturellement par la rivière vivante *fo ni en moureu* appelée aussi francisée *fonimoulou* ou *foni muru*. La langue parler est le *hà ya*. Les sources d'eau, les rivières, les ruisseaux, les trous d'eau, les cascades, les montagnes, les plaines, les collines, les grottes, les marées, les lacs, les récifs marin, les barrières de corail marine, les patates marine, les passes, les fonds marins, les plaines marine, les montagnes marine, les lieux sacré, les animaux et mammifères marin et terrestre, les oiseaux, les pierres, la terre, le feu, le vent, la pluie, l'eau, le ciel, l'arc en ciel, les nuages, le soleil, la lune, les nains, les esprits, les étoiles, les forêt, les arbres, les herbes, les pétroglyphes, les anciens tertre, les tarodières, les anciens champs d'igname, sont vivants et ont tous, de faites, un nom, une histoire et un esprit exerçant un rôle particulier défini dans le dialecte.

- **la finalisation de/des cinq documents juridiques fondamentaux :**
 - 1- les orientations politiques des peuples autochtones de Guyane (déjà adoptées, publication à venir) ;
 - 2- la charte des peuples autochtones de Guyane (qui sera le socle commun des peuples autochtones de Guyane française et qui comprendra leurs droits économiques, sociaux, culturels, environnementaux et spirituels) ;
 - 3- le protocole de consultation des peuples autochtones de Guyane ;
 - 4- les statuts de l’AHAAG (lignes principales déjà fixées, à préciser) ;
 - 5- une proposition d'un autre mode de gouvernance autochtone (le « partenariat » comme nouveau mode de relations politiques).

- **il est encore essentiel de poursuivre la structuration du droit à l’autodétermination pour qu’il contribue réellement à la communauté de vie heureuse et en soit l’expression. A cet égard, quel pourrait être l’apport constructif du « Droit rond-Droit soleil » ?**

- **la poursuite de la construction d’une pensée juridique originale au service de ce droit: le « Droit rond-Droit soleil »**, avec une attention immédiate sur la question de l’emploi et de la description de la notion de coutume et sur celle de la « citoyenneté autochtone ».

- **la reprise de la réflexion sur des thèmes particuliers**, spécialement les droits fonciers (les ZDUC).

Les peuples autochtones de Guyane française considèrent le droit à l’autodétermination comme étant véritablement la meilleure protection possible. Les discours politiques et juridiques avancent petit à petit dans leur sens, **certes** avec des limites sans cesse repoussées mais aussi **bien malheureusement**, avec toujours des retours ou des rappels parfois brutaux. Ainsi, avec ces derniers développements du droit à l’autodétermination des peuples autochtones de Guyane française formulés par eux-mêmes, **quelle sera la nouvelle étape franchie par les**

politiques guyanais et hexagonaux ? Qu'est ce qui sera réceptionné des demandes des peuples autochtones de Guyane française ? Et de quelle manière ? Doit-on s'inquiéter ?²⁵².

²⁵² Attitude et propos du Ministre de l'outre-mer lors de sa dernière visite en Guyane française en mai 2023 :
https://www.facebook.com/radiopeyi/videos/163211723340194/?extid=NS-UNK-UNK-UNK-IOI_GK0T-GK1C&mibextid=2Rb1fB&ref=sharing;
https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1426533631493050&id=100000455959697&sfnsn=mo;
https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=6139314939518350&id=100000455959697&sfnsn=mo;
<https://www.guyaweb.com/actualites/centrale-electrique-de-louest-guyanais/ceog-prosperite-jean-francois-carenc-nadmet-pas-que-les-regles-de-la-republique-ne-soient-pas-respectees-par-des-gens-qui-nont-aucun-droit-a-sexprimer/>

B/ Décolonisation et justice environnementale. Le cas du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie)²⁵³

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale de la République française en voie d'émancipation dont l'organisation institutionnelle a fait l'objet d'évolutions successives au gré des revendications des leaders politiques indépendantistes et des rapports de force entre sécessionnistes et mouvements politiques pro-français. Si l'archipel n'est plus une colonie depuis 1946 au sens terminologique premier, avec des épisodes en dents de scie de décentralisation en sa faveur, le droit produit localement n'en est pas resté moins influencé – lorsqu'il n'en est pas un simple « copié-collé » — par le droit en vigueur en France hexagonale et sourd aux spécificités culturelles des Kanak.

Depuis les années 1980, l'intensification du mouvement indépendantiste a conduit à une territorialisation croissante de la Nouvelle-Calédonie. La création des "pays" par le statut Lemoine en 1984, puis des "régions" par le statut Fabius Pisani en 1985 symbolisent la prise de conscience de la nécessité d'un partage du pouvoir politique sur une base territoriale pour tenir compte de la répartition démographique et ethnique de la population. A cet égard, la provincialisation initiée par les accords de Matignon-Oudinot en 1988 et confirmée par l'accord de Nouméa en 1998 est un élément clé du système politique mis en place pour parvenir à un retour durable à la paix civile ébranlée dans les années 1980 par les violences armées interethniques. En effet, dans une démarche de démocratie consociative²⁵⁴, le découpage géographique du territoire a été utilisé comme un outil de fédéralisme territorial permettant aux Kanak d'accéder au pouvoir dans les parties du territoire où ils bénéficient d'une représentation majoritaire pour adopter des règles juridiques proches des populations et dans le respect de la hiérarchie des normes propre à la République française.

La provincialisation a ainsi consacré le choix d'un pluralisme juridique. Contrairement aux régions créées en 1985, les provinces disposent de pouvoirs étendus et de ressources financières importantes. C'est dans ce cadre que la compétence en matière d'environnement est incluse dans la compétence de droit commun dont les provinces disposent depuis leur création. Peu investie

²⁵³ Partie rédigée par Victor David, Chargé de Recherche à l'IRD, UMR SENS (IRD-CIRAD-UPV Montpellier 3).

²⁵⁴ Pour un aperçu sur la démocratie consociative et les sociétés plurielles, approche développée par Arendt Lijphart dès la fin des 1960 et critiquée par Donald Horowitz, voir Carine David. Les théories consociative et incitative au secours du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2015, hal-2117007.

au départ, elle est progressivement devenue un champ d'intervention emblématique des provinces. Progressivement, chaque province a adopté son propre code de l'environnement. Alors que les provinces Nord et Sud ont adopté leurs codes respectifs en 2008 et 2009, la province des Îles Loyauté (PIL ci-après) a attendu avril 2016 pour le faire.

Dans cette étude, qui puise dans et/ou synthétise des travaux de recherche²⁵⁵ menés en Nouvelle-Calédonie depuis une douzaine d'années, nous reviendrons dans un premier temps sur l'ignorance du droit endogène à partir de la prise de possession et pendant un siècle et demi et qui justifie l'avènement de mesures relevant d'une justice environnementale. Nous évoquerons dans un second temps la genèse de l'élaboration du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté (CEPIL ci-après) avant de présenter des éléments de la culture kanak – et donc, du droit endogène - qui ont été repris dans le CEPIL.

1. A l'origine du besoin de justice environnementale, les ombres du passé

Inscrire l'élaboration du CEPIL dans le cadre de la justice environnementale en Nouvelle-Calédonie et en Province des Îles Loyauté en particulier implique de clarifier préalablement le recours à ce concept dans la présente étude²⁵⁶. En effet, il ne peut être entendu dans l'acception qu'il avait à l'origine à partir des années 1980 aux Etats-Unis, à savoir la dénonciation et la réparation de discriminations passées et présentes à l'encontre de minorités, descendants d'esclaves, minorités raciales, culturelles et sociales, soumettant ces derniers à un environnement dégradé par les pollutions et déchets, source de nouvelles inégalités. Dans les années 1990, le concept s'exporte vers d'autres régions et vers les arènes internationales en prenant au passage des dimensions supplémentaires : celle des inégalités écologiques entre pays du Nord qui se sont historiquement développés ou continuent de le faire en puisant les ressources naturelles des pays du Sud et d'un autre côté en y expédiant les déchets polluants ; celle des inégales et injustes expositions des pays faiblement émetteurs aux impacts des changements climatiques d'origine anthropique.

²⁵⁵ Cette étude est en effet largement constituée d'extraits de ma thèse de doctorat non publiée, V. David, *Pour une meilleure protection juridique de l'environnement en Nouvelle-Calédonie Innover par la construction participative du droit*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, 2018, 450 p. Les passages en gras dans les citations sont de nous.

²⁵⁶ Nous renvoyons le lecteur à la riche bibliographie en la matière.

La prise en compte de ces nouvelles inégalités n'arrive que tardivement en Europe et en France, dans les années 2000, toujours autour des questions d'accès inéquitables aux ressources, de contributions toujours plus importantes des plus vulnérables à l'effort de développement et de surexposition à des risques environnementaux (cf. le scandale du chlordécone aux Antilles). La dimension procédurale se met aussi en place, avec le recours croissant d'une part à des techniques de démocratie participative plus ou moins élaborées, plus ou moins efficace, et d'autre part, un recours au droit pour une justice réparatrice²⁵⁷, le terme de justice étant compris comme un processus issu de considérations hétéroclites de philosophie, d'éthique, de pardon et de post-colonialisme, entre autres.

Le recours au concept de justice environnementale dans le cadre de la Province des Îles Loyauté en Nouvelle-Calédonie est compris, en ce qui nous concerne, davantage dans la décolonisation du droit pour (re)prendre en compte le droit endogène étouffé par 150 ans de colonisation et d'effacement de la culture et du droit kanak de la sphère publique et lui rendre sa place dans l'ordre juridique sous forme d'un droit hybride.

A partir de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France en septembre 1853, les Kanak vont en effet voir leur pouvoir de décision confisqué. Leurs autorités légitimes n'auront pas leur mot à dire sur la gestion des espaces et des éléments de la nature. Ils ne seront qu'observateurs impuissants de la transformation de ce qui étaient leurs lieux et symboles de vie et de la substitution à leur cosmovision de nouvelles valeurs qui serviront de base à la régulation juridique des relations avec la nature pendant près de 130 ans.

a. Colonisation et déstructuration de la société kanak

Du point de vue institutionnel, cette période est considérée comme celle de la « souveraineté unilatérale » de la France sur la Nouvelle-Calédonie. Souveraineté unilatérale car nonobstant l'institution en 1885 d'un Conseil Général (élitiste et aux pouvoirs restreints) et à partir de 1957, des assemblées délibérantes aux pouvoirs normatifs non-négligeables aux côtés du représentant de l'Etat, le dernier mot revenait toujours à Paris.

²⁵⁷ Sur le concept de justice réparatrice, on lira avec intérêt : M. Thiann-Bo, « Replanter une forêt en société postcoloniale : conservations ordinaires et participatives à l'île de La Réunion », *Desenvolvimento e Meio Ambiente* n° 38, 2016.

En Nouvelle-Calédonie, comme la plupart du temps, la colonisation opère une rupture avec l'organisation traditionnelle de la société autochtone²⁵⁸. Les populations mélanésiennes sont dépossédées de leur pouvoir d'autogestion, de leur droit « de propriété » généralisée sur leurs terres et vont faire l'objet d'une marginalisation voire d'une totale ségrégation. D'autre part, la Nouvelle-Calédonie va être terre d'accueil, d'exil, de prosélytisme et de mirages pour des milliers d'hommes et de femmes, venus essentiellement de France métropolitaine, d'Asie et d'Océanie. Ceux-ci, au fil des années, font de la Nouvelle-Calédonie, leur patrie. Génératrice de pluralismes jusque-là inconnus, la puissance coloniale introduit de nouvelles populations aux cultures variées, instaure de nouvelles autorités, de nouvelles institutions, une nouvelle économie, facteur principal du *land-use change*, basée sur l'exploitation de ressources naturelles agricoles et minières et un nouveau droit.

Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, les ressources naturelles de la Nouvelle-Calédonie ne sont prises en compte que sous l'angle de la mise en valeur des terres pour les besoins de la colonie. S'ajoutera à ces préoccupations dès les années 1860, l'exploitation des ressources minières de la Grande Terre. Les tabous et interdits qui protégeaient directement ou indirectement les éléments de la nature vont laisser place à des décisions juridiques écrites prises par l'administration coloniale parisienne ou son représentant local, le gouverneur.

La question foncière, notamment la spoliation des tribus kanak, fait partie de la négation de l'organisation politique. Entre 1855 et 1898, les populations mélanésiennes sont progressivement dépossédées de leurs terres ancestrales et regroupées dans des réserves pour satisfaire les besoins des colons. L'arrêté n°13 du 22 janvier 1868²⁵⁹ pris par le Gouverneur Guillain marque à cet égard un tournant définitif dans la manière de traiter les populations autochtones, avec la création de "réserves tribales" et la consécration de la suprématie de "l'intérêt public", détaché des intérêts mélanésien, décidé par l'autorité coloniale. Cet arrêté disposait en effet :

« Article 7. **Le Domaine se réserve sur les terrains [les terres occupées par les tribus] susmentionnés :**

²⁵⁸ Il existe de nombreux écrits sur l'organisation sociale et politique des Mélanésien en Nouvelle-Calédonie avant l'arrivée des colons et pendant la période coloniale. Voir par exemple Maurice Lenormand, notamment dans « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », in *Journal de la Société des Océanistes*, Tome IX, n°9, décembre 1953 "Un siècle d'acculturation en Nouvelle-Calédonie 1853-1953", Musée de l'Homme, Paris.

²⁵⁹ Disponible sur le site de l'ADRAF : <https://www.adraf.nc/images/phocodownload/dossiers-thematiques/arrete-du-22-janv-1868.pdf>

1° La **propriété** des mines, minières, cours d'eau de toutes sortes et sources. (...)

2° le **droit perpétuel d'exproprier, sans indemnité pour les propriétaires**, les terrains nécessaires à tous les travaux d'utilité publique ou locale, comme à toute occupation provisoire jugée nécessaire.

3° Le **droit perpétuel de prendre, sans indemnité pour les propriétaires**, les matériaux nécessaires à l'exécution des travaux spécifiés au N°2 du présent article. »

Après la mise en place d'une procédure de délimitation de leurs espaces de vie plus restrictive en 1876²⁶⁰, le cantonnement fut l'ultime étape dans la dépossession des Kanak de la terre dont ils avaient pourtant été admis comme étant les premiers occupants.

Un autre élément relatif à la négation du pouvoir politique aux Mélanésiens doit être rappelé : la désacralisation du pouvoir qui passe par la marginalisation des pouvoirs temporels détenus par les chefferies locales. La déstructuration des terroirs et hiérarchies traditionnelles par les décisions unilatérales de l'administration coloniale (notamment en "nommant" des chefs) entraîne la perte des repères pour les populations Kanak et constitue un autre volet de la mise à l'écart de celles-ci de la sphère politique. Il est important également de rappeler l'impossibilité et l'incapacité (juridique) des Kanak à participer à la politique mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie et encore moins de s'y opposer autrement que par des révoltes. Les populations autochtones étaient clairement exclues de la gestion des affaires de la Nouvelle-Calédonie. Dès 1860, un décret du 24 janvier confère les pleins pouvoirs au Gouverneur. Avec le décret organique du 12 décembre 1874 sur le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en vigueur sous toute la III^{ème} République, « [à] l'égard des autochtones, le Gouverneur disposait (...) d'un pouvoir discrétionnaire quasi-dictatorial en matière d'administration et de législation indigènes (...).²⁶¹ »

La « démocratisation » de l'administration de la vie de la colonie avec la mise en place du Conseil Général en 1885 ne change rien en ce qui concerne les Mélanésiens puisque, seule la population masculine, blanche et libre était électrice et éligible. Isabelle Merle parle « d'oligarchie coloniale » et rappelle par exemple qu'en 1897, pour une population totale de

²⁶⁰ Arrêté du 6 mars 1876.

²⁶¹ M. H. Lenormand, *op. cit.* p. 256-257.

52 847 habitants, le corps électoral était de 1 874 électeurs et de 8 000 en 1945 pour une population de 62 500 habitants.²⁶²

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, une nouvelle ère s'ouvre avec la fin officielle du statut de colonie pour l'archipel, la suppression de l'indigénat et l'attribution de la citoyenneté française aux Mélanésiens. Ces derniers font alors leur entrée dans la vie de la « cité » calédonienne, timidement dans les années 1950, puis, de manière plus active à partir de la fin des années soixante. Ils restent cependant minoritaires dans un territoire d'outre-mer français, avec un système démocratique assimilationniste qui se préoccupe peu de leurs aspirations.

La disparition d'actions rationnelles en valeur de préservation de la nature des Kanak va se faire au profit de politiques de conservation rationnelles en finalité. Les visées indépendantistes prennent forme à partir des années 1970 et les revendications non seulement de prise en compte mais de mise en avant de l'identité kanak aboutissent aux Accords de Matignon-Oudinot en 1988 et à l'Accord de Nouméa en 1998 en tant que solutions de gestion et d'atténuations des pluralismes divergents sources de conflits violents. Nous verrons comment la protection de la nature réapparaît ainsi dans le paysage politico-juridique de la Nouvelle-Calédonie.

b. De la colonie aux années 2000 : la rationalité exogène de la protection de la nature

Durant la période qui suit la prise de possession et pendant près d'un siècle, l'environnement naturel de la Nouvelle-Calédonie va être victime d'une double ignorance. D'une part, avec la marginalisation politique des Kanak, le sacré qui entourait la nature et les valeurs culturelles océaniques ne vont plus inspirer la régulation des relations avec les éléments de la nature et les ressources que celle-ci procure. D'autre part, la Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à l'ignorance écologique occidentale qui prévaut jusqu'à la fin des années 1960, c'est-à-dire la non prise en compte des impacts des activités humaines sur l'environnement. De manière ambivalente, les autorités coloniales dans la première moitié du XXe siècle et l'Assemblée Territoriale ensuite dans la seconde moitié, vont d'abord adopter des mesures d'aménagement du territoire au profit exclusif du commerce de la colonie, de l'agriculture et de l'exploitation minière et des installations humaines. En même temps, sensibilisée aux dégâts

²⁶² I. Merle, « De la question de la représentativité d'un peuple citoyen » en Nouvelle-Calédonie », in C. David (dir.), *15 ans de loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Sur les chemins de la maturité*, PUAM, 2016.

causés par la chasse et les impacts sur une végétation décrite comme exceptionnelle par les scientifiques, des mesures ponctuelles seront prises pour préserver telle espèce ou tel espace. Il faudra attendre la prise en compte au niveau international de la nécessité de protéger l'environnement et l'expression concomitante de l'éveil de la conscience politique Kanak à partir des années 1970 pour qu'apparaisse un questionnement de fond sur la politique environnementale.

Le premier texte qui va impacter la protection de l'environnement de la Nouvelle-Calédonie devenue colonie française en 1853 est sans doute la déclaration unilatérale du Gouverneur du Bouzet, déclenchant le *land-use change*, qui va confisquer au profit de la France le droit de propriété des terres qui n'étaient pas occupées au moment de la prise de possession.

*« Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages, cette prise de possession annule les contrats (...); Le Gouvernement se réserve exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes, et la propriété, comme domaines domaniaux, de toutes les terres non occupées, ainsi que les forêts, bois de construction, mines de toute espèce qu'elles renferment. »*²⁶³

Par ailleurs, les forêts sont victimes d'une exploitation accélérée à partir du début de la colonisation. En 1910 est créé par décret présidentiel²⁶⁴ le régime forestier applicable en Nouvelle-Calédonie et ses dépendances y compris dans les bois et forêts des « réserves indigènes ». La protection accordée à la forêt par la puissance publique est toute relative et les autorisations d'exploitation n'ont d'intérêt que par les finances qu'elles procurent à la colonie. Les quelques restrictions s'effacent devant les intérêts commerciaux ou ceux des exploitants de mines.

Dès le début de la colonie, il s'agit aussi de rechercher du charbon pour approvisionner localement les navires à commencer par ceux de la Marine. D'autres minerais tels que l'or vont être découverts incidemment et amplifier les recherches. La découverte en 1864 du minerai de nickel va être décisive pour l'activité minière de la colonie. Moins de 10 ans plus tard, tous les

²⁶³ Déclaration de l'Amiral Du Bouzet, 20 janvier 1855, *Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie* 1853-1855, p. 26 ; Cf. I. Merle, « La construction d'un droit foncier colonial », *Enquête*, n°7, 1999, <http://enquete.revues.org/1571>

²⁶⁴ Décret n° 405 du 18 mars 1910 sur le régime forestier à la Nouvelle-Calédonie et dans ses dépendances. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nca78422.pdf>

efforts se concentreront principalement sur l'extraction de ce minerai et ceux qui lui sont associés. La réglementation minière consiste pendant près d'un siècle à octroyer concessions minières (et percevoir des revenus), permis d'exploration et d'exploitation sans la moindre prise en compte des bouleversements sur le lien à la terre des Kanak ni des impacts environnementaux. Le Schéma d'aménagement des ressources minières de la Nouvelle-Calédonie²⁶⁵ mentionne avec une franchise déconcertante les dégâts causés récemment à l'environnement :

« Du fait de ces moyens techniques nouveaux et de l'effolement de la demande en nickel des années 1960-1970, dans l'inconscience des conséquences d'une telle accélération de la production, l'activité minière a commis des dégâts considérables (...) La puissance publique n'est peu ou pas intervenue pendant cette période de boom du secteur minier. Seules quelques zones réservées avaient été instituées, dans lesquelles l'activité minière était réglementée voire interdite. En dehors de ces zones, seule l'exploitation économique des gisements était recherchée, sans considération particulière pour l'environnement »²⁶⁶.

La relation avec la nature oscille constamment entre exploitation des ressources et protection de la faune et de la flore de l'archipel avec une large place aux aires protégées. Le droit s'appuie uniquement sur des travaux de scientifiques, sur le risque de disparition d'espèces végétales et animales. Convoqué le 23 mai 1950 pour fournir des explications aux membres du Conseil général, le Chef du service des eaux et forêts de Nouvelle-Calédonie revient sur les raisons scientifiques de la création d'aires protégées à travers la nouvelle réglementation et se veut aussi rassurant sur l'observation du Père Bussy membre du Conseil Général sur le fait de tenir compte des droits des indigènes à l'île des Pins :

« Nous avons déjà demandé l'avis des indigènes intéressés à ce sujet. Les droits acquis seront respectés. Ils sont d'accord. Plusieurs projets de protection de la nature ont déjà été présentés qui ne correspondaient pas au pays. La meilleure preuve que celui-ci correspond bien à la réalité c'est qu'il a obtenu l'accord unanime du conseil consultatif des mines. Ce projet reçoit l'accord de tous les intéressés, c'est qu'il ne gêne personne »²⁶⁷.

²⁶⁵ Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, Schéma de mise en valeur des richesses minières de Nouvelle-Calédonie. 1^{ère} édition. Nouméa, 2009. p. 80 et s.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Congrès de la Nouvelle-Calédonie, Procès-verbaux de séances. 8^{ème} et 12^{ème} séances des 19 et 23 mai 1950.

En 1957, la Nouvelle-Calédonie obtient une très large autonomie dans le cadre de la décentralisation dite Defferre. À partir des années 1960, plusieurs aires protégées seront créées par les autorités locales. La logique est la même : celle de soustraire, pour des raisons scientifiques de conservation des espèces, certains espaces aux impacts d'activités humaines, sans toutefois que cela « ne gêne personne ». La création en 1971, du Comité pour la protection pour l'environnement, sera sans considération pour les Kanak. On est encore loin de la co-construction du droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie. Malgré le classement de plusieurs sites comme aires protégées, essentiellement sur la Grande Terre, force était de constater que :

« aucune politique de l'environnement et de la conservation n'a été nettement esquissée. (...) [D] 'autant que, en raison des faibles dimensions du Territoire, de la haute spécificité de son milieu physique et biologique et des fondements actuels de son économie, les solutions souvent très imparfaites, qui ont été apportées ailleurs, singulièrement en métropole aux problèmes de conservation du milieu naturel ne sauraient être ici directement applicables »²⁶⁸.

On ne peut être que frappé par la lucidité de l'auteur de ces propos, étrangement d'actualité près de 50 ans plus tard lorsque l'on constate qu'un bon nombre de réglementations environnementales reprises dans les codes de l'environnement provinciaux reprennent au mot près la législation et la réglementation nationales. Pour terminer ce tour d'horizon historique, nous citerons l'adoption en 1980 de la délibération définissant les aires de protection de l'environnement et classant les zones déjà protégées en Nouvelle-Calédonie. Le vendredi 9 mai 1980, dans le cadre des débats pour l'adoption de ce texte, on assiste à un échange, non sans intérêt pour notre approche de la justice environnementale en Nouvelle-Calédonie, à l'Assemblée Territoriale entre le Grand Chef Naisseline de Maré et le Conseiller Laroque, un échange qui illustre parfaitement les pluralismes culturels et politiques de la Nouvelle-Calédonie des années 1980 (et d'aujourd'hui) :

*« M. Naisseline - le rapport que nous étudions ainsi que celui que nous allons étudier relatifs à la réglementation de la chasse me laissent sur ma faim. On pense à protéger les roussettes et d'autres gibiers, à créer les réserves intégrales pour protéger les animaux et empêcher leur disparition, c'est très bien. Certes ces rapports traduisent une volonté de faire quelque chose pour la protection de l'environnement, mais il ne faut pas s'arrêter là. **Il faut***

²⁶⁸ M.G Schmid, « Le problème des réserves et parcs naturels », *Bulletin de liaison de l'Association pour la Sauvegarde de la Nature Néo Calédonienne*, n° 2, 1973. pp. 7-14.

aller plus loin et penser qu'il y a aussi des hommes qui ont aussi le droit de vivre dans un environnement sain. »²⁶⁹

Le Grand chef de Maré poursuit :

« En parlant de droits de l'homme de vivre dans un environnement sain je pense surtout aux habitants de la tribu de N'Goye qui vivent en dessous des mines de Rouvray, je pense à ces travailleurs de la Municipalité qui vivent à côté des fumées du nickel de la SLN, plus que les canards et les roussettes, et qui ont le droit de vivre dans un environnement sain. Malheureusement je dois reconnaître aussi bien ici qu'en France, il n'y a aucune politique de l'environnement. Lorsqu'on parle de l'environnement, on parle forcément des politiques, on doit s'élever contre toutes les pollutions minières, etc. Pour finir, je donnerai les conclusions de la ligue des droits de l'homme. « La finalité de l'expansion et de la croissance industrielle maximale érigée en dogme par la pensée sociologique occidentale constitue du point de vue écologique, une position absurde. »

En réaction à ces propos précurseurs, claque la réponse cinglante de l'adversaire politique, le conseiller Laroque :

« M. Laroque – Si M. Naisseline n'est pas satisfait des conditions de vie à Nouméa, il a une île à Maré, il a des milliers d'hectares absolument non pollués où il peut se retirer quand il veut. Maintenant, s'il veut voir fermer la Société le Nickel et supprimer la principale source de revenus de la Nouvelle-Calédonie, libre à lui, qu'il vote dans ce sens. Mais que diront les travailleurs de la SLN et que diront les Calédoniens dans leur ensemble si cette mesure est adoptée ? »²⁷⁰.

Protection de l'environnement contre développement économique et le bien-être matériel. Un combat familial, auquel les Kanak commencent timidement à participer, qui conditionne désormais la prise en compte de la Nature, dépouillée de son surnaturel et qui n'est considérée que comme biodiversité à décrire, disséquer et conserver ou comme ressource naturelle à exploiter. Ce sont ces antagonismes, issus des ombres du passé, qu'il est nécessaire de concilier

²⁶⁹ Congrès de la Nouvelle-Calédonie, Procès-verbal sténographique des débats. 5^{ème} séance du vendredi 9 mai 1980. En ligne sur le site internet du Congrès.

²⁷⁰ *Ibid.*

à travers la construction d'un droit négocié, comme nous allons le voir avec l'exemple de la province des Îles Loyauté.

2. Le CEPIL, une histoire de justice environnementale

« Au nom de la Foi et de la « Civilisation », le Kanak a dû se renier. Il faut aujourd'hui, parce que les circonstances sont autres, qu'il affirme son droit d'être et d'exister culturellement en Nouvelle-Calédonie. [...] La gloire de la Foi et l'honneur de la « Civilisation » seraient d'inviter le Kanak à venir au banquet des civilisations, non en mendiant déculturé mais en homme libre. Et la participation kanak ne peut être que l'affirmation de sa personnalité à travers la possibilité retrouvée de s'exprimer dans sa propre culture. »²⁷¹

Par ces mots, le leader indépendantiste Jean-Marie Tjibaou avait placé la barre haute. La Province des Îles Loyauté, dans l'adoption de son droit de l'environnement relève le défi pour affirmer la personnalité des Kanak en les laissant s'exprimer dans leur propre culture dans l'élaboration de décisions relatives à leur environnement.

La décision est donc prise en 2012 de doter la PIL de son Code de l'Environnement. Dans une province peuplée à 97% par les Kanak et dont 98% des terres sont des terres coutumières, le défi posé par la rédaction de ce code était de surmonter les difficultés liées à la nécessaire articulation entre le droit formel et la coutume, afin d'élaborer une réglementation qui reflète les modes de vie traditionnels des populations et respecter le rôle et les pouvoirs des autorités coutumières. Un code qui ressemble aux Loyaltiens et qui *corresponde* à leurs aspirations, leurs attentes, leur culture en « matière d'environnement ».

La volonté de codification était justifiée d'une part par le souci d'une meilleure accessibilité et lisibilité du droit de l'environnement ainsi que par la nécessité de le moderniser. La méthode participative retenue pour élaborer les réglementations provinciales s'inscrit totalement dans la logique voulue par les autorités provinciales d'associer autorités coutumières

²⁷¹ J.-M. Tjibaou, *La présence Kanak*, Edition établie et présentée par Alban Bensa et Eric Wittersheim, Paris, Odile Jacob, 1996. Souligné par nous.

et populations dans la co-construction d'un droit de l'environnement contextualisé, avec l'introduction de règles issues du droit endogène.

a. La nécessité de modernisation du droit de l'environnement loyaltien

Depuis la provincialisation de 1988, et donc l'acquisition de la compétence normative en matière d'environnement, la PIL n'avait adopté que peu de textes en ce domaine.

Pendant les années 1980 et 1990, le Grand Chef Naisseline de Maré que nous citons plus haut, avait été l'un des rares élus Loyaltiens à comprendre l'enjeu politique d'avoir une vision holistique de la protection de l'environnement. Au début des années 2000, c'est encore lui, alors vice-président de l'assemblée de la PIL qui est l'instigateur et en partie auteur de la « Charte de l'Environnement des Iles Loyauté. Stratégie de développement durable »²⁷². Ce document a sans nul doute inspiré la délibération provinciale de 2012 dénommée « Charte de l'environnement de la province des Iles Loyauté »²⁷³. A l'exception de cette délibération du 24 avril 2012 et de rares autres textes, peu de dispositions sur des sujets qui ont leur place dans un code de l'environnement. Etaient restés en vigueur des textes anciens, antérieurs à la provincialisation sur les aires protégées²⁷⁴ ou établissant un régime de protection de certaines espèces²⁷⁵. La gestion des ressources naturelles n'avait pas fait l'objet de beaucoup plus d'attention de la part des élus provinciaux. Ainsi, il n'existait aucune réglementation relative à la gestion des ressources biologiques, génétiques et biochimiques²⁷⁶. L'exploitation déraisonnée, ancienne comme contemporaine, de la ressource en santal, avait cependant conduit la collectivité à adopter en 2010 une délibération²⁷⁷ pour réglementer ce secteur économiquement porteur pour la province.

Le régime juridique de la chasse était tout aussi dépassé avec des textes remontant à 1921 s'agissant du régime juridique général²⁷⁸ et des années 1970 pour les plus récentes sur la réglementation de la chasse de certaines espèces. Le régime juridique de la pêche paraissait

²⁷² Charte de l'Environnement des Iles Loyauté. Stratégie de développement durable, disponible en ligne à l'adresse suivante : www.corailvivant.org/en/archives/PILChartenv2003.pdf

²⁷³ Délibération n° 2012-17/API du 24 avril 2012. *JONC* du 29 mai 2012, p. 3796

²⁷⁴ Délibération n° 108 du 9 mai 1980 modifiée.

²⁷⁵ Voir par exemple : Délibération n° 93-51/API du 22 décembre 1993 *relative à la protection des crabes de cocotiers (Birgus Latro)*

²⁷⁶ Le texte mettant en œuvre le protocole de Nagoya a été adopté en juin 2018.

²⁷⁷ Délibération n° 2010-71/API du 19 août 2010. *JONC* du 1er septembre 2010, p. 7660 et s.

²⁷⁸ Arrêté modifié n° 440 A du 20 mai 1921.

presque à jour, avec des textes, certes succincts, pris en 1996²⁷⁹ et 2008²⁸⁰. Néanmoins, pas moins de 14 textes pour la plupart antérieurs à la provincialisation étaient en vigueur s'agissant de la pêche en mer.

Aucune réglementation n'avait été adoptée sur les déchets ou sur la prévention des risques naturels. Seule la réglementation sur les carrières et celle sur les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), totalement réécrites en 2012, firent l'objet d'une codification à droit constant²⁸¹.

Les provinces de la Grande Terre ayant adopté leur code de l'environnement respectif en 2008 (Nord) et début 2009 (Sud), la PIL souhaitait mettre à profit ce décalage avec les autres provinces pour s'appuyer sur leur expérience respective, soit pour s'en inspirer, soit pour s'en distancier, afin de tenir compte des spécificités des îles Loyauté d'une part, et pour tirer les leçons des difficultés ou des obstacles rencontrés par les autres provinces d'autre part. La volonté de la PIL était aussi par souci de cohérence avec les 2 autres provinces²⁸², d'avoir une « logique pays ». Le Sénat Coutumier, consulté sur le projet, ne s'est pas privé de critiquer ouvertement cette volonté uniformisatrice, dans un avis de juillet 2015²⁸³ :

*« La province des Îles propose pour l'élaboration du code de l'environnement, « de retenir un périmètre et une architecture du code identique à celle des provinces Nord et Sud, dans une logique pays », « permettant ainsi de conserver une certaine cohésion dans les divisions et l'application des règles environnementales en Nouvelle-Calédonie. Ces motivations laissent le Sénat Coutumier perplexe dans la mesure où les Îles Loyauté ne sont pas soumises aux mêmes pressions et risques environnementaux que les autres provinces et que de fait, cette logique pays, qui motive l'édiction d'un code, peut apparaître contraire à la répartition des compétences telle qu'opérée par la loi organique visée supra.(...) **La province des Îles peut très bien décider d'adopter une réglementation environnementale différente de celle des autres collectivités en raison de ses spécificités environnementales.** ».*

²⁷⁹ Délibération n° 96-01/API du 12 avril 1996 relative au développement de la filière pêche sur la PIL. (3 articles).

²⁸⁰ Délibération n° 2008-92/API du 19 décembre 2008 relative à l'exploitation durable de la ressource de fond (6 articles).

²⁸¹ Respectivement aux articles 351-1 à 354-5 et 411-1 à 417-1 du Code de l'environnement de la PIL.

²⁸² Qui eux-mêmes s'étaient appuyés sur l'architecture du Code de l'environnement national.

²⁸³ Délibération n° 11-2015/SC du 28 juillet 2015. JONC du 20 août 2015 - pp. 7402 et s.

Cependant la PIL avait bien pour volonté ferme de tenir compte de ses spécificités culturelles et environnementales, en profitant justement de la marge de manœuvre normative et d'innover, « océaniser », - réenchanter dirons-nous - le droit de l'environnement dans un esprit de justice environnementale. C'est dans cet état d'esprit qu'a été déterminée, en guise de feuille de route, la méthode de travail pour chacune des réglementations devant être adoptée par l'assemblée. Trois étapes ont été arrêtées :

- disposer du panorama des règles existantes au niveau des autres provinces, ainsi qu'au niveau national, régional et international et comparé ;
- déterminer les éventuelles spécificités locales au niveau de la PIL qui justifient soit une adaptation, soit une (ré)écriture complète de la réglementation ;
- évaluer la faisabilité et l'intérêt de prendre des réglementations allant dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement que les textes existants ailleurs, vers une meilleure prise en compte de la relation particulière homme-nature dans la société kanak.

Pour atteindre ces objectifs, la province a pris deux décisions. La première a été de solliciter un appui scientifique de l'Institut de Recherche pour le Développement (IRD) pour l'élaboration de son code. L'essentiel de la collaboration attendue portait bien évidemment sur le droit de l'environnement mais la présence de chercheurs spécialistes de la biodiversité terrestre et marine de Nouvelle-Calédonie intéressait également la PIL. Autre direction clairement indiquée par la province pour l'élaboration du droit, la participation des autorités coutumières et des populations loyaltiennes dans la détermination du contenu des règles.

b. La légitimité retrouvée du droit endogène Kanak

Dès l'origine du projet, les autorités provinciales ont décidé que chaque projet de réglementation environnementale serait soumis, outre les consultations obligatoires, à l'appréciation des autorités coutumières et de la population selon un processus d'information et de participation du public. Les responsables de la province ne pouvaient en effet fermer les yeux sur le droit endogène relatif aux relations avec la Nature et ses éléments. Le droit formel adopté par l'assemblée de la PIL pourrait se retrouver en contradiction avec ce droit endogène, pire, comme naguère le nier. L'objectif était donc de parvenir, dans une optique de justice

environnementale, davantage à un droit négocié qui serait en conséquence approprié et donc respecté, appliqué par tous. Il en allait de l'effectivité du Code de l'environnement. Luën Iopue, chargé de mission « biodiversité » au Service de l'Environnement résumait ainsi la démarche participative de prise de décision appliquée à l'adoption progressive des textes du Code de l'environnement provincial :

« La demande de nos élus a été, dans le cadre de l'élaboration du code de l'environnement de la PIL, la participation de la population. Ce faisant, pour chaque texte que nous proposons nous allons recueillir l'avis des coutumiers, des acteurs associatifs, économiques, des professionnels du monde de l'éducation ... On coconstruit la réglementation avec tous les iliens. Ce n'est pas rapide, mais nous pensons que la démarche est la bonne puisque l'idée est d'asseoir une acceptabilité sociale de la réglementation en faisant de nos administrés des acteurs. Lors de ces réunions publiques de consultation c'est l'occasion aussi pour beaucoup de poser des questions, faire part de leurs craintes, partager leur vision du monde et le rapport à la nature, et aussi donner leurs positions sur les thèmes relatifs aux textes. L'esprit d'élaboration de ce code s'inscrit dans les modalités de prise de décision de la société Kanak, à savoir le consensus. »²⁸⁴

La PIL avait d'ailleurs elle-même rappelé avec vigueur son attachement à cette manière innovante d'exercice du pouvoir par des décideurs non-issus de la démocratie électorale. La charte de l'environnement d'avril 2012²⁸⁵ proclame dans son article 2 l'attachement des populations loyaltiennes notamment « au droit d'accéder librement aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » et deux autres articles (7 et 8) confirment le volontarisme de la province en la matière²⁸⁶.

Dès les premières réunions de travail une ligne de conduite pour les réunions participatives avec les autorités coutumières et les populations a été adoptée : le Service de l'environnement de la PIL organiserait les rencontres avec les autorités coutumières et les populations de Lifou, Maré et Ouvéa *conformément aux usages*. Dans ce cadre, Georges Kakue, Chef du Service de

²⁸⁴ Témoignage de Luën Iopue. Communication personnelle.

²⁸⁵ Délibération n°2012-17/API du 24 avril 2012 relative à la Charte de l'environnement de la Province des îles Loyauté, *RJE*, n° 3, 2014, p. 599 et s.

²⁸⁶ L'article 7 affirme que « l'information, la consultation et la participation des citoyens en matière environnementale constituent des éléments essentiels de la prise de décisions publiques » et l'art. 8 dispose que « toute personne a le droit d'être informée des risques ou nuisances d'origine naturelle ou anthropique (biologique, industrielle ou technologique) auxquels elle peut être potentiellement exposée ».

l'Environnement, a rappelé lors d'une des premières réunions que la logique du projet étant de travailler avec les acteurs locaux, le sens de la démarche était que les premiers acteurs sollicités seraient les autorités coutumières. Les retours des coutumiers quant à cette démarche ayant été plutôt positifs, la province se voyait encouragée à poursuivre dans cette perspective. Ce sentiment était en fait généralement partagé par la population et même les autorités élues. Lors d'une réunion, une conseillère municipale par exemple faisait elle aussi remarquer que le Code de l'environnement devait être autant un code de la province qu'un « code coutumier » car *in fine* disait-elle, « *ce sont les gens chez eux qui vont respecter ces règles* ». Une position confirmée par le Directeur de l'environnement de la PIL, Robert Wayaridri selon lequel le Code était conçu avant tout comme un outil des coutumiers et que c'était la raison pour laquelle la participation des coutumiers à son élaboration était très importante pour qu'ils y adhèrent par la suite. Des subtilités sont apparues au fil des rencontres. Il a été rappelé que « *ce n'est pas à la province d'aller vers les districts[càd les grandes Chefferies], c'est au conseil d'aire* ». Cela revenait à dire que nos interlocuteurs devaient être uniquement les membres des Conseils d'aires des trois îles. Une telle interprétation n'était juridiquement pas tenable et il nous a été nécessaire d'expliquer qu'une telle restriction à la participation fragiliserait, d'un point de vue juridique, les textes adoptés par l'Assemblée. Nos réserves ont d'ailleurs été confirmées, à un autre niveau, lors de la séance du Conseil Consultatif de l'Environnement (CCE)²⁸⁷, saisi par le président de la province pour donner son avis sur le projet de Code. Lors de cette réunion, la présidente de l'association environnementale Ensemble Pour la Planète, basée à Nouméa, indiquait que s'il lui paraissait évident de consulter la population loyaltienne, il devait être également rappelé que la Charte de l'environnement constitutionnelle voulait que *tous* les Calédoniens soient consultés.

Le « passage » du projet de Code devant le Sénat Coutumier en 2015 a par ailleurs démontré qu'aucun doute n'était permis sur le besoin d'un droit négocié. Dans l'avis précité, le Sénat avait émis une appréciation très réservée sinon défavorable au projet. Après avoir regretté que la Charte du peuple Kanak²⁸⁸ « n'était ni invoquée ou même évoquée », le Sénat, s'appuyant sur l'article 18 de la loi organique 99-209 modifiée qui dispose que « les terres coutumières sont régies par la coutume », estimait que l'élaboration même d'un droit commun

²⁸⁷ Réunions des 4 et 10 mars 2016 du CCE. Le CCE, prévu par la loi organique 99-201 a été créé par une délibération du Congrès du 2006.

²⁸⁸ La Charte du peuple Kanak peut être consultée à l'adresse en ligne suivante : https://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos_publications/charte.pdf

de l'environnement était contraire aux dispositions de la loi. Dans un esprit d'apaisement, le président de la province a souhaité qu'une rencontre ait lieu avec les 16 sénateurs. Les discussions - parfois vives - qui ont suivi ont conduit à une décision consensuelle résidant dans la rédaction d'un Préambule au Code et rappelant un certain nombre de principes sur la place privilégiée que devait avoir le droit endogène. Le 1er alinéa du préambule²⁸⁹ vaut acceptation de la part des autorités coutumières de la légitimité de la collectivité provinciale à réglementer. En contrepartie, l'importance de la prise en compte par les autorités de la province de l'organisation sociale kanak et en particulier du rôle des chefferies dans la gestion traditionnelle des espaces les ressources naturels est ensuite immédiatement affirmée.

La relation homme-nature fut ensuite introduite dans toute sa particularité océanienne originelle associée à une histoire riche :

« Consciente de la relation particulière des Kanak avec la Nature et de l'existence de modes de gestion et d'utilisation traditionnelles des milieux et ressources naturels qui s'appuient sur des savoirs locaux accumulés au fil des siècles (...).

Il était également nécessaire de formuler, la nécessaire collaboration et concertation, l'inévitable *partage de souveraineté*²⁹⁰, entre autorités coutumières et autorités élues, dans l'intérêt général :

« Consciente de la nécessité d'une collaboration constante entre la province et les autorités coutumières dans la mise en œuvre effective et efficace de la réglementation environnementale (...),

*Désireuse de privilégier une **cogestion** des ressources naturelles avec les populations des Iles Loyauté et de promouvoir le **partenariat** avec les autorités coutumières comme mode de gouvernance privilégié pour la préservation de leur environnement. »*

Jusqu'où pouvait aller cette volonté de prise en compte des autorités coutumières et de concertation ? Profitant des marges de manœuvres juridiques disponibles la PIL choisit d'innover en réintégrant les coutumiers et leur vision de la nature dans le dispositif

²⁸⁹ Préambule du CEPIL. *JONC* du 23 juin 2016. P. 5937

²⁹⁰ La souveraineté des chefferies Kanak est une des principales proclamations de la Charte du Peuple Kanak.

réglementaire. L'alinéa suivant du préambule sera ainsi repris sous l'appellation de principe de subsidiarité (CEPIL - Article 110-11) :

« Souhaitant reconnaître, au-delà de la réglementation nécessaire pour la protection de l'environnement dans l'intérêt général et de celui du développement durable ou la transposition du droit international ou de la Nouvelle-Calédonie, soit en cas de carence de la réglementation soit dans le cas d'une efficacité accrue, la validité des règles coutumières contribuant à la protection et à la restauration de l'environnement. »

Outre les cas où elle est *obligée* de réglementer et une fois le cadre général posé, la province envoyait ainsi aux autorités coutumières un message fort sur sa volonté de travailler de concert avec elles et acceptait donc de s'effacer (la carence susmentionnée... pouvant être intentionnelle) pour que, lorsque cela est le plus pertinent, le droit endogène trouve à s'appliquer.

Dans une approche de justice environnementale, telle que nous l'avons définie plus haut et rendue possible par les accords de Matignon et Nouméa, des principes et réglementations innovants, qui traduisent de la vision Kanak des relations Homme Nature ont été adoptés depuis 2016. Parmi ceux-ci nous citerons deux exemples : l'accès à la Nature et la protection du Vivant.

Un incident violent survenu en juin 2019 dans le lagon d'Ouvéa, impliquant un bateau de plaisance affrété par des touristes étrangers et des habitants de l'île a accéléré l'adoption d'une réglementation sur l'accès à la Nature en PIL. En effet comme à d'autres reprises par le passé, se posait à cette occasion la question du conflit de culture (juridique) : pour les uns, en droit républicain la mer fait partie du domaine public maritime et à ce titre la liberté d'y circuler, jeter l'ancre et de s'adonner à des loisirs en mer est garantie. Pour les coutumiers Kanak, la plage n'a jamais été une frontière qui sépare la mer de la terre et le « foncier coutumier » va de la crête des montagnes au moins jusqu'au récif et toute présence non autorisée est une intrusion sur leurs espaces coutumiers. La réglementation qui a été adoptée²⁹¹ par la PIL après négociations avec les autorités locales a été d'une part d'imposer une procédure d'autorisation à tous les navires circulant dans les eaux provinciales, avec la préoccupation de protéger

²⁹¹ Pour les détails sur cette réglementation, voir : C. David, V. David, « L'émancipation contrariée du droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie. L'accès à la nature et les aires naturelles protégées dans le Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°2, 2021, pp. 265-283.

l'environnement marin notamment et de l'autre, d'introduire l'occasion de rappeler aux plaisanciers leurs droits et devoirs dans l'espace kanak. La contrepartie a été d'imposer au coutumier la création d'une servitude sur les espaces coutumiers permettant de concilier la présence de touristes et plaisanciers dans des espaces maritimes identifiés et où ceux-ci peuvent aller et venir tout en respectant d'éventuelles règles locales.

Le second exemple concerne la création de la catégorie d'entités naturelles juridiques (ci-après ENJ), constituée d'éléments de la nature reconnus comme sujet de droit. En effet, dès 2016, le principe unitaire de vie qui imprègne la culture Kanak a été introduit dans une approche que Marie-Angèle Hermitte qualifierait d'animisme juridique²⁹², dans le CEPIL avec la reconnaissance à venir de la personnalité juridique de certains éléments de la Nature (article 110-3). En juin 2023 la Province des Îles Loyauté a adopté la réglementation sur la protection²⁹³ du Vivant qui a mis en œuvre ce principe avec la création des ENJ et en faisant des requins et tortues marines les premiers éléments à bénéficier de ce statut protecteur.

En conclusion, l'élaboration participative et l'adoption progressive depuis 8 ans du CEPIL, actant un certain nombre de principes généraux du droit de l'environnement innovants et respectueux de la culture et du droit endogène kanak s'inscrit, au regard de leur histoire, dans une démarche de justice environnementale que l'ingénierie institutionnelle mise en place sur la base des accords de paix de Matignon et de Nouméa. Tout est une question de dosage, de partage, d'équilibre et d'harmonie pour créer une intersection, un métissage, une hybridation, la justice environnementale ne supposant ni un retour dans le passé ni un rejet absolu ni total de changements apportés par des hommes et des femmes venus d'ailleurs.

*

* *

Enfin, l'appréhension de la justice environnementale dans la perspective autochtone nécessite qu'une réflexion soit menée sur la décolonisation du droit étatique et plus spécialement du droit de l'environnement.

²⁹² Pour une analyse succincte de cette réglementation, voir V. David, « La protection du vivant en province des Îles Loyauté », *Droit de l'Environnement*, n°326, 2023.

²⁹³ M-A Hermitte, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in Ph. Descola (dir.), *Les Natures en question*, Odile Jacob/Collège de France, 2018, pp. 257-284.

Pour les peuples amérindiens de Guyane française, le droit d'accès à la justice environnementale passe par une reconnaissance du droit à l'autodétermination qui est compris comme un droit à l'autonomie propre, un droit à la restitution et un droit de participation ou plus globalement entendu comme un droit à la décolonisation. Son objectif serait « la reconstruction d'une véritable communauté de vie heureuse, pérenne et paisible en Guyane française. Il s'agit ainsi d'un droit entièrement renouvelé. En effet, il s'inscrit et doit être compris, lu et construit dans le cadre et l'esprit du nouveau langage juridique qu'est le "Droit rond – Droit soleil" »²⁹⁴. S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, engagée, contrairement à la Guyane française, dans un processus d'autodétermination, le concept de justice environnementale est mobilisé dans une perspective de décolonisation du droit « pour (re)prendre en compte le droit endogène étouffé par 150 ans de colonisation et d'effacement de la culture et du droit kanak de la sphère publique et lui rendre sa place dans l'ordre juridique sous forme d'un droit hybride »²⁹⁵.

Sans rentrer dans le débat théorique de la décolonisation du droit, le droit d'accès à la justice environnementale a été abordé dans notre rapport, d'une part, à la lumière de la participation des peuples autochtones au processus décisionnel en matière d'environnement (**Partie I**) et d'autre part, en étudiant l'adaptation des actions en justice intentées par les Autochtones (**Partie II**) pour faire valoir leurs droits individuels et collectifs dans le cadre des conflits environnementaux et territoriaux.

²⁹⁴ V. *supra* p. 77 et s.

²⁹⁵ V. *supra* p. 89.

Première partie

La participation des peuples autochtones au processus décisionnel en matière d'environnement

Comme le souligne, la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones des Nations Unies, Victoria Tauli-Corpuz, : « le respect du droit à la participation ainsi qu’au consentement libre, préalable et éclairé sont des conditions *sine qua non* pour promouvoir efficacement les droits des peuples autochtones dans la pratique »²⁹⁶.

En matière environnementale, le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement de 1992 pose le principe de participation qui est devenu un principe classique du droit de l’environnement. En vertu de ce principe, les Etats signataires de la Déclaration reconnaissent que « la meilleure façon de traiter les questions d’environnement est d’assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l’environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

Si le principe de participation du public en matière environnementale est désormais acquis tant en droit international qu’en droit national, son application, en contexte autochtone, implique le respect des engagements internationaux et des textes nationaux portant sur les droits des peuples et communautés autochtones. Plus spécifiquement, la participation publique des peuples autochtones au processus de prise de décision en matière d’exploitation des terres traditionnelles, des territoires autochtones et des ressources est associée au respect de l’obligation internationale de les consulter.

Si l’obligation de consulter les peuples autochtones en vue d’obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé a fait l’objet d’une reconnaissance internationale dans le cadre des différents instruments juridiques (**Chapitre I**), le bilan de sa mise en œuvre dans les droits nationaux reste mitigé (**Chapitre II**). Plus généralement, l’obligation de consulter et de rechercher le consentement des peuples autochtones sont « des moyens qui, indirectement, ont

²⁹⁶ Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, Victoria Tauli-Corpuz, A/71/229, 29 juillet 2016, p. 10. Voir aussi Comité des droits de l’homme, *Ángela Poma Poma c. Peru*, communication n° 1457/2006 ; recommandation générale n° 23 du Comité pour l’élimination de la discrimination raciale ; recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l’homme et la protection de l’environnement, du 11 juillet 2022, CDDH(2022)R96 Addendum 4.

le potentiel de tenir compte des traditions juridiques autochtones »²⁹⁷. Une telle prise en compte des ordres juridiques autochtones, qui demeurent vivants malgré la colonisation, contribue au processus de décolonisation du droit étatique.

²⁹⁷ G. Motard, « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit », *Revue de droit de McGill*, 2020, p. 446.

La reconnaissance de l'obligation de consulter les peuples autochtones en droit international

L'article 6.2 de la convention de l'OIT n°169, adoptée en 1989, pose une obligation générale de moyens pour les Etats de consulter les peuples autochtones lorsqu'une mesure législative ou administrative porte atteinte à leurs droits et territoires « de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, dans le but de parvenir à un accord ou à un consentement sur les mesures proposées ». L'obligation plus contraignante de résultat « d'obtenir le consentement » est posée par la Convention dans un contexte très particulier qui est celui de déplacements de populations²⁹⁸. La Déclaration de l'ONU de 2007 tout en s'inscrivant dans les acquis de la Convention n°169 va plus loin²⁹⁹. Elle reconnaît une protection plus systémique des droits des peuples autochtones où leurs droits de participation sont centraux.

La Déclaration prévoit que le consentement est requis concernant le stockage de substances dangereuses dans des terres et territoires autochtones (article 29.2 de la DDDPA) ; pour la réalisation de projets de développement ou d'investissement de grande échelle et d'impact majeur sur les territoires (article 32), en cas d'activités militaires sur les territoires autochtones, en cas de déplacement forcé des peuples autochtones (art. 10). A cet égard, l'article 16 de la Convention n°169 est moins protecteur que la Déclaration de 2007 et que la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme, en permettant des déplacements alors même que le consentement n'aurait pas été obtenu. Dans tous les cas, le versement d'une indemnisation juste et équitable (préalablement accordée) ainsi que la faculté de retour quand les circonstances le permettent doivent être prévus, comme le spécifie l'article 10 de la Déclaration.

Les organes conventionnels des droits de l'homme affirment à leur tour le principe du consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones dans les questions relatives à leurs droits et à leurs intérêts, et plus particulièrement en ce qui concerne leurs terres

²⁹⁸ Art. 16.2 de la Convention.

²⁹⁹ C. Perruso, « Les peuples autochtones face à l'urgence climatique, entre vulnérabilité et résistance », *Journal européen des droits de l'homme*, n°1, 2022, p. 51.

ancestrales³⁰⁰ et la conservation³⁰¹. L'absence de consultation appropriée des peuples autochtones peut constituer une forme de discrimination raciale et relever du champ d'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965³⁰². Par ailleurs, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a donné une interprétation large de la Convention afin de protéger les droits collectifs des peuples et communautés autochtones à la terre, au territoire et aux ressources naturelles. Dans sa recommandation générale n°23, le Comité demandait explicitement aux Etats parties « de reconnaître et de protéger le droit des populations autochtones de posséder, de mettre en valeur, de contrôler et d'utiliser leurs terres, leurs ressources et leurs territoires communaux et, lorsqu'ils ont été privés des terres et territoires qui, traditionnellement, leur appartenaient ou, sinon, qu'ils habitaient ou utilisaient, sans leur consentement libre et informé, de prendre des mesures pour que ces terres et ces territoires leur soient rendus »³⁰³. La procédure de plainte individuelle mise en place devant le Comité, a permis à cet organe, de connaître de plusieurs affaires mettant en cause les Etats (y compris la France) ne respectant pas ces droits collectifs.

Dans le système juridique interaméricain, l'Organisation des Etats Américains s'est engagée en 1997 pour l'élaboration d'une Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones finalement adoptée en 2016. Elle prévoit dans son article 23 que « les Etats consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi, par l'intermédiaire de leurs institutions représentatives, avant d'adopter et d'appliquer les mesures législatives ou administratives qui les touchent, afin d'obtenir leur consentement libre, préalable et éclairé ». Selon cet article, la consultation des peuples autochtones aurait comme finalité l'obtention de leur consentement.

À la lumière de ces instruments internationaux portant spécifiquement sur les droits des peuples autochtones, notre recherche s'est penchée sur les contours de l'obligation internationale de consulter dans le but de parvenir à un consentement préalable, libre et éclairé

³⁰⁰ Comité des droits de l'homme, *Ángela Poma Poma c/Pérou*, communication n° 1457/2006 ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 23, *Les droits des populations autochtones*, cinquante et unième session, 18 août 1997.

³⁰¹ Voir E/C.12/TZA/CO/1-3 ; voir également CCPR/C/KEN/CO/3.

³⁰² La convention a été adoptée le 21 décembre 1965 et elle est entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Elle comporte 182 Etats parties (tous les Etats faisant l'objet de notre rapport ont ratifié la convention).

³⁰³ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 23, *Les droits des populations autochtones*, (Cinquante et unième session, 1997), U.N. Doc.A/52/18, annexe V, § 5.

(**Section 1**), et sur l'interprétation de la notion du consentement préalable, libre et éclairé telle que donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (**Section 2**).

Section 1

Les contours de l'obligation de consulter dans le but de parvenir à un consentement préalable, libre et éclairé

Pour identifier les contours d'une telle obligation, il convient de définir la notion du consentement préalable, libre et éclairé (§1). Cette notion est devenue incontournable dans le contexte de justice environnementale, lorsque des projets de développement durable, d'aménagement du territoire ou d'exploitation des ressources naturelles sont susceptibles de porter atteinte aux droits des peuples autochtones. Elle a fait l'objet de différentes interprétations doctrinales, la question étant de savoir si en l'absence de l'obtention d'un consentement sur un projet de développement, les peuples autochtones disposent d'un droit de veto. Quoi qu'il en soit, l'intégration de la notion de consentement préalable, libre et éclairé dans les instruments juridiques internationaux environnementaux permet d'adapter le droit de l'environnement aux spécificités autochtones, ce qui conduit à poser des garanties supplémentaires en matière d'accès à la justice environnementale (§2).

Toutefois, si cette adaptation reste limitée par la portée juridique octroyée à l'obligation de consulter qui demeure dans la majorité des cas une obligation de moyens, notre recherche a pu constater, dans l'ordre juridique interaméricain, un glissement sémantique du consentement préalable, libre et éclairé tantôt vers un droit au consentement tantôt vers un simple droit à la consultation³⁰⁴.

§1. La définition du principe du consentement libre, préalable et éclairé

Un consentement donné librement signifie que les peuples autochtones et les communautés locales ne subissent aucune pression, intimidation, manipulation ou influence indue et qu'ils accordent leur consentement sans coercition. « Préalable » signifie que le « consentement a été sollicité suffisamment longtemps avant toute autorisation ou tout début d'activité et que les

³⁰⁴ D. Farget, « L'effacement du droit au consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones dans le discours des juges interaméricains », *Canadian Journal of Law & Society*, n° 3, 2019, pp. 417-436.

délais nécessaires aux processus autochtones de consultation et de recherche d'un consensus ont été respectés »³⁰⁵. Ce délai doit être suffisamment long pour discuter du projet, se forger une opinion et la communiquer avant que le gouvernement ne commence à prendre des décisions. En ce qui concerne le consentement éclairé, il signifie que l'Etat doit fournir aux peuples autochtones une information complète et adéquate sur le projet. Il s'agit au minimum des informations qui couvrent les aspects suivants : « a) la nature, l'ampleur, l'évolution, la réversibilité et la portée de tout projet ou activité proposé ; b) la (les) raison(s) ou objectif(s) du projet ou de l'activité ; c) leur durée ; d) la localisation des zones concernées ; e) une évaluation préliminaire des incidences économiques, sociales, culturelles et environnementales probables, y compris les risques potentiels et le partage juste et équitable des avantages, compte tenu du principe de précaution ; f) le personnel susceptible de contribuer à l'exécution du projet proposé (y compris les peuples autochtones, le personnel du secteur privé, les instituts de recherche, les fonctionnaires et autres) ; g) les procédures possibles dans le cadre du projet »³⁰⁶. Toutes les informations devraient être précises, accessibles et compréhensibles notamment dans une langue que les peuples autochtones pourront pleinement comprendre³⁰⁷. Par ailleurs, la diffusion de ces informations devrait tenir compte des traditions orales des peuples autochtones et de leurs langues.

Ainsi, les Etats sont tenus notamment de se concerter et de coopérer de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés avant l'adoption de mesures législatives ou administratives concernant les peuples autochtones afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (art. 19) ; la réalisation de projets ayant des incidences sur les droits des peuples autochtones sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources, notamment l'exploitation minière et les autres utilisations ou exploitations des ressources (art. 32) ; la réinstallation de peuples autochtones obligés de quitter leurs terres ou territoires (art. 10) ; le stockage ou le déchargement de matières dangereuses sur les terres ou territoires des peuples autochtones (art. 29).

L'art. 32 de la Déclaration fait explicitement référence à l'obligation de respecter le principe du consentement préalable, libre et éclairé dans le domaine du développement extractif. Cet article précise que : « *Les Etats consultent les peuples autochtones concernés et*

³⁰⁵ Groupe des Nations Unies pour le développement, Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones, New York, Genève, NU, 2009, p. 31.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

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 »³⁰⁸ (art. 32.2).

L'interprétation de la portée juridique de cet article a donné lieu à des débats doctrinaux. Pour certains auteurs³⁰⁹, l'article poserait une obligation de moyens pour les Etats, dans le sens où il s'agirait pour les Etats d'agir de bonne foi, de tenir compte des droits et intérêts des peuples autochtones concernés mais sans nécessairement leur reconnaître un pouvoir décisionnel. Pour d'autres auteurs, à l'image de James Anaya, ancien rapporteur spécial de l'ONU pour les droits des peuples autochtones³¹⁰, il convient d'interpréter cet article de manière globale en situant l'art. 32 dans l'économie générale du texte de la Déclaration de 2007 et des grands principes qu'elle vise à mettre en valeur. Pour ce dernier, le consentement préalable, libre et éclairé est une extension logique et nécessaire du droit à l'autodétermination des peuples autochtones. Il ne s'agit pas de leur reconnaître un droit de veto mais davantage leur reconnaître un pouvoir décisionnel (le droit d'accepter ou de refuser un projet) sur leurs terres ancestrales. Une telle interprétation du consentement préalable, libre et éclairé devrait, selon lui, permettre aux peuples autochtones concernés d'exercer un pouvoir de décision dans une approche collaborative avec l'Etat. Encore faut-il que l'Etat respecte et concrétise le droit des peuples autochtones de décider librement de la protection et de la gestion de leurs terres et territoires.

§ 2. L'intégration du consentement préalable, libre et éclairé dans le droit international de l'environnement

La Convention sur la diversité biologique reconnaît la nécessité de respecter et de mettre en œuvre le principe de participation pour protéger les droits des peuples autochtones. Ce texte reconnaît en effet que ces derniers sont titulaires des droits collectifs d'une nature particulière.

³⁰⁸ Art. 32.2 de la Déclaration de 2007.

³⁰⁹ K. Coates, B. Flavell, *Undersanding FPIC. From assertion and assumption on FPIC to a new model for indigenous engagement on resource development*, Ottawa, Macdonald-Laurier Institute, 2016, p. 12.

³¹⁰ J. Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, A/HRC/12/34, 15 juillet 2009, 12^{ème} sess., Conseil des droits de l'homme ; J. Anaya, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, A/HRC/21/47, 6 juillet 2012, 21^{ème} sess., Conseil des droits de l'homme.

Ainsi, l'art. 8, j) précise que chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra « sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques ». En outre, l'art. 10 c) de la convention affirme que chaque Etat « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra (...) protège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable ». La convention protège directement les connaissances traditionnelles des autochtones en matière de préservation de la biodiversité. Elle encourage la création de système de cogestion dans lesquels l'Etat et les autochtones recherchent un consensus sur l'utilisation des ressources biologiques. Cela implique une participation active des autochtones à la mise en place d'un cadre juridique assurant une telle cogestion.

Cependant, la portée juridique de ces dispositions reste limitée, puisqu'il revient à chaque Etat de mettre en œuvre ces dispositions, aboutissant à des interprétations divergentes. Afin d'assurer une harmonisation dans la mise en œuvre des dispositions de la convention, les Etats adoptent, lors des conférences des parties, des lignes directrices mais qui restent facultatives. Ainsi, les *Lignes directrices facultatives Akwé: Kon pour la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux* de 2004³¹¹ font référence pour la première fois au consentement préalable en connaissance de cause des communautés autochtones dans l'article 8(e). Cet article propose les étapes à suivre lors de la réalisation d'une étude d'impact d'un aménagement proposé susceptible d'affecter les droits collectifs des autochtones³¹². L'une

³¹¹ Décision VII-16 de la CDP 7 (2004), *Lignes directrices facultatives Akwé: Kon pour la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales*, <https://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-fr.pdf>

³¹² Art. 8 pose les étapes suivantes à respecter : « a) notification et consultation publique du projet proposé par l'entrepreneur ; b) identification des communautés autochtones et locales et des parties prenantes susceptibles d'être affectées par le projet proposé ; c) mise en place de mécanismes efficaces de participation des communautés autochtones et locales, y compris la participation des femmes, des jeunes, des personnes âgées et d'autres groupes vulnérables, au processus de prise de décision ; d) mise au point d'un mécanisme convenu pour recueillir les opinions et les préoccupations des populations autochtones et locales dont les intérêts pourraient être affectés par l'aménagement proposé ; e) mise au point d'un processus grâce auquel les communautés autochtones et locales pourraient approuver ou opposer un projet d'aménagement qui est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur leur communauté ; f) identification et fourniture de ressources humaine, financière, technique, et juridiques

d'elles consiste à envisager la « mise au point d'un processus grâce auquel les communautés autochtones et locales pourraient approuver ou opposer un projet d'aménagement qui est susceptible d'avoir des répercussions négatives sur leur communauté ». Plus encore, il y est indiqué que l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause doit être prise en compte dans le cadre de la conduite d'une étude d'impact³¹³. Ce document précise que lorsque le régime juridique national exige l'obtention d'un tel consentement, l'étude devrait s'assurer qu'il a été effectivement obtenu. Ce consentement, « devrait étudier la reconnaissance et la protection des droits, connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales ; l'utilisation d'un langage et de procédés appropriés ; l'allocation d'un temps suffisant et la fourniture d'informations précises, factuelles et juridiquement fondées. Toute modification au projet initial doit obtenir un autre consentement des communautés autochtones et locales concernées »³¹⁴. *In fine*, le document recommande aux Etats d'assurer une participation effective des peuples autochtones dans la prise de décision publique en matière d'aménagement du territoire. Par exemple, la Finlande est devenue l'un des premiers Etats à appliquer les lignes directrices Akwé : Kon, dans le cadre de l'élaboration d'un plan de gestion et un plan d'aménagement du territoire pour la zone sauvage de Hammastunturi (en Laponie), en coopération entre Metsähallitus (l'équivalent de l'Office national des forêts) et le Parlement sâme finlandais, améliorant considérablement les droits de participation des Sâmes³¹⁵.

Les lignes directrices de Bonn sont également intéressantes en matière de consentement préalable des peuples autochtones dans le domaine de l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. Ce document aide les Etats Parties à élaborer des mécanismes et des régimes d'accès et de partage des avantages qui reconnaissent la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales, conformément aux législations nationales et aux instruments internationaux pertinents. Il recommande aux Etats à mettre en place des mécanismes qui assurent une participation effective des

suffisantes pour garantir la participation effective de la population autochtone et locale à toutes les étapes de l'étude d'impact; g) mise au point d'un plan d'aménagement de l'environnement (PAE), comprenant des plans d'urgence en cas de provocation, par le projet d'aménagement, d'impacts négatifs éventuels sur le plan culturel, environnemental et social; h) identification des acteurs responsables de la réparation, la responsabilité, l'assurance et l'indemnisation; i) conclusion d'accords ou de plans d'action, selon le cas, et à des conditions convenues mutuellement, entre les entrepreneurs du projet et la communauté autochtone ou locale affectée, en vue de mettre en œuvre les mesures de prévention ou d'atténuation des impacts négatifs du projet d'aménagement ; j) mise en place d'un mécanisme de révision et de recours ».

³¹³ Art. 52.

³¹⁴ Art. 53.

³¹⁵ Ch. Allard, « Sámi rights in the sustainable transition – concluding remarks », in D. Cambou, *op. cit.*, p. 189.

communautés autochtones aux différentes étapes du processus d'accès et de partage des avantages, tout en veillant à ce que les décisions et comptes rendus des travaux soient disponibles dans une langue compréhensible pour ces communautés³¹⁶. Les lignes directrices de Bonn établissent les étapes à suivre dans le cadre du processus d'accès et de partage des avantages³¹⁷. Dans cette perspective, il pose les principes fondamentaux d'un système de consentement préalable donné en connaissance de cause³¹⁸, les éléments qu'il peut inclure³¹⁹ ainsi que les procédures d'obtention d'un tel consentement³²⁰.

Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, adopté en 2010, est un accord international issu de la Convention sur la diversité biologique³²¹. Il s'agit d'un instrument international ayant une force juridique contraignante. L'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des autochtones en matière d'accès aux ressources génétiques³²² et en matière d'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques³²³ se trouve au cœur du système juridique mis en place par le Protocole. Néanmoins, comme l'indique le Protocole de Nagoya, la mise en œuvre de l'obligation d'obtenir ce consentement dépend des droits internes des Etats parties.

En complément au Protocole de Nagoya, les Etats parties à la Convention sur la diversité biologique ont décidé d'élaborer des lignes directrices sur le développement de mécanismes, d'une législation ou d'autres initiatives appropriées propres à assurer le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des peuples autochtones et des

³¹⁶ Art. 14 g) et h).

³¹⁷ Art. 22 à 50.

³¹⁸ Art. 26.

³¹⁹ Art. 27.

³²⁰ Art. 36 à 44.

³²¹ Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique a été adopté à la dixième réunion de la Conférence des Parties, le 29 octobre 2010, à Nagoya, au Japon, après six ans de négociations.

³²² Art. 6.2 affirme que « conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures nécessaires pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus pour l'accès aux ressources génétiques, dès lors que leur droit d'accorder l'accès à ces ressources est établi ».

³²³ Art. 7 dispose que « Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies ».

communautés locales et le partage juste et équitable des avantages, ainsi que des lignes directrices pour le signalement et la prévention d'une appropriation illicite. Cette décision a abouti à l'adoption des Lignes directrices facultatives *Mo'otz Kuxtal*³²⁴ en décembre 2016³²⁵.

Elles s'articulent autour d'une série de suggestions et de recommandations visant à garantir l'accès à l'information, le respect des décisions communautaires et l'accès aux avantages découlant de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique. Ces lignes directrices reconnaissent que le droit coutumier et les protocoles communautaires peuvent avoir un rôle important à jouer dans le cadre des procédures d'obtention d'un consentement préalable en connaissance de cause³²⁶. Le terme de « protocoles communautaires » couvre un large éventail d'expressions, de manifestations, de règlements et de pratiques créés par les communautés afin de définir leurs attentes concernant la façon dont les parties prenantes doivent communiquer avec elles. Ces protocoles peuvent faire référence à des lois coutumières, ainsi qu'à des lois nationales ou réglementations internationales, pour affirmer leur droit de mener des négociations en suivant un certain nombre de règles. Ils donnent à la communauté l'occasion de mettre l'accent sur leurs aspirations en matière de développement en ce qui a trait à leurs droits et d'exprimer leurs connaissances de leur patrimoine bioculturel pour eux et leurs parties prenantes, et par conséquent sur les conditions d'engagement avec les diverses parties prenantes. En examinant les liens d'interdépendance entre leurs droits fonciers, leur situation socioéconomique actuelle, leurs préoccupations environnementales, leur droit coutumier et leurs connaissances traditionnelles, les communautés sont en meilleure position de déterminer sans aide la façon de négocier avec tout une palette d'acteurs.

Plus généralement, les lignes directrices reconnaissent que les protocoles communautaires et le droit coutumier peuvent contribuer à assurer une sécurité juridique, une transparence et une prévisibilité en ce qui concerne les procédures d'obtention d'un « consentement préalable en connaissance de cause », d'un « consentement préalable donné librement et en connaissance

³²⁴ Ce nom a été attribué par les représentants des peuples autochtones du Mexique en novembre 2016, *Mo'otz Kuxtal* signifie « racines de la vie » en langue maya.

³²⁵ Lignes directrices facultatives *Mo'otz kuxtal* pour l'élaboration de mécanismes, d'une législation ou d'autres initiatives appropriées pour assurer le « consentement préalable donné en connaissance de cause », le « consentement préalable donné librement et en connaissance de cause » ou « l'approbation et la participation », selon les circonstances nationales, des peuples autochtones et des communautés locales pour l'accès à leurs connaissances, innovations et pratiques, pour le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de leurs connaissances, innovations et pratiques présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, et pour le signalement et la prévention d'une appropriation illicite des connaissances traditionnelles

³²⁶ Point 18.

de cause », ou de « l’approbation et la participation » des peuples autochtones et des communautés locales, et d’établissement de conditions convenues d’un commun accord pour le partage des avantages.

Section 2

L’interprétation du consentement préalable, libre et éclairé par la Cour interaméricaine des droits de l’homme

L’interprétation donnée par la Cour interaméricaine des droits de l’homme a permis de dégager la reconnaissance d’un droit au consentement (§1) dont le champ d’application reste néanmoins limité aux projets qualifiés « de développement d’envergure » (§2).

§1. L’affirmation d’un droit au consentement

Plusieurs décisions ont été rendues par la Cour interaméricaine des droits de l’homme afin de garantir les droits des peuples et communautés autochtones en matière environnementale. Dans une décision de 2006 *Claude Reyes c. Chili*³²⁷, la Cour a estimé que le défaut d’information concernant un projet de déforestation à proximité d’un cours d’eau (le fleuve Condor en l’espèce) constituait une restriction illégitime au droit d’accès à l’information. Dans une affaire plus récente du 6 février 2020³²⁸ qui concernait des communautés autochtones, membres de l’association *Lhaka Honhat*, la Cour interaméricaine a reconnu, pour la première fois, le lien direct existant entre la garantie des droits de l’homme et le droit à vivre dans un environnement sain qu’elle a utilisé comme fondement de sa solution de manière autonome. Elle a ainsi jugé que les droits à la terre, à l’identité culturelle, à un environnement sain avec un accès à une alimentation et à l’eau de qualité des communautés autochtones ont été violés à cause des carences dans l’information et la consultation de ces dernières.

Les conditions de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé ont été précisées par la Cour interaméricaine des droits de l’homme en s’appuyant sur l’article 21 relatif au droit à la propriété privée de la Convention américaine relative aux droits de l’homme. En effet, l’interprétation de l’art. 21 donnée par la Cour a permis d’élargir son champ d’application

³²⁷ CIDH, *Claude Reyes c. Chili*, 2006.

³²⁸ CIDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat [Nuestra Tierra] c. Argentina*, 2020.

aux systèmes coutumiers autochtones de tenure foncière collective étant donné le lien particulier qui unie les autochtones et leurs territoires ancestraux. Ainsi, dans le cas de projets de développement économique de « grande envergure », le consentement des peuples autochtones concernés pourrait être exigé.

Dans la décision de 2006, la Cour IDH a dégagé le droit au profit des autochtones d'être consultés sur les projets et les autorisations d'exploitation de ressources naturelles sur leur territoire³²⁹. Et dans une décision rendue un an plus tard³³⁰, la Cour en s'appuyant sur la Convention 169 de l'OIT, a jugé que dans l'hypothèse de projets de développement économique de « grande envergure » qui portent atteinte aux droits de propriété collective des autochtones, les Etats doivent non seulement les consulter, mais ils doivent également obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé en se fondant sur leurs traditions et coutumes. La Cour interaméricaine a jugé que ce droit résulte non seulement des normes internationales telles que la Convention 169 de l'OIT et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, mais peut être de surcroît perçu comme un principe général du droit international³³¹. En l'espèce, la Cour IDH avait qualifié de projet de développement d'envergure l'exploitation d'une mine d'or ayant causé la pollution de l'eau, ressource essentielle au mode de vie de la communauté requérante ainsi que le rehaussement d'un barrage hydroélectrique sur leur territoire. Ces activités autorisées par l'Etat ont eu comme effet le déplacement de la communauté.

En fonction de l'ampleur de la mesure prise par l'Etat, la portée juridique du droit à la consultation est interprétée de manière plus ou moins large par la Cour IDH. Autrement dit, lorsque la mesure n'entre pas dans le champ d'application de la notion de « projet de développement économique d'envergure », les peuples autochtones disposent d'un simple droit à l'information et à la consultation de bonne foi, dans le but de parvenir à un accord. En revanche, dans les autres cas, le droit à la consultation s'apparente à un droit à l'obtention du

³²⁹ CIDH, 19 septembre 2006, *Claude Reyes et autres c. Chili*, Série C n° 151.

³³⁰ CIDH, *Saramaka c/ Suriname*, 2007.

³³¹ CIDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 27/06/2012, Serie C, n.° 245. En l'espèce, la partie requérante a invoqué devant la Cour la violation de son droit à être consultée préalablement avant la réalisation, sur son territoire ancestral, d'un projet d'exploitation de pétrole. Cette dernière était *a priori* dans l'impasse considérant que ce droit n'est nullement garanti par la Convention interaméricaine des droits de l'Homme.

consentement préalable, libre et éclairé entendu comme un droit de s'opposer au projet en question.

§2. Le champ limité du droit au consentement au « projet de développement d'envergure »

Pour définir la notion de « projet de développement d'envergure », la CourIDH s'appuie sur les définitions données par les rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Plus spécialement, dans l'arrêt de 2007, la CourIDH s'est fondée sur la définition donnée par Rodolfo Stavenhagen dans son rapport publié en 2003³³². Pour ce dernier, cette notion désigne « des programmes d'investissement de capitaux public ou privés, nationaux ou internationaux visant la mise en place ou l'amélioration des infrastructures matérielles d'une région donnée, la transformation à long terme d'activités de production impliquant une modification de l'utilisation des terres et des droits de propriété sur celles-ci, l'exploitation à grande échelle des ressources naturelles, y compris les ressources du sous-sol, et la construction de centres urbains, de sites industriels ou miniers, de centrales énergétiques, d'installations d'extraction et de raffineries, d'infrastructures touristiques, d'installations portuaires, de bases militaires et autres entreprises analogues.

L'objectif poursuivi est variable ; il peut s'agir de renforcer la croissance économique, de réguler les crues, de produire de l'électricité ou d'autres énergies, d'améliorer les réseaux de transport, de promouvoir les exportations afin de disposer de devises, de créer de nouveaux établissements, de veiller à la sécurité nationale ou encore de créer des emplois et des sources de revenus pour les populations de la région »³³³. Cette définition est très large et permet de qualifier comme tel un projet au cas par cas en fonction de ses objectifs, de son contenu et de ses effets sur les droits fondamentaux des peuples autochtones, sur les écosystèmes terrestres et marins.

³³² Commission des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, présenté en application de la résolution 2002/65 de la Commission, Doc off CES NU, 2003, Doc NU E/CN.4/2003/90.

³³³ Ibid. p. 5.

Le bilan mitigé du respect de l'obligation de consulter les peuples autochtones dans les systèmes juridiques internes

La question de la mise en œuvre en droits nationaux de l'obligation de consulter et du consentement préalable, libre et éclairé reste un des défis majeurs du droit. En effet, ce consentement est interprété de manière plus ou moins étroite dans les droits nationaux, « de manière à en minimiser l'impact sur leur régime juridique interne »³³⁴. Par exemple, dans le cas de la Suède, certains auteurs parlent même d'une forme « d'hypocrisie organisée »³³⁵ face à la contradiction apparente entre l'adhésion symboliques aux normes internationales et l'interprétation restrictive qui en est faite par la suite dans le droit interne.

Les recherches menées dans le cadre du présent rapport ont mis en lumière un bilan mitigé du respect et de la mise en œuvre de l'obligation de consulter les peuples autochtones concernés. Une graduation d'une telle mise en œuvre peut être distinguée en passant les ordres juridiques où elle demeure contrastée (**Section 1**), l'ordre juridique canadien qui se distingue par une mise en œuvre plus aboutie mais qui demeure malgré tout inachevée (**Section 2**) et les ordres juridiques où elle reste embryonnaire (**Section 3**).

Section 1

Le droit à la consultation et sa mise en œuvre contrastée dans les Etats d'Amérique du Sud

La majorité des Etats latino-américains³³⁶ reconnaissent, sous l'influence de la Convention n°169 de l'OIT majoritairement ratifiée pas ces derniers et la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le droit au profit des autochtones d'être consulté avant tout projet ou décision susceptible de porter atteinte à leurs droits collectifs, à leurs terres, territoires et ressources.

³³⁴ M. Papillon, Th. Rodon, « Introduction. Le Consentement préalable, libre et éclairé : entre cooptation et réappropriation », in M. Papillon, Th. Rodon (dir.), *Peuples autochtones et ressources naturelles. Regards croisés sur les défis de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé*, L'Harmattan, 2023, p. 17.

³³⁵ U. Mörkenstam, « Organised hypocrisy ? The implementation of the international indigenous rights regime in Sweden », *The International Journal of Human Rights*, 23(10), 2019, pp. 1718-1741.

³³⁶ Z. Bremond, « Les garanties juridiques des droits environnementaux en Amérique latine. Source d'inspiration pour le droit français de l'environnement ? », *Cahiers de l'Amazonie*, n°1, 2023, pp. 29-62.

Plus de 500 peuples et communautés autochtones différentes sont présents dans les différents pays d'Amérique latine et des Caraïbes dont elles représentent plus de 8,5 % de la population de la région, tout en sachant que ces populations représentent 30 % des personnes vivant dans l'extrême pauvreté sur le même territoire³³⁷.

En Amérique du Sud, la prise en compte par le droit du statut particulier des peuples autochtones s'est d'abord développée dans le cadre du droit international qui a pu, par la suite, influencer le droit constitutionnel de certains Etats.

De manière générale, le droit interaméricain des droits de l'homme a joué un rôle crucial de relai du droit international public pour faire pression sur les Etats afin de mieux prendre en compte les droits des peuples autochtones³³⁸. D'ailleurs, la majorité des recours intentés en Amérique du Sud par des peuples autochtones l'ont été sur le fondement du non-respect des obligations liées à la ratification de la Convention n° 169 de l'OIT³³⁹.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a accompagné ce processus de reconnaissance des droits des peuples autochtones, à l'image de sa décision *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay* dans laquelle elle a affirmé que « lorsqu'elle analyse la portée de l'article 21 cité de la Convention, la Cour juge utile et approprié d'utiliser d'autres traités internationaux que la Convention américaine, comme la Convention n° 169 de l'OIT, pour interpréter ses dispositions conformément à l'évolution du système interaméricain, en tenant compte du développement du droit international des droits de l'homme dans ce domaine »³⁴⁰.

Ces évolutions internationales ont été confirmées par l'adoption, le 13 septembre 2007, de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones³⁴¹ et par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui protège notamment le droit à l'intégrité culturelle, le droit à l'égalité et à la non-discrimination, le droit à l'autonomie, le droit à la terre,

³³⁷ Servicio de Género, Igualdad y Diversidad & OITSIDA Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad Organización Internacional del Trabajo *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, 2019, 156 p.

³³⁸ O. Courtemanche, « Conséquences juridiques et sociales des revendications foncières autochtones : regards sur le droit interaméricain », *Droit et société*, 88 (3), 2014, pp. 667-688.

³³⁹ Quinze Etats latino-américains ont ratifié cette Convention.

³⁴⁰ CourIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sen. n° 125 (2005), Série C, 17 juin 2005, § 127.

³⁴¹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution 61/295 du 13 septembre 2007. Voir C. Charters, R. Stavenhagen, (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones. Génèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, IWGIA, 2013, 393 p.

au territoire et aux ressources naturelles et le droit à la consultation et au consentement préalable, libre et informée. Ces deux derniers droits revêtissent une importance particulière dans la perspective de la protection de l'environnement.

La Convention n°169 de l'OIT reconnaît pour la première fois les droits collectifs des peuples autochtones, tandis que la Déclaration des Nations Unies reconnaît leur droit à l'autodétermination. Ce droit reconnu aux peuples autochtones, sur un plan d'égalité avec les autres peuples, est rédigé en des termes similaires aux articles premiers des deux pactes internationaux de 1966.

Dans les Etats qui ont ratifié ces deux textes, le droit des peuples autochtones doit, *a minima*, assurer une protection qui s'articule autour de cinq dimensions : le droit à la non-discrimination ; le droit au développement et au bien-être social ; le droit à l'intégrité et à l'identité culturelle ; le droit de propriété, d'accès, d'utilisation et de contrôle des terres, territoires et ressources naturelles ; et le droit à la participation politique, à la consultation et au consentement libre, préalable et éclairé.

Les préoccupations environnementales associées aux revendications des peuples autochtones s'articulent essentiellement autour du droit à la terre et du droit à la consultation et au consentement préalable en cas de projets susceptibles d'affecter l'environnement. Ces deux droits sont profondément imbriqués, le second participant de manière éminente à la protection du premier³⁴².

L'étude des expériences juridiques péruvienne, équatorienne et bolivienne permet de souligner la mise en œuvre contrastée de l'obligation de consulter les peuples autochtones. Elle permet de dégager trois tendances : une régression au Pérou (§1), un renforcement en Équateur (§2) et une mise en œuvre limitée en Bolivie (§3).

§1. Une régression dans la mise en œuvre au Pérou

La Constitution politique de Pérou ne reconnaît explicitement, ni le droit à la consultation des peuples autochtones, ni le droit au consentement préalable, libre et éclairé. Malgré cette

³⁴² M. Gómez, « Derecho Indígena al territorio y a la consulta : el caso yaqui en México », *e-cadernos CES, Etnicidad, territorio y pueblos indígenas : paradojas y desafíos de las políticas neoliberales*, vol. 28, 2017, (<http://journals.openedition.org/eces/2511>).

absence dans la constitution, ce droit a fait l'objet d'une consécration législative et d'une reconnaissance dans la jurisprudence constitutionnelle grâce à l'incorporation de la Convention n°169 de l'OIT dans le bloc de constitutionnalité.

Plusieurs lois ont été identifiées au Pérou qui visent à encadrer le droit à la consultation des peuples autochtones. Parmi ces nombreuses lois³⁴³, il y a la loi-cadre sur le droit à la consultation et au consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones du 6 septembre 2011³⁴⁴. Cette loi, considérée comme « la première du genre en Amérique latine »³⁴⁵ s'inspire de la Convention 169, ratifiée par le Pérou en 1994. Toutefois, la loi est davantage axée sur le droit à la consultation plutôt que sur le droit au consentement comme le confirme le texte réglementaire pris en application de cette loi³⁴⁶. Il précise que : « 7.1 Les titulaires du droit à la consultation sont les peuples autochtones dont les droits collectifs peuvent être directement affectés par une mesure législative ou administrative. 7.2 Les titulaires du droit à la consultation sont les peuples autochtones de la zone géographique dans laquelle la mesure serait mise en œuvre ou qui sont directement concernés par celle-ci. La consultation se fait par l'intermédiaire de leurs organisations représentatives. À cette fin, les peuples autochtones désignent leurs représentants conformément à leurs propres usages, coutumes et normes ». En effet, les peuples autochtones n'ont le droit de donner leur consentement que lorsque l'Etat cherche à les déplacer vers d'autres territoires ou tente d'entreposer des matières dangereuses sur leurs terres. Dans les autres cas, l'Etat peut se limiter à les consulter et en cas de désaccord, c'est l'Etat qui décide de manière unilatérale de la suite à donner au projet.

Par ailleurs, le texte réglementaire pris en application de la loi de 2011 exclut du champ d'application de la procédure de consultation les projets d'infrastructures prévus dans les domaines de la santé, de l'éducation et plus généralement ceux liés aux « services publics »³⁴⁷.

³⁴³ Par ex., Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional del Ambiente al 2030 (No. 023-2021-MINAM) ; Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático du 31 déc. 2019. Ley Marco sobre el Cambio Climático (ley No. 30754 de 2018) du 18 avril 2018, Ley General de Ambiente (Ley No. 28.611) du 13 oct. 2005, Ley n° 28216 de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas du 7 avril 2004 etc.

³⁴⁴ Ley n°29785 de *Consulta Previa*.

³⁴⁵ R. Merino, « Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et les limites de la consultation préalable au Pérou », in Th. Rodon, *op. cit.*, p. 116.

³⁴⁶ Règlement de la loi 29785, Loi sur le droit de consultation préalable des peuples autochtones reconnu par la Convention n° 169 de l'OIT, approuvé par le décret suprême n° 001-2012-MC, 3 avril 2012 (*Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios*).

³⁴⁷ *Ibid.*, voir la dernière partie du Règlement intitulé « Dispositions complémentaires, transitoires et finales », le paragraphe 15.

À côté de cette loi à caractère général, d'autres lois font référence au droit à la consultation des peuples autochtones, tel est le cas de la loi sur la protection des peuples autochtones et originaires en situation d'isolement volontaire³⁴⁸, la loi générale sur l'environnement³⁴⁹. En outre, le règlement adopté en application de la loi sur les aires naturelles protégées précise la nécessité de consulter les peuples autochtones lors de leur création³⁵⁰.

La mise en place de la procédure de consultation a comme objectif d'amorcer un dialogue entre l'Etat et les peuples autochtones sans faire intervenir les entreprises. Ce dialogue est dirigé par le gouvernement s'il s'agit d'une loi ou une collectivité locale qui a élaboré une norme administrative susceptible de porter atteinte aux droits collectifs des peuples autochtones. Tout le processus de consultation doit se dérouler sur une période maximale de cent vingt jours.

Même s'il existe un cadre juridique pour engager une procédure de consultation des peuples autochtone, il reste ancré « dans un esprit de "colonialité" »³⁵¹ car les peuples autochtones n'ont pas la possibilité de s'opposer aux décisions prises par l'Etat.

En outre, le Tribunal constitutionnel péruvien dans un arrêt du 20 janvier 2022³⁵² refuse de reconnaître le droit à la consultation des peuples autochtones comme un droit fondamental. En l'espèce, un recours d'*amparo* avait été introduit par des représentants des communautés paysannes³⁵³ *Chila Chambilla* et *Chila Pucara* contre le ministère de l'énergie et des mines et l'Institut minier et métallurgique demandant l'annulation des concessions minières accordées en faveur d'une entreprise et empiétant sur les territoires de ces communautés. Ils alléguaient, entre autres, la violation de leur droit fondamental à la consultation préalable. Le recours d'*amparo* a été déclaré irrecevable dans le sens où, pour le Tribunal, le droit à la consultation

³⁴⁸ Loi n° 28736 du 24 avril 2006 (*Ley n° 28736 para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial*).

³⁴⁹ Loi n° 28611 de 2005 sur l'environnement, art. 72.

³⁵⁰ Art. 43 du Règlement de la Loi sur les aires naturelles protégées, approuvé par Décret suprême n° 038-2001AG.

³⁵¹ R. Merino, « Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones et les limites de la consultation préalable au Pérou », in Th. Rodon, *op. cit.*, p. 116.

³⁵² STC, n° 03066-2019-PA/TC.

³⁵³ Au Pérou, les « indiens andins » sont considérés comme appartenant à des « communautés paysannes », alignées donc sur un type de rapport à la terre pour recevoir un traitement juridique distinct de celui destiné aux « communautés natives », catégorie applicable aux « indiens amazoniens ». Comme le souligne Irène Bellier, une telle distinction « est problématique quand il s'agit d'appliquer les droits des peuples autochtones et de mettre en œuvre des politiques de consultation en vue d'obtenir le consentement libre, préalable et informé », I. Bellier, « La reconnaissance des peuples autochtones comme sujets du droit international. Enjeux contemporains de l'anthropologie politique en dialogue avec le droit », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, dossier : *Droit et anthropologie. Archéologie d'un savoir et enjeux contemporains*, 2019, p. 211.

préalable n'est pas reconnu par la Constitution politique et par conséquent, la protection d'un tel droit ne peut être réclamée par le biais de la procédure d'*amparo*.

Le Défenseur du peuple considère cet arrêt comme « une régression grave en matière de protection des droits des peuples autochtones » et comme « contraire à la Constitution politique, aux traités internationaux » et qui « s'écarte de manière injustifiée des standards précédemment fixés dans l'ensemble de sa jurisprudence »³⁵⁴. En effet, il ressort de la jurisprudence constante du Tribunal constitutionnel que les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ont une valeur constitutionnelle, comme c'est le cas de la Convention n°169³⁵⁵. En outre, le Tribunal constitutionnel avait jugé dans un arrêt de 2009 que la consultation préalable, libre, informée et culturellement appropriée est un droit fondamental. Une telle reconnaissance constitutionnelle a permis le développement normatif et réglementaire de la consultation préalable au Pérou, dans le cadre duquel près de 70 processus de consultation ont été mis en œuvre depuis 2011.

L'arrêt du Tribunal constitutionnel péruvien de 2022 s'inscrit plus largement dans la cadre de la crise démocratique que cet Etat traverse actuellement. La nomination des juges constitutionnels conservateurs et sans formation académique et juridique suffisantes en mai 2022 affaiblit le rôle du Tribunal constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux³⁵⁶.

§2. Une mise en œuvre renforcée en Equateur

La Constitution équatorienne de 2008, qualifiée par certains auteurs de « plus avancée au Monde »³⁵⁷ a été établie, comme en Bolivie, en réaction aux revendications portées par les peuples autochtones. Dans les deux cas, l'Etat s'est érigé comme agent de la décolonisation de

³⁵⁴ Defensoria del Pueblo, pronunciamiento n° 007/DP/2022 disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/03/Pronunciamiento-7-2022.pdf> (consulté le 1^{er} février 2024).

³⁵⁵ STC n° 0025-2005-PI/TC, 25 avril 2006, F. 33 ; STC n° 0022-2009-PI/TC, 9 juin 2010, F. 9.

³⁵⁶ Fédération internationale pour les droits humains, « Pérou : l'autoritarisme progresse, les droits régressent. Résumé », note d'information et d'analyse, juillet 2023, disponible à l'adresse suivante : https://www.fidh.org/IMG/pdf/pe_rou__l_autoritarisme_progresse_les_droits_re_gressent.pdf (consulté le 1^{er} février 2024).

³⁵⁷ L. Ferrajoli, « Garantismo y Derecho », Podium UEES, 2011 n° 20, p. 84, « Ecuador tiene seguramente la Constitución más avanzada del mundo ».

la société. À côté de nombreux droits reconnus au profit des Autochtones, la Constitution de l'Équateur leur garantit le droit collectif d'être consulté.

L'article 57, 17) de la Constitution de 2008 reconnaît le droit à la consultation pré-législative des peuples et communautés autochtones. Il dispose que :

« Les droits collectifs suivants sont reconnus et garantis aux communes, communautés, peuples et nationalités autochtones, conformément à la Constitution et aux pactes, conventions, déclarations et autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : (...) 17. D'être consultés avant l'adoption de toute mesure législative susceptible d'affecter l'un de leurs droits collectifs ».

Sur le fondement de ce droit constitutionnel, la Cour constitutionnelle équatorienne a jugé que la loi minière adoptée en 2009 était inapplicable dans les territoires des communautés, peuples et nationalités autochtones, au motif que ceux-ci n'ont pas été consultés préalablement à l'adoption des dispositions législatives en cause³⁵⁸. En l'espèce, la Cour n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité de la loi, mais elle a jugé que ladite loi ne peut s'appliquer sur les territoires autochtones qu'après consultation préalable de ceux qui y vivent. Finalement, pour les juges constitutionnels, le droit d'être consulté avant l'adoption de la mesure législative doit être interprété comme un droit à être consulté avant l'application de la loi.

Dans une décision plus récente, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de préciser les contours du droit constitutionnel d'être consulté. Il s'agit de la décision du 12 janvier 2022³⁵⁹. En l'espèce, plusieurs personnes physiques ont introduit en leur nom propre et en tant que représentants des communautés autochtones, une action publique d'inconstitutionnalité contre la loi organique sur les ressources en eau et contre son règlement. La Cour constitutionnelle a conclu à l'inconstitutionnalité du règlement et de la loi organique, en vigueur depuis 2014 sur le fondement de la méconnaissance du droit constitutionnel à être consulté des peuples autochtones. La Cour considère, en l'espèce, qu'il n'y a pas eu de consultation exhaustive des peuples autochtones « étant donné que l'eau est une ressource naturelle qui, de manière évidente, se trouve dans les territoires autochtones ».

³⁵⁸ Cour constitutionnelle équatorienne, décision du 18 mars 2010, n° 001-10-SIN-CC.

³⁵⁹ Sentencia n° 45-15-IN/22.

Par ailleurs, comme le précise la Cour, il résulte des éléments de l'affaire que la consultation pré-législative a été menée très rapidement (20 jours) et que les audiences provinciales ont eu lieu dans les capitales provinciales, ce qui a eu des répercussions en termes de participation, puisque des personnes vivant dans des centres urbains et n'appartenant pas aux communautés concernées ont participé.

Pour la Cour constitutionnelle, la consultation n'a pas été menée de bonne foi dans l'intention de parvenir à des accords, qu'elle n'était pas culturellement appropriée puisqu'elle n'a pas été entièrement traduite, et qu'il y a eu divers problèmes de participation de la part des communautés autochtones, puisque bien que 1500 communautés aient été enregistrées, seules 900 communautés ont finalement reçu un procès-verbal dans le cadre de la procédure de consultation.

À côté de la consultation pré-législative, la Constitution équatorienne prévoit également une consultation préalable à toute opération d'extraction, l'article 57, 7) garantie « la consultation préalable, libre et informée dans un délai raisonnable des plans et programmes de prospection, d'exploitation et de commercialisation des ressources non renouvelables qui se trouvent sur leurs terres et qui peuvent les affecter sur le plan environnemental ou culturel (...) »³⁶⁰. En s'appuyant sur les recommandations de l'OIT, ce droit a été définie par la Cour constitutionnelle comme un droit collectif, qui n'est pas garanti lorsque seulement quelques individus sont consultés. Il doit s'exercer préalablement à chaque activité minière, de manière publique avec la transmission aux Autochtones des informations nécessaires pour se prononcer, dans une langue qu'ils peuvent comprendre.

Par ailleurs, « la consultation doit être un processus systématique de négociation qui implique un véritable dialogue avec les représentants légitimes des parties »³⁶¹, qui « doit toujours respecter aussi bien les processus internes que les us et coutumes pour la prise de décision des différents peuples consultés »³⁶². Toutefois, les juges constitutionnels précisent que la consultation « n'est pas obligatoire pour l'Etat et ses institutions », bien que « l'opinion des peuples consultés a une connotation juridique spéciale ». Mais, elle ne doit pas aboutir à

³⁶⁰ Constitution équatorienne du 20 octobre 2008, article 57 § 7.

³⁶¹ Cour constitutionnelle équatorienne, décision du 18 mars 2010, n° 001-10-SIN-CC. Santiago Machuca Lozano, « Análisis de la sentencia n° 001-10-SIN-CC. Casos n.o 0008-09-IN y 0011-09- IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores », *Revue équatorienne de droit*, 2014/1, n°21, p. 136.

³⁶² *Ibid.*

« l'imposition de la volonté des peuples autochtones à l'Etat »³⁶³. Par voie de conséquence, les peuples autochtones ne disposent pas d'un droit de décision, mais d'un simple droit de consultation. Cependant, ce droit est assorti de garanties : les autochtones doivent avoir été informés, la consultation doit avoir lieu dans un délai raisonnable, une participation aux bénéfices et une indemnisation des préjudices subis sont prévues et même si le consentement n'est pas indispensable cela implique que les pouvoirs publics mettent en œuvre des procédures juridiquement plus contraignantes³⁶⁴.

Dans une décision du 9 novembre 2023³⁶⁵, la Cour constitutionnelle d'Équateur a eu l'occasion de se prononcer sur le droit à la consultation en matière environnementale. La Cour a été saisie d'un recours public d'inconstitutionnalité contre un décret qui modifiait le « Code organique de l'environnement » et qui portait sur le principe de participation et la consultation environnementale. Le texte réglementaire contesté a été jugé contraire à la Constitution car il méconnaissant le principe du domaine de la loi. Pour les juges constitutionnels, le domaine de la consultation dans le domaine environnemental relève de la compétence du législateur et non pas du pouvoir réglementaire.

En outre, la Cour constitutionnelle s'est également prononcée sur la question de savoir si le décret contesté méconnaissait le droit à une consultation préalable, libre et éclairée des peuples autochtones dans le sens où ce droit était inclus dans le cadre de la consultation environnementale. Pour répondre à cette question, la Cour constitutionnelle d'Équateur s'est appuyée sur sa décision rendue le 27 janvier 2022³⁶⁶, dans laquelle la cour a distingué le régime juridique de la consultation environnementale de celui relatif à la consultation préalable, libre et éclairé des peuples autochtones.

Pour la Cour, la consultation environnementale telle que prévue par le Code de l'environnement ne doit pas être confondue avec la consultation préalable, libre et éclairé des peuples autochtones. Plus généralement, la consultation environnementale est un droit de toute communauté, indépendamment de son identification ethnique. Comme le souligne la cour, si le processus d'application de la consultation environnementale aboutit à une opposition

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ A. Martin, « La reconnaissance des droits indigènes en Amérique latine », in A. Martin (dir.), *Les droits indigènes en Amérique latine*, L'Harmattan, 2015, p. 60.

³⁶⁵ Cour constitutionnelle équatorienne, décision du 9 novembre 2023, sentencia 51-23-IN/23.

³⁶⁶ Cour constitutionnelle de Bolivie, sentencia 273-19-JP/22.

majoritaire, le projet peut néanmoins être autorisé *via* une motivation suffisante, ce qui ne peut pas se produire si la consultation libre, préalable et informée est appliquée dans le cadre des projets de grande envergure où le consentement est nécessaire pour la mise en œuvre du projet. Une telle interprétation se fonde directement sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

La Cour constitutionnelle a également précisé dans cette décision que la consultation préalable est une obligation de l'Etat qui ne peut pas faire l'objet d'une délégation. Dans le cas d'activités privées nécessitant des licences, des enregistrements ou des permis environnementaux, l'autorité environnementale compétente sera chargée d'exiger la consultation préalable comme condition d'obtention de ces licences.

La Cour a jugé que l'obligation de mener une consultation préalable avec les peuples autochtones s'applique à toutes les activités qui ont un impact environnemental ou culturel ou à toute décision qui affecte l'exercice de leurs droits. Il ne s'agit pas seulement des plans ou des projets situés sur les terres des communautés ou des peuples autochtones, mais aussi de ceux qui, même s'ils ne se trouvent pas sur leurs terres, peuvent les affecter directement en termes environnementaux ou culturels parce qu'ils se trouvent dans leur sphère d'influence³⁶⁷.

En précisant les caractéristiques classiques de la consultation (préalable, libre et informée), les juges constitutionnels lui ajoutent le caractère flexible afin de tenir compte des intérêts en jeu³⁶⁸. Ainsi, pour ces derniers, dans la consultation préalable, les Etats ont un « devoir d'accommodement » qui leur impose de disposer d'une flexibilité suffisante pour pouvoir modifier la conception initiale du projet consulté, voire l'annuler, sur la base des résultats de la consultation par le biais d'un véritable dialogue interculturel. Dans le cas contraire, une consultation dans laquelle il n'y a pas de possibilité de modifier le programme initial dénote qu'il ne s'agit pas d'un véritable processus de dialogue régi par la bonne foi, mais d'une simple formalité qui vide le droit à la consultation préalable de son contenu.

Enfin, les juges constitutionnels équatoriens ont précisé les critères d'évaluation de l'opinion de la communauté autochtone³⁶⁹ : l'Etat doit prendre en considération le fait que, bien que le consentement des peuples autochtones ne soit pas requis à la fin de tous les processus de

³⁶⁷ § 205.4.

³⁶⁸ §§ 205.5 à 205.10.

³⁶⁹ § 205.11.

consultation, les préoccupations, demandes et propositions exprimées par les peuples ou communautés affectés doivent être prises en compte dans la conception finale du plan ou du projet consulté.

Ainsi, dans les cas où l'Etat opte pour la mise en œuvre d'un projet même en l'absence du consentement de la communauté autochtone, il doit respecter les obligations cumulatives suivantes :

- 1) indiquer expressément les raisons pour lesquelles il n'a pas été possible d'accommoder le projet ou de le modifier conformément aux préoccupations, demandes et propositions exprimées par les communautés qui seraient affectées, répondant ainsi à leur refus ;
- 2) indiquer expressément les raisons objectives, raisonnables et proportionnelles qui justifient la poursuite du projet malgré l'opposition majoritaire de la ou des communautés concernées ;
- 3) prendre des mesures concrètes qui garantissent le moindre impact possible sur la ou les communautés concernées.

Malgré les progrès manifestes de la protection des droits environnementaux des peuples autochtones en Amérique du Sud, l'étude de ces derniers laisse une impression contrastée. Si des efforts notables ont été produits, tant dans les textes internationaux, constitutionnels et ordinaires que dans leur interprétation, l'effectivité réelle de ces droits est plus relative. Ainsi, dans le contexte particulier où il se déploie, le droit à la consultation préalable ne devrait pas être seulement un instrument de participation mais bien une modalité d'exercice effectif de l'autonomie des peuples autochtones permettant l'articulation entre leur mode de vie et les impératifs étatiques fondés sur l'économie de marché. Le constat est similaire pour le droit à la terre qui n'a pas bénéficié d'une protection à la hauteur de ces potentialités et du droit d'accès à la justice. En effet, ce dernier souffre encore de trop nombreux obstacles juridiques et pratiques.

Si du point de vue du droit positif, la reconnaissance du droit de participation et du droit à la consultation des peuples autochtones a connu des développements très importants tant en droit international qu'en droit interne des Etats étudiés, la mise en œuvre de ces droits par les juges, par les Etats et les entreprises extractives plus directement concernées « demeure variable

et leur portée réelle reste incertaine »³⁷⁰. Les processus consultatifs mis en place par les Etats ont comme effet plutôt à assurer la légitimité des décisions publiques portant atteinte à leurs terres, territoires et ressources naturelles et à convaincre les peuples autochtones du bien-fondé des projets de développement économique plutôt qu'à véritablement leur donner une voix.

§3. Une mise en œuvre limitée en Bolivie

En Bolivie, la Constitution de 2009 instaure l'avènement d'un Etat plurinational³⁷¹ et contient un catalogue très étendu de droits reconnus au profit des peuples et communautés originaires. Elle garantit le droit des nations et peuples premiers autochtones paysans à la consultation préalable, entendu comme un mécanisme constitutionnel de démocratie directe et participative³⁷². En effet, l'art. 30, II, 15) de la Constitution dispose que : « *II. Dans le cadre de l'unité de l'Etat et conformément à la présente Constitution, les nations et les peuples autochtones et paysans jouissent des droits suivants : 15. Être consultés par des procédures appropriées et notamment par l'intermédiaire de leurs institutions, chaque fois que sont envisagées des mesures législatives ou administratives susceptibles de les affecter. Dans ce cadre, le droit à la consultation préalable et obligatoire, menée par l'Etat de bonne foi et en accord, concernant l'exploitation des ressources naturelles non renouvelables sur le territoire qu'ils habitent, est respecté et garanti* ».

Avant même l'adoption de la nouvelle constitution en 2009, le droit à la consultation a été intégré dans le système juridique bolivien avec la ratification de la Convention n° 169 de l'OIT en 1991³⁷³.

Dès 1997, le Tribunal constitutionnel de Bolivie s'est prononcé sur le caractère fondamental du droit à la consultation préalable des peuples autochtones³⁷⁴. Cette position a été

³⁷⁰ J. Leclair, M. Papillon, H. Forget, « Les protocoles de consultation autochtones au Canada. Un modèle de convergence des systèmes juridiques autochtones et étatiques ? », in M. Papillon, Th. Rodon (dir.), *Peuples autochtones et ressources naturelles. Regards croisés sur les défis de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé*, GITPA, l'Harmattan, 2023, p. 53.

³⁷¹ L'art. 1^{er} de la Constitution bolivienne de 2009 affirme que la Bolivie est définie comme « un Etat unitaire social de droit plurinational Communautaire, libre, indépendant, souverain, démocratique, interculturel, décentralisé et avec des autonomies ».

³⁷² Voir art. 30, 15), art. 352, art. 403, art. 11, II) de la Constitution bolivienne de 2009.

³⁷³ Loi 1.257, 11 juillet 1991 approuvant la Convention n° 169 de l'OIT.

³⁷⁴ Sentence SU-039 de 1997 ; Tribunal Constitutionnel Plurinational de la Bolivie, Sentencia n°0045/2006, 2 juin 2006, cf. <https://juristeca.com/bo/tcp/sentencias/2006/6/sentencia-constitucional-0045-2006>

confirmée dans la décision du 25 octobre 2010³⁷⁵ dans laquelle le juge constitutionnel a précisé que le droit à la consultation des peuples et communautés autochtones doit être mis en œuvre conformément aux articles 30-II-15, 352 et 403 de la Constitution mais également conformément à la Convention n° 169 de l'OIT et à la Déclaration des Nations unies sur les peuples autochtones de 2007 qui font partie du bloc de constitutionnalité de l'Etat plurinational de Bolivie. Dans cette perspective, la consultation doit être organisée de bonne foi et associer les institutions représentatives des peuples autochtones.

Toutefois, le Tribunal constitutionnel, dans sa décision 0300/2012 rendue le 18 juin 2012 a précisé les modalités d'application de ce type de consultations préalables³⁷⁶. Il a ainsi affirmé que « *le droit à la terre inhérent aux nations et peuples autochtones induit d'autres droits collectifs* » et implique que s'il « *existe un besoin d'exploitation d'une ressource naturelle non renouvelable ou la réalisation d'un projet, ou d'un méga-projet d'intérêt public, tel que la construction d'une centrale hydroélectrique ou d'une route à l'intérieur des territoires d'un ou plusieurs peuples autochtones, l'Etat a l'obligation d'organiser une consultation préalable à la réalisation du projet et, naturellement, avant le début des travaux sur le territoire autochtone* ».

Si cette jurisprudence paraît protectrice des droits des peuples autochtones, elle n'est pas exempte de reproches. En effet, du point de vue politique et pratique, rendre la consultation obligatoire avant le début des travaux sur le seul territoire autochtone paraît peu satisfaisant. La Cour constitutionnelle rend ainsi une interprétation personnelle des textes internationaux qui prévoient que la consultation doit être préalable à l'adoption du projet et non à sa mise en œuvre³⁷⁷.

Par ailleurs, le droit à la consultation des peuples autochtones a fait l'objet d'une consécration particulière dans le domaine des hydrocarbures avec l'adoption de la loi du 17 mai 2005³⁷⁸. Cette dernière pose un régime juridique très détaillé du droit à la consultation préalable des peuples autochtones en transposant directement celui posé par la Convention n°169. Ce

³⁷⁵ Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie, Sentencia n° 2.003/2010-R, 13 septembre 2010.

³⁷⁶ Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie, Sentencia n° 0300/2012, 18 juin 2012 (affaire TIPNIS).

³⁷⁷ L'article 19 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones prévoit que la consultation doit intervenir avant « l'adoption et la mise en œuvre des mesures » alors que la Cour évoque la consultation « avant l'adoption ou la mise en œuvre » de la procédure, ce qui est plus réducteur du point de vue de la procédure.

³⁷⁸ Loi sur les hydrocarbures n° 3058, 17 mai 2005.

régime a été précisé par le décret du 16 février 2007³⁷⁹. Il prévoit par exemple, les voies de consultation, les motifs de nullité du processus de consultation et de participation, les compensations et les indemnisations pouvant être octroyées aux Autochtones.

En outre, la loi n°26 du 30 juin 2010 relative au régime électoral reconnaît également le droit à la consultation préalable des peuples autochtones, entendu comme une manifestation spécifique du droit à la participation mais dont la portée juridique est très limitée. L'article 39 de la loi affirme que :« *La consultation préalable est un mécanisme constitutionnel de démocratie directe et représentative, convoqué par l'Etat plurinational de manière obligatoire avant la prise de décision concernant la mise en œuvre de projets, de travaux ou d'activités liés à l'exploration des ressources naturelles. La population doit participer de manière libre, préalable et informée* » ; en précisant que les conclusions « *ne sont pas contraignantes, mais doivent être prises en considération par les autorités et les représentants aux niveaux décisionnels appropriés* ». A côté de l'absence de force juridique contraignante des conclusions issues de la consultation, la même loi limite le champ d'application du droit à la consultation des peuples autochtones dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelle, car elle refuse de reconnaître un tel droit dans le cadre de l'élaboration, la mise en œuvre des plans, des programmes et des projets de développement.

Dans le domaine minier, la loi du 28 mai 2014 relative au secteur des mines et de la métallurgie³⁸⁰ consacre et garantit le droit à être consulté et dispose que l'Autorité juridictionnelle administrative minière est chargée de mener à bien la consultation préalable³⁸¹. Cependant, ce droit est garanti uniquement lors de la souscription des contrats administratifs miniers « susceptibles d'affecter directement » les droits collectifs des peuples autochtones³⁸². Contrairement aux dispositions de l'article 15 de la Convention n°169 et de l'article 32 de la Déclaration des Nations Unies de 2007, le droit d'être consulté ne s'applique pas dans le cadre de la prospection et l'exploration des ressources minérales.

³⁷⁹ Décret n° 29033, 16 février 2007, modifié, complété et étendu à plusieurs reprises. Il établit dispositions et procédures applicables au processus de consultation et de participation des peuples premiers autochtones et des communautés paysannes lorsque la mise en place d'activités liées aux hydrocarbures est envisagée sur leurs terres communautaires d'origine, leurs propriétés communales et les terres qu'ils occupent ou auxquelles ils ont accès.

³⁸⁰ Loi n° 535, art. 19, 207 et 209.

³⁸¹ Loi n° 535, art. 40, j).

³⁸² En 2015, le ministère des mines et de la métallurgie a adopté un texte réglementaire relatif à l'octroi et à l'extinction des droits miniers qui fixe le caractère obligatoire de la consultation préalable, définit la procédure spécifique applicable dans ce domaine et prévoit la possibilité de contester les actes administratifs pris dans le cadre de cette procédure (Arrêté ministériel 23/2015 du 30 janvier 2015).

Si les droits à la consultation et à la participation des peuples autochtones en matière environnementale ont fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle, leur concrétisation ne permet pas de garantir aux peuples autochtones une participation effective au processus décisionnel en matière environnementale.

En conclusion, dans les Etats d'Amérique du Sud, les textes juridiques faisant référence au droit à la consultation sont éparés, inadéquats et insuffisants. En effet, ils ne réglementent pas toutes les activités susceptibles d'affecter les peuples autochtones, comme dans le cas des lois sur l'exploitation minière, qui confondent consultation environnementale et processus de participation informative avec le droit à la consultation en vue de parvenir à un accord ou consentement préalable, libre et éclairé.

Plusieurs limites peuvent être identifiées concernant l'absence d'application du droit à la consultation :

1. la pauvreté et l'analphabétisme des peuples et communautés autochtones ;
2. l'absence de reconnaissance légale des peuples (notamment au Chili) et le processus lent, coûteux, bureaucratique et répétitif des titres fonciers autochtones ;
3. l'absence de démarcation des territoires autochtones ;
4. le manque de volonté politique de la part des gouvernements nationaux pour garantir le consentement préalable, libre et éclairé ; plus précisément si l'association des peuples autochtones à la prise de décision les concernant est généralement prévue dans les différents Etats, sa mise en œuvre est, en revanche, globalement insuffisante.
5. les politiques publiques de promotion intensive des investissements privés notamment dans les secteurs extractif et énergétique.

Section 2

Une mise en œuvre inachevée de l'obligation de consulter au Canada, le cas spécifique du Québec³⁸³

Au Canada, les peuples et individus autochtones sont disproportionnellement touchés par les impacts environnementaux des industries et des sites d'enfouissement³⁸⁴. Des lois, dont certaines sont reconnues pour leur caractère foncièrement racistes, comme la *Loi sur les Indiens*³⁸⁵, continuent de perpétuer des injustices et des inégalités, lesquelles se répercutent sur la qualité de l'environnement et sur la santé des Premières Nations, des Métis et des Inuits.

Le rapporteur spécial des Nations Unies sur les substances toxiques et droits de l'homme écrivait, d'ailleurs, en 2019 « *I observed a pervasive trend of inaction of the Canadian Government in the face of existing health threats from decades of historical and current environmental injustices and the cumulative impacts of toxic exposures by indigenous people* »³⁸⁶.

La nation Aamjiwnaang en Ontario, par exemple, doit composer avec plus de soixante usines polluantes à la frontière de sa terre de réserve, ce qui entraîne des impacts graves pour la santé et pour le mode de vie de ses citoyens. Cette « Chemical Valley » résulte de dizaines d'années d'inaction et de politiques discriminatoires à l'égard des premiers peuples. Plusieurs autres projets, comme ceux portant sur l'exploitation de sables bitumineux³⁸⁷ et de l'hydroélectricité³⁸⁸, sont fréquemment dénoncés comme ne prenant pas en compte les réalités et les besoins des premiers peuples. Les communautés autochtones seraient ainsi des

³⁸³ Partie rédigée par Geneviève Motard. L'auteure remercie Arthur Magner, étudiant au baccalauréat en droit de l'Université Laval et auxiliaire de recherche, pour son travail de recherche.

³⁸⁴ I. Waldron, « Le racisme environnemental au Canada », *IdéesLab de la Commission canadienne pour l'UNESCO*, Ottawa, Canada, juillet 2020, p. 8.

³⁸⁵ LRC 1985, c I-5.

³⁸⁶ « End-of-visit statement by the United Nations Special Rapporteur on toxics and human rights, Baskut Tuncak on his visit to Canada, 24 May to 6 June 2019 », en ligne: *OHCHR* <<https://www.ohchr.org/en/statements/2019/06/end-visit-statement-united-nations-special-rapporteur-toxics-and-human-rights>>.

³⁸⁷ I. Waldron, *précit*.

³⁸⁸ Terry Roberts · CBC News ·, « ANALYSIS | Muskrat Falls: A story of unchecked oilmen and their boondoggle hydro project | CBC News », (19 avril 2019), en ligne: *CBC* <<https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/muskrat-boondoggle-reasons-1.5088786>>.

« communautés de justice environnementale » du fait qu'elles seraient généralement affectées par la pollution et les changements climatiques de manière disproportionnée³⁸⁹.

Le Canada est une fédération. Ses institutions gouvernementales et son droit public s'inspirent du modèle britannique (ex. : organisation des sources de droit, modèle constitutionnel, monarchie constitutionnelle, démocratie parlementaire). Il découle du principe fédératif que l'État fédéral et les entités fédérées, les provinces, ont un statut égal en droit et qu'ils sont régis par un partage des compétences législatives et exécutives. La fonction judiciaire est, quant à elle, généralement intégrée dans une même hiérarchie (sauf exception). Le contrôle judiciaire – révision des actes de l'administration et contrôle de constitutionnalité – est réalisé par les instances judiciaires dans le cadre des litiges ordinaires (par voie d'action ou d'exception ; le contrôle judiciaire « a priori » est autorisé de manière limitée) et non, sauf exception prévue par la loi, par des tribunaux spécialisés.

La compétence de légiférer en matière environnementale est divisée entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales³⁹⁰. Cette répartition découle d'une interprétation jurisprudentielle de la Constitution et non d'une mention explicite dans le texte constitutionnel. Ce sont, par exemple, les compétences en matière criminelle ainsi qu'en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Parlement fédéral et la compétence en matière d'affaires locales et internes des législatures provinciales qui fondent les pouvoirs respectifs des différents parlements et législatures. Au Québec, la présence d'un système mixte (droit civil/*common law*), lequel est issu d'une double *colonisation d'établissement*, ajoute à la complexité d'une étude sur la justice environnementale.

Onze nations autochtones³⁹¹, avec des histoires, des cultures et des réalités parfois extrêmement différentes, partagent le territoire Québécois. Certaines nations, comme les Wendats, dont la communauté (Wendake) et les terres ancestrales (le niowienstsiio) sont situées en bordure de la capitale québécoise et dans la région au nord de la ville de Québec, font face à des réalités et à des enjeux très différents d'autres communautés situées plus au nord, comme

³⁸⁹ Elizabeth Ann Kronk Warner & Randall S Abate, « International and Domestic Law Dimensions of Climate Justice for Arctic Indigenous Peoples » (2014) 43 *Rev Générale Droit* 113-150, p. 7.

³⁹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 (R-U), art. 91 et 92.

³⁹¹ D. Gaudreault, *Amérindiens et Inuits - Portrait des nations autochtones du Québec [Secrétariat aux affaires autochtones ; rédaction [...]]*, Ministère du conseil exécutif Direction des communications, dir, Québec, 2009. Les onze nations autochtones sont les Anishinabeg (Algonquins), les Atikamekw Nehirowisiwok (Attikameks), les Eeyou et Eenu (Cris) les Hurons-Wendats, les Innus, les Inuits, les Kanien'kehá:ka (Mohawks), les Mi'gmaq, les Naskapis, les W8banakiak (Abénaquis) et les Wolastoqiyik (Malécites).

en Jamésie / Eeyou Istchee. De plus, les différentes nations évoluent, dans leurs rapports avec l'État, sous des régimes juridiques parfois communs, mais parfois aussi fort différents. Ainsi, des onze nations autochtones reconnues du Québec, trois ont conclu des accords de règlement de revendications territoriales globales avec les autorités canadiennes et québécoises (Cris / Eeyou, Inuit et Naskapis). Ces accords, signés en 1975 et 1978, font sortir ces trois nations du cadre législatif de la *Loi sur les Indiens* et viennent créer un régime particulier en matière environnementale.

La reconnaissance juridique des peuples autochtones au Canada a amené la Cour Suprême à dégager les obligations constitutionnelles de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones (§1). Ces obligations ont fait l'objet d'une incorporation dans la législation québécoise (§2). Toutefois, face à l'interprétation restrictive de la portée de ces obligations, les Autochtones ont développé des stratégies juridiques visant à faire valoir leur propre interprétation du CPLE (§3).

§1. Les obligations constitutionnelles de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones

Au Canada, les droits existants, ancestraux et issus de traités, des peuples autochtones sont protégés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle 1982 et leur caractère supralégislatif est garanti par l'article 52 de la même loi.

L'article 35 de la Loi constitutionnelle 1982 (ci-après LC 1982) prévoit :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés

(2) Dans la présente loi, peuples autochtones du Canada s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

La *common law* constitutionnelle, interprétant l'article 35 de la LC 1982, a mené à l'élaboration de normes jurisprudentielles se rapportant au droit au consentement, au droit à la consultation ou encore au droit à la participation. La jurisprudence du plus haut tribunal

canadien reconnaît également des droits fonciers et des droits à la pratique d'activités liées au mode de vie traditionnel.

Depuis l'enchâssement des droits ancestraux et issus de traités dans la Constitution du Canada, un nombre important de décisions de la Cour suprême du Canada a défini les modalités de l'obligation de la Couronne (soit, de manière générale, les gouvernements fédéral et provinciaux et leurs mandataires) de consulter les peuples autochtones. Cette obligation de nature constitutionnelle s'impose ainsi aux autorités de nature gouvernementale, mais non aux tiers (entreprises, individus) ni aux Parlement fédéral et législatures provinciales³⁹². Le gouvernement peut déléguer certains aspects procéduraux des consultations. Toutefois : « (...) bien que la Couronne puisse s'en remettre aux mesures prises par un organisme de réglementation pour satisfaire, en tout ou en partie, à son obligation de consulter et, lorsque cela se justifie, à son obligation d'accommoder, c'est toujours à elle qu'incombe la responsabilité ultime de veiller au caractère adéquat de la consultation »³⁹³.

L'obligation découle d'un principe constitutionnel non écrit, soit le principe de l'*honneur de la Couronne*. Ce principe oblige la Couronne à agir, dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, honorablement³⁹⁴. En clair, il s'agit de la matrice de la jurisprudence constitutionnelle au Canada. Le principe s'applique, dès lors, sous plusieurs formes et couvre diverses situations³⁹⁵.

L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones naît à la suite de l'adoption d'une mesure gouvernementale susceptible de porter atteinte à un droit existant ou revendiqué³⁹⁶. En clair, le gouvernement doit non seulement consulter les peuples autochtones dont les droits sont reconnus et établis, mais aussi ceux dont les droits sont en processus de reconnaissance judiciaire ou politique³⁹⁷. La portée de la consultation varie suivant différents paramètres (ex. : force de la preuve du droit revendiqué, nature des impacts

³⁹² *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, § 27.

³⁹³ *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, § 22.

³⁹⁴ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, § 18-19.

³⁹⁵ Voir par exemple : *R. c Sparrow*, 1990 1 RCS 1075.

³⁹⁶ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, § 35.

³⁹⁷ *Rio Tinto Alcan Inc. c Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 CSC 43, § 31 : L'arrêt Carrier Sekani confirme le test en trois étapes : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

préjudiciables de la mesure gouvernementale envisagée)³⁹⁸. La Cour affirme ainsi que : « [d]ans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone »³⁹⁹.

Les tribunaux concluent qu'indépendamment de la portée des consultations, la Couronne se doit d'agir de bonne foi, en respectant le principe constitutionnel de l'honneur de la couronne. Cette exigence de bonne foi fait partie intégrante des obligations du gouvernement à l'égard des peuples autochtones. Cette exigence, peut entraîner l'obligation d'accommoder les peuples autochtones, par exemple en modifiant la mesure initialement prévue⁴⁰⁰ : « l'obligation d'accommodement pourrait exiger l'adoption de mesures pour éviter un préjudice irréparable ou pour réduire au minimum les conséquences de l'atteinte jusqu'au règlement définitif de la revendication [du droit] sous-jacente »⁴⁰¹.

L'interprétation des tribunaux permet difficilement d'asseoir un droit de veto. Les tribunaux n'affirment pas non plus que les autorités ont l'obligation de remplir toutes les demandes des groupes autochtones faites dans le cadre de ces processus de consultation. Le consentement aux mesures est d'ailleurs rarement requis. L'obligation de consulter serait plutôt un processus qui vise « une mise en balance des intérêts, des concessions mutuelles »⁴⁰².

Soulignons ici qu'en droit canadien, le consentement n'est – à ce jour – requis que dans le cadre de l'exercice d'un titre ancestral reconnu par un tribunal. Très difficile à prouver devant un tribunal, ce droit foncier, collectif, limité et inaliénable, comprend : « [l]e droit de contrôler

³⁹⁸ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, § 39.

³⁹⁹ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, 1997 3 RCS 1010, par. 168 cité dans *Nation Haïda c Colombie-Britannique*, § 24.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, § 47.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.* Pour deux affaires récentes montrant bien les difficultés découlant des enseignements des tribunaux canadiens en matière de consultation, voir les affaires *Clyde River (Hameau) c Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40 et *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.*, 2017 CSC 41. Ces deux affaires, rendues en 2017, permettent de constater le niveau de protection qu'offre l'obligation de consultation. Dans les deux affaires, les communautés qui allaient être affectées par un projet industriel ont contesté devant les tribunaux la validité des processus de consultation qui ont été menés. Dans *Clyde River*, lors des « consultations » menées par la pétrolière, les représentants de l'entreprise n'ont pas répondu aux questions sur l'impact des essais sur les animaux marins, n'ont fourni ces réponses que plusieurs mois plus tard dans un document de plusieurs milliers de pages qui n'a pas été traduit en Inuktitut. La cour a donc annulé l'autorisation accordée par l'Office de l'Énergie (voir par exemple *Clyde River*, par. 47). Dans l'affaire *Thames*, par contre, les juges n'ont pas annulé la décision de l'Office national de l'Énergie, car de vraies consultations ont été menées, des fonds ont été alloués à la nation afin de leur permettre de participer efficacement au processus (*Chippewas of the Thames First Nation* § 18.).

la terre [ce qui] signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 »⁴⁰³.

Malgré tout, les processus de consultation demeurent souvent, selon de nombreux acteurs et experts, problématiques n'atteignant pas réellement les objectifs en matière de participation des premiers peuples aux processus décisionnels qui les concernent⁴⁰⁴. Cela étant dit, il demeure difficile de dresser un état des lieux exhaustif de l'efficacité réelle des consultations menées au Canada.

§2. L'incorporation des obligations constitutionnelles de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder dans la législation québécoise

Le cadre juridique québécois se rapportant à la gestion, l'accès ou l'aménagement du territoire permet de relever diverses mesures et initiatives contribuant à la justice environnementale⁴⁰⁵. Plusieurs d'entre elles peuvent être vues comme un agencement de normes pouvant servir à pallier et diminuer les inégalités environnementales qui touchent de manière disproportionnée les premiers peuples. Toutefois, de manière générale, le cadre législatif ne reprend simplement que les obligations constitutionnelles en matière de consultation étayées précédemment. À titre d'exemple, la *Loi sur les mines* prévoit à son article 2.1 : « *La présente loi doit s'interpréter de manière compatible avec l'obligation de consulter les communautés autochtones. Le gouvernement consulte les communautés autochtones de manière distincte, lorsque les circonstances le requièrent* ».

⁴⁰³ *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 442, § 76.

⁴⁰⁴ Voir notamment Michele-Lee Moore, Suzanne von der Porten & Heather Castleden, « Consultation is not consent: hydraulic fracturing and water governance on Indigenous lands in Canada » (2017) 4:1 WIREs Water e1180, à la p 7; Megan Youdelis, « “They could take you out for coffee and call it consultation!”: The colonial antipolitics of Indigenous consultation in Jasper National Park » (2016) 48:7 Environ Plan Econ Space 1374-1392, p. 1379 et p. 1383; Kaitlin Ritchie, « Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation » (2013) 46:2 UBC Law Rev 397-438, pp. 401-432.

⁴⁰⁵ Pour mieux comprendre le régime général d'exploitation et d'extraction des ressources au Québec, et notamment son rapport aux traditions juridiques autochtones, voir G. Motard, « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit », *Revue de droit McGill*, 2020, pp. 421- 465.

De plus, cette loi prévoit que le ministère doit élaborer une « politique de consultation des communautés autochtones propre au secteur minier » (art. 2.3).

Le préambule de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* prévoit la prise en compte des besoins et des valeurs des peuples autochtones dans le développement forestier québécois. Faisant écho au préambule, l'article 7 se lit comme suit : « *Le ministre doit consulter les communautés autochtones d'une manière distincte pour assurer une prise en compte de leurs intérêts, de leurs valeurs et de leurs besoins dans l'aménagement durable des forêts et la gestion du milieu forestier et les accommoder, s'il y a lieu* »⁴⁰⁶.

Une place est également prévue, pour la représentation des communautés autochtones, à la table locale de gestion, l'instance prévue par la loi en vue de consulter les populations concernées par les projets d'exploitation forestière : « *Le ministre ou l'organisme doit cependant s'assurer d'inviter à participer à la table les personnes ou les organismes concernés suivants ou leurs représentants : 1° les communautés autochtones, représentées par leur conseil de bande [...]* »⁴⁰⁷.

À plusieurs étapes de l'exploitation forestière, la consultation des communautés autochtones est exigée⁴⁰⁸. En pratique, cependant, il semble que l'effectivité de ces processus soit discutable. Le droit étatique est complété par des normes non étatiques. Les normes de certification de l'industrie forestière canadienne exigent, par exemple, le respect du consentement préalable, libre et éclairé⁴⁰⁹.

§3. Les stratégies de réappropriation du consentement préalable, libre et éclairé

Compte tenu des lacunes des processus d'évaluation environnementale étatique et des visions divergentes des acteurs sur la portée du consentement préalable, libre et éclairé, au Canada, certaines nations autochtones ont entrepris de se réapproprier les processus de consultation et d'évaluation environnementale, en parallèle à ceux de l'Etat et sur le fondement de leur droit à la consultation et à l'autodétermination.

⁴⁰⁶ Art. 7.

⁴⁰⁷ Art. 55.

⁴⁰⁸ Art. 7, 9, 57, 59, 224.

⁴⁰⁹ Forest Stewardship Council, "The FSC National Forest Stewardship Forest Stewardship Standard of Canada", (2020), à la p.22 (Principe 3), en ligne (pdf) : <https://connect.fsc.org/document-centre/documents/resource/223>.

Il s'agit de la mise en place de protocoles unilatéraux par des nations et communautés autochtones établissant les règles que doivent suivre les promoteurs et les autorités gouvernementales afin de les consulter sur un projet donné.

Ces protocoles sont élaborés soit de manière conjointe avec l'Etat ou directement avec les entreprises extractives soit de manière unilatérale par les autochtones. Ils s'inscrivent dans la perspective du pluralisme juridique et visent à « rendre visible » un ordre juridique coutumier propre à chaque peuple et communauté autochtones⁴¹⁰. L'objectif de ces protocoles est d'harmoniser au sein d'un même document les règles juridiques issues du droit positif et du droit coutumier.

Par ailleurs, même lorsque les protocoles de consultation sont élaborés de manière unilatérale par les peuples autochtones, ils n'ont pas toujours comme objectif de s'opposer à l'extraction et l'exploitation des ressources naturelles⁴¹¹. En effet, comme le montre l'exemple canadien, la possibilité de négocier des *Ententes sur les répercussions et les avantages* (ci-après ERA) indique clairement l'ouverture des peuples premiers au développement économique. Les protocoles de consultation « permettent d'exposer aux parties non autochtones les principes et les règles qui président à leur propre compréhension de ce que devrait être une consultation en bonne et due forme devant mener, le cas échéant, à l'expression de leur consentement préalable, libre et éclairé »⁴¹². Par le biais de ces protocoles de consultation, les peuples autochtones se sont approprié le langage juridique occidental pour protéger de manière effective leur droit de participation en matière environnementale.

Au Canada, dans le secteur extractif et énergétique, les ERA constituent à ce jour l'un des mécanismes les plus utilisés par les promoteurs et les nations autochtones afin de réguler les questions environnementales⁴¹³.

Ces ententes : « [...] ont essentiellement pour objet d'atténuer les répercussions des projets de développement minier sur les collectivités autochtones et leur environnement, d'instaurer

⁴¹⁰ J. Leclair, M. Papillon, H. Forget, « Les protocoles de consultation autochtones au Canada : un modèle de convergence des systèmes juridiques autochtones et étatiques ? » in M. Papillon, Th. Rodon (dir.), *Peuples autochtones et ressources naturelles. Regards croisés sur les défis de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé*, L'Harmattan, 2023, p. 56.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 67.

⁴¹² *Ibid.* p. 72.

⁴¹³ À ce sujet, voir le n° thématique sous la dir. de G. Motard de la revue *Cahiers de droit* intitulé « Négocier le territoire : les ententes sur les répercussions et les avantages », 2019.

des rapports formels entre les Autochtones et l'industrie et d'aménager la participation des Autochtones à l'économie des mines, notamment par la voie de programmes de formation, de garanties d'emplois, de préférences dans l'octroi des contrats et de compensations financières »⁴¹⁴.

Les ERA présentent des avantages indéniables, tant pour les entreprises que pour les communautés. Une ERA « favorise l'appui et l'approbation des populations locales et la participation et l'autonomie des populations locales » et permet aux populations de s'ingérer directement dans les processus décisionnels, ainsi que « d'exiger l'atténuation des impacts négatifs de l'extraction de ressources naturelles et d'en récolter des bénéfices économiques tangibles »⁴¹⁵. Elle prévoit généralement des mécanismes d'évaluation environnementale assurant la participation des nations signataires. En contrepartie, les promoteurs exigent des nations signataires diverses formes de renonciation, incluant souvent la renonciation à leur droit de participer aux processus de consultation étatique en matière environnementale. Les ERA ne font, par ailleurs, généralement pas l'objet du contentieux environnemental puisque des mécanismes de règlement des différends privés, confidentiels ou informels (ex. : médiation, arbitrage ou renégociation) sont prévus dans les ententes ou sont *de facto* utilisés. Ces ententes font aussi, en bout de ligne, assez peu de place aux traditions juridiques autochtones, dans la mesure où elles sont négociées en ayant recours, de manière dominante, aux cadres législatifs étatiques⁴¹⁶.

Ensuite, l'appropriation du consentement préalable, libre et éclairé peut également passer par le développement d'une politique minière autochtone comme c'est le cas des Cris d'Eeyou Istchee au Québec⁴¹⁷.

⁴¹⁴ S. Thériault, « Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », *Revue internationale de droit et politique du développement durable de L'Université McGill*, 2010, p. 242.

⁴¹⁵ M.-C. Prémont, « La justice négociée de l'énergie éolienne au Québec », *Cahiers de droit*, n°2, 2019, pp. 327-365, § 6.

⁴¹⁶ À ce sujet, voir G. Motard, « Les dimensions collectives des ententes sur les répercussions et les avantages : bémol sur le discours du contrat privé », *Cahiers de droit*, n°2, 2019, p. 395 et p. 427 ; G. Motard, « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois : territorialités en conflit », *R.D. McGill*, 2020, pp. 421-465, pp. 449-453.

⁴¹⁷ Cette politique affirme clairement que « *It is clear in our policy that no mining development will occur within Eeyou Istchee unless there are agreements with our communities. Those agreements will need to address a wide range of social, economic and environmental concerns on the part of our communities. Through these agreements we will ensure that mining development is in keeping with our traditional approach to sustainable development. Voir «Exploitation minière», en ligne : The Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) <<https://www.cngov.ca/fr/environnement/exploitation-miniere/>>.*

La politique minière autochtone a comme but d'établir des objectifs, des critères et un processus permettant de justifier le consentement ou le refus d'un projet minier. Il s'agit des mécanismes qui n'ont pas de force juridique en droit étatique, mais qui ont une force symbolique et une légitimité politique importante. Ainsi, dans une optique de pluralisme juridique, ils « *permettent de faire le pont entre les normes et systèmes de relations au territoire des populations visées, le droit étatique et le droit international. Cet ancrage multiple fait de cette stratégie d'appropriation un outil particulièrement efficace afin de traduire le consentement préalable, libre et éclairé, sinon en droit, du moins dans la pratique* »⁴¹⁸.

Enfin, compte tenu des lacunes des processus d'évaluation environnementale étatique et des visions divergentes des acteurs sur la portée du consentement préalable, libre et éclairé⁴¹⁹, certaines nations autochtones ont, au Canada, entrepris de se réappropriier les processus de consultation et d'évaluation environnementale, en parallèle à ceux de l'État et sur le fondement de leur droit au consentement préalable, libre et éclairé et à l'autodétermination⁴²⁰. C'est ainsi le cas des nations Squamish et Sepckeweck, en Colombie Britannique qui ont mis en place des procédures d'évaluation d'impact d'initiative communautaire⁴²¹. Une évaluation d'impact d'initiative communautaire est définie comme « un processus d'évaluation des impacts qui est complété avant toute approbation d'un projet et qui est conçu, dirigé et contrôlé par les autorités autochtones – suivant leurs propres termes et avec leur approbation »⁴²². Dans les deux cas,

⁴¹⁸ M. Papillon, Th. Rodon, « Le Consentement préalable, libre et éclairé : entre cooptation et réappropriation », in M. Papillon, Th. Rodon (dir.), *Peuples autochtones et ressources naturelles. Regards croisés sur les défis de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé*, L'Harmattan, 2023, p. 25.

⁴¹⁹ M. Papillon, Th. Rodon, « The Transformative Potential of Indigenous-Driven Approaches to Implementing Free, Prior and Informed Consent: Lessons from Two Canadian Cases », *Int J Minor Group Rights*, n°2, 2020, pp. 314-335, spéc. p. 320 « *Indigenous peoples consistently approach fpic as an extension of their right to self-determination. [...] Instead, governments tend to view fpic as a mechanism to ensure the perspectives of Indigenous peoples are taken into consideration in the decision-making process, not as a process for sharing that decision-making authority. [...] Both states and industry actors therefore privilege a more diluted version of fpic as a participatory right, which results in a procedural obligation to seek consent through what is often technical (and symbolic) consultation* ».

⁴²⁰ Voir M. Papillon, « De la consultation au pouvoir de décider : la contribution des processus d'évaluation d'impact d'initiative communautaire à la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé », in G. Motard, G. Nootens, (dir.), *Souverainetés et autodéterminations autochtones : Tiayorihó'ten'*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2022, pp. 129-146.

⁴²¹ M. Papillon, Th. Rodon, « The Transformative Potential of Indigenous-Driven Approaches to Implementing Free, Prior and Informed Consent : Lessons from Two Canadian Cases », *International Journal on Minority and Group Rights*, n° 2, 2020, p. 330.

⁴²² G. Gibson, D. Hoogeveen, A. MacDonald, *Impact Assessment in the Arctic : Emerging Practices of Indigenous-Led Review*, Gwich'in Council International, 2018, p. 10 cité par M. Papillon, « De la consultation au pouvoir de décider : la contribution des processus d'évaluation d'impact d'initiative Communautaire à la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé », in G. Motard, G. Nootens (dir.), *Souverainetés et autodéterminations autochtones : Tiayorihó'ten'*, Presses de l'Université Laval, 2022, pp. 129-146.

indépendamment de la valeur contraignante, pour les autorités étatiques, de ces évaluations, elles semblent bien avoir atteint leurs objectifs d'assurer la prise en compte de leurs perspectives, soit par les instances étatiques, soit par les promoteurs.

Cependant, ces évaluations sont relativement rares, « les ressources, le temps et l'expertise requis pour mener un processus crédible sont considérables et trop importants pour la plupart des nations autochtones »⁴²³. En pratique, ces évaluations font souvent l'objet d'un financement de la part du promoteur du projet⁴²⁴.

Section 3

Une mise en œuvre embryonnaire de l'obligation de consultation en Europe

§1. Une obligation reconnue, mais insuffisamment appliquée dans les ordres juridiques scandinaves

Les Sâmes sont un peuple autochtone transnational, présent dans quatre pays de l'Europe du Nord. Ils vivent dans les parties septentrionales de la Norvège, de la Suède et de la Finlande ainsi que dans la péninsule de Kola de la Fédération de Russie. Le nombre de Sâmes présents sur ces territoires est estimé à environ 100 000 personnes, dont entre 40 000 et 60 000 localisés en Norvège, entre 20 000 et 40 000 présents en Suède, environ 7 000 en Finlande et 2000 en Russie⁴²⁵. Cependant, dans le cadre de notre rapport, le champ de la recherche a été limité à l'étude des Etats scandinaves (la Norvège⁴²⁶, à la Suède et la Finlande).

⁴²³ M. Papillon, « De la consultation au pouvoir de décider : la contribution des processus d'évaluation d'impact d'initiative Communautaire à la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé », in G. Motard, G. Nootens (dir.), *Souverainetés et autodéterminations autochtones : Tiayoriho'ten'*, Presses de l'Université Laval, 2022, pp. 129-146.

⁴²⁴ M. Papillon, Th. Rodon, « The Transformative Potential of Indigenous-Driven Approaches to Implementing Free, Prior and Informed Consent : Lessons from Two Canadian Cases », *International Journal on Minority and Group Rights*, n° 2, 2020, pp. 314-335.

⁴²⁵ Données disponibles à l'adresse suivante : <https://www.hf.uio.no/imk/english/research/news-and-events/news/2021/indigenous-voices-are-marginalised-in-national-pol.html> (consulté le 1er février 2024).

⁴²⁶ Pour une approche historique du peuple sâmes et les revendications des droits en Norvège voir B. Melkevik, « Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons) », *Les Cahiers de Droit*, n° 1, 1991, pp. 33-57.

Le cadre juridique applicable aux Sâmes varie en fonction de l'Etat dans lequel ils vivent. Ainsi, « des divergences subsistent quant à la façon dont chacun de ces Etats prend en compte (ou non) le statut, les droits et les intérêts des Sâmes »⁴²⁷.

En effet, il n'existe pas de définition harmonisée du statut des Sâmes dans les pays nordiques et il peut être acquis différemment selon le pays de naissance. Cependant, les définitions adoptées dans les trois pays étudiés sont très similaires et reposent sur un critère subjectif lié à l'auto-identification en tant que Sâme et un critère objectif lié à la langue sâme. La combinaison de ces deux critères est également mentionnée dans le projet de Convention nordique sur les Sâmes, pour l'heure non signée par les trois Etats scandinaves⁴²⁸. Les deux critères précités visent à garantir que le Parlement sâme représente effectivement le peuple autochtone sâme. Autrement dit, le statut des Sâmes, tel que défini par les législations scandinaves, permet d'identifier les électeurs autorisés à s'inscrire sur les listes électorales pour élire le parlement sâme (*Samediggi*)⁴²⁹.

⁴²⁷ Voir B. Melkevik, « Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons) », *Les cahiers du droit* 1991, vol. 32, n° 1, p. 33 et s., ainsi que L. Elenius *et al.* (eds), *Indigenous Rights in Modern Landscapes: Nordic Conservation Regimes in Global*, Oxford, Routledge, 2017

⁴²⁸ L'article 4 du chapitre I du projet de convention nordique sur les Sâmes affirme que « La Convention s'applique aux personnes résidant en Finlande, en Norvège ou en Suède qui s'identifient comme Sâme et qui : 1. ont le sâme comme langue maternelle ou ont au moins un parent ou grand-parent qui a ou a eu le sâme comme langue maternelle, ou 2. ont le droit de pratiquer l'élevage de rennes sâmes en Norvège ou en Suède, ou 3. remplissent les conditions requises pour avoir le droit de voter aux élections au parlement sâme en Finlande, en Norvège ou en Suède, ou 4. sont les enfants d'une personne visée aux paragraphes 1, 2 ou 3 ». Le texte du projet de la convention est disponible en anglais à l'adresse suivante : <https://www.sametinget.se/105173> (consulté le 1er décembre 2023).

⁴²⁹ En Finlande, la question de l'inscription sur la liste des électeurs auprès du parlement sâme a fait l'objet d'un différend juridique portant sur l'interprétation de l'art. 3 de la loi sur le parlement sâme de 1995. Cet article précise qu'« un Sâme est une personne qui s'identifie en tant que Sâme et remplit les conditions suivantes : 1) elle a appris ou au moins l'un de ses parents ou grands-parents a appris le sâme en tant que langue première ; 2) elle descend d'une personne dont le nom figure sur un registre foncier, fiscal ou de population en tant que Lapon vivant de la montagne, de la forêt ou de la pêche ; et 3) l'un de ses parents au moins a été ou aurait pu être inscrit en tant qu'électeur pour une élection à la délégation Sâme ou au Parlement sâme ».

En l'espèce, 182 personnes auxquelles le droit d'être inscrites sur la liste des électeurs sâmes avait été refusé par le parlement sâme ont déposé un recours devant la Cour administrative suprême (recours prévu par la loi sur le parlement sâme). La Haute juridiction administrative avait rendu en septembre 2015 une série de décisions reconnaissant à 93 d'entre elles le droit d'être inscrites sur cette liste. Dans ces décisions, les juges ont donné plus de poids au critère subjectif de libre identification en tant que Sâmes, même si aucun des critères objectifs n'était rempli.

Des représentants du parlement sâme et de plusieurs communautés sâmes ont ensuite saisi le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui avait rendu son avis en février 2019 et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui avait rendu son avis en 2022. Les deux Comités avaient conclu que les décisions rendues par la Cour administrative suprême étaient susceptibles de modifier artificiellement l'électorat du parlement sâme et d'empêcher celui-ci de véritablement représenter le peuple sâme et ses intérêts. Voir le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, avis adopté par le Comité au titre de l'article 5(4) du Protocole facultatif, au sujet des communications n° 2668/2015 et n° 2950/2017, 1er février 2019, CCPR/C/124/D/2668/2015 ; voir le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, avis adopté par le Comité au titre de l'article 14 de la Convention, concernant la communication n° 59/2016, 22 avril 2022, CERD/C/106/D/59/2016. Afin de se conformer au droit

La protection des Sâmes a également été élevée au rang constitutionnel. Tout d'abord, la Constitution suédoise⁴³⁰, depuis la révision constitutionnelle de 2011, reconnaît l'existence du peuple autochtone sâme et exige de la part du gouvernement d'encourager les possibilités offertes au peuple Sâme de maintenir et de développer leur vie culturelle et sociale⁴³¹. Si la constitution reconnaît le droit des Sâmes à pratiquer l'élevage des rennes⁴³², sa portée juridique est limitée puisqu'il appartient à la loi de définir les conditions et les modalités de son application⁴³³. Ensuite, la Constitution finlandaise de 1999 reconnaît explicitement l'existence du peuple autochtone sâme ayant le droit de maintenir et de développer sa langue et sa culture⁴³⁴. Enfin, la Constitution norvégienne, depuis la révision constitutionnelle de 1988, reconnaît les Sâmes comme une groupe ethnique minoritaire et exige des « *autorités de l'État* » de « *créer des conditions permettant au groupe ethnique lapon [les Sâmes] de préserver et de développer sa langue, sa culture et son mode de vie* »⁴³⁵.

En effet, si la vie traditionnelle des Sâmes se base sur l'élevage de rennes, elle ne se réduit pas à cette activité⁴³⁶, puisque la pêche et la chasse font parties des pratiques traditionnelles des Sâmes. La sauvegarde de telles activités passe nécessairement par la protection de l'environnement naturel, protection qui est également une obligation constitutionnelle⁴³⁷. L'exploitation de troupeau de rennes et la pratique d'autres activités restent importantes pour

international relatif aux droits de l'homme, le parlement finlandais et le parlement sâme ont proposé une révision de la loi sur de 1995 pas encore adoptée.

⁴³⁰ La Constitution suédoise se compose de quatre lois fondamentales : l'Instrument de gouvernement (*Regeringsformen*) de 1974, la loi sur la liberté de la presse (*Tryckfrihetsförordningen*) de 1949, la loi sur la liberté d'expression (*Yttrandefrihetsgrundlag*) de 1991 et la loi sur les successions (*Successionsförordningen*) de 1810. Les principales dispositions régissant le fonctionnement de l'ordre constitutionnel suédois sont contenues dans *l'Instrument de gouvernement*, dont la configuration se rapproche le plus du modèle des constitutions contemporaines. *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, avec une introduction de M. Isberg, Le Parlement suédois, Stockholm, 2023, disponible à l'adresse suivante <https://www.riksdagen.se/globalassets/03.-dokument-och-lagar/bestall-och-ladda-ner/other-languages/grundlagar-2023-engelsk-web.pdf>

⁴³¹ Dernier alinéa de l'art. 2, chapitre 1 de la loi fondamentale dite « Instrument de gouvernement » de 1974.

⁴³² Il convient de mentionner que le droit des sâmes à pratiquer l'élevage des rennes est mentionné dans l'article 17 de la loi fondamentale de 1974 qui est relatif à la liberté du commerce.

⁴³³ Art. 17, chapitre 2, de la loi fondamentale dite « Instrument de gouvernement » de 1974.

⁴³⁴ Section 17, chapitre 2 de la Constitution finlandaise de 1999.

⁴³⁵ Art. 108 de la Constitution de 1814.

⁴³⁶ Par exemple, en Norvège et en Suède, l'élevage des rennes est pratiqué comme un moyen de subsistance nomade par environ 3000 personnes. Voir le témoignage d'Ellen Inga Turi, issue du peuple sâme et professeure agrégée à l'Université sâme des sciences appliquées, Comité permanent des ressources naturelles, Chambre des communes, 42^{ème} législature, Canada, 7 février 2019, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/RNNR/reunion-127/temoignages>

⁴³⁷ Art. 112 de la Constitution norvégienne de 1814 ; art. 2, chapitre 1 de la loi fondamentale suédoise de 1974 ; art. 20 de la Constitution finlandaise de 1999.

certaines minorités au sein de la population Sâmes. La cohabitation entre de tels « culture et mode de vie » traditionnels au sein d'une société qui porte beaucoup d'attention au développement économique à travers des politiques publiques favorisant l'exploitation des ressources hydroélectriques ou minières, le développement des axes de communications, du tourisme, etc., ne cesse de prêter à controverse⁴³⁸.

En Suède, en Norvège et en Finlande, les Sâmes, qui assurent leurs moyens de subsistance traditionnels d'élevage de rennes, de chasse et de pêche dans de vastes zones du nord, ont été confrontés, en particulier au cours de la dernière décennie, à une pression accrue exercée par d'autres utilisations des terres et des eaux (par exemple, les projets miniers, les projets de construction des parcs éoliens, la salmoniculture). Si la loi norvégienne sur les minéraux de 2009 intègre un certain niveau de protection des intérêts des Sâmes⁴³⁹, tel n'est pas le cas de la loi suédoise sur les minéraux de 1991⁴⁴⁰.

S'agissant du respect des obligations internationales de consultation et de la recherche du consentement préalable, libre et éclairé, elles sont garanties en Suède, en Norvège, en Finlande avec la création d'une institution indépendante appelé le parlement sâme (*Sámediggi*), dont les membres, sont élus par les Sâmes. Le parlement sâme a été institutionnalisé en Norvège en 1989⁴⁴¹, en Suède en 1993⁴⁴² et en Finlande en 1995⁴⁴³.

Il s'agit d'une institution indépendante qui exerce des fonctions consultatives auprès des autorités centrales pour toutes les questions pouvant affecter le peuple sâme. La création du parlement sâme n'a pas remis en cause le principe fondamental de l'égalité de traitement de tous les citoyens sans considération d'appartenance ethnique ou d'origine sociale. Elle a surtout

⁴³⁸ E. Smith, « Norvège », rapport national, table ronde Constitution et Environnement, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXXV-2019, p. 418.

⁴³⁹ Dans le cadre de l'objectif de la loi – promouvoir et assurer une gestion socialement responsable des minéraux conformément au développement durable, les intérêts des Sâmes font partie des intérêts mentionnés et doivent être spécifiquement pris en compte (art. 1^{er}).

⁴⁴⁰ SFS (1991) *Minerallagen* (Loi sur les mines) 1991:45. La loi exige des titulaires des permis d'exploration et des concessions d'exploitation des mines de réaliser une traduction en langue sâme de leurs plans de travail élaborés pour l'exercice de l'activité minière en cause. En outre, si les travaux d'exploration doivent être entrepris dans une zone utilisée pour l'élevage de rennes, un plan de travail valide doit également être envoyé au parlement sâme (Section 5, a, b, c du chapitre 3 de la loi). Pour un commentaire voir H.-Tarras-Wahlberg, J. Southalan, « Mining and indigenous rights in Sweden : what is at stake and the role for legislation », *Mineral Economics*, n° 35, 2022, pp. 239-252.

⁴⁴¹ Loi norvégienne relative aux Saamis (Loi n°56 du 12 juin 1987). Le chapitre 2 de la loi comporte des dispositions relatives au Parlement sâme.

⁴⁴² La loi suédoise relative à la création du Parlement sâme (*Sametingslag* 1992 :1433).

⁴⁴³ Loi finlandaise relative au Parlement sâme du 17 juillet 1995 (n° 974/1995)

eu comme but de reconnaître aux citoyens norvégiens, suédois et finlandais ayant des origines sâmes le droit d'agir en tant que groupe tout en ayant les mêmes droits et devoirs que les autres citoyens.

Parmi les Etats scandinaves étudiés, la Norvège dispose du cadre juridique le plus avancé en matière de concrétisation du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Cela s'explique en partie par le fait que la Norvège est le seul des trois pays étudiés à avoir ratifié la Convention n°169 de l'OIT en 1990. Cependant, la Norvège est un Etat dualiste, c'est-à-dire que les traités internationaux ratifiés doivent être incorporés dans le droit national par l'adoption d'une loi. S'agissant de la Convention n°169, c'est la loi dite sur le Finnmark du 17 juin 2005 qui a procédé à son incorporation dans le droit norvégien⁴⁴⁴. Cette loi est considérée comme un exemple pour les pays nordiques en matière de protection des droits des Sâmes à l'autodétermination et au contrôle des ressources naturelles⁴⁴⁵. Elle a instauré un système de cogestion des terres ancestrales du peuple sâme.

Anticipant de peu sur l'adoption de la loi en juin 2005, le parlement sâme avait signé avec le gouvernement au mois de mai de la même année un accord de consultation qui prévoyait des lignes directrices à respecter dans ce domaine⁴⁴⁶. Selon cet accord, le parlement sâme doit être consulté par l'Etat dès qu'une mesure législative ou administrative est susceptible de porter directement atteinte aux intérêts des Sâmes. Les consultations menées avec le parlement sâme doivent être entreprises de bonne foi dans le but de parvenir à un accord sur les mesures proposées. En outre, cet accord prévoit l'hypothèse de consulter également des communautés ou groupes sâmes spécifiques susceptibles d'être directement affectés par ce type de mesures. Dans ce cas, le processus de consultation doit être engagé directement avec ces groupes sous la coordination du parlement sâme. Toutefois, même dans le cas de la Norvège, le champ d'application de l'obligation de consulter le peuple sâme est limité dans l'espace. En effet, l'accord de 2005 précise que cette obligation s'applique seulement aux zones traditionnelles

⁴⁴⁴ Art. 3 de la loi n° 85 du 17 juin 2005 sur les relations juridiques et la gestion des terres et des ressources naturelles au Finnmark, disponible à l'adresse suivante : <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-06-17-85>

⁴⁴⁵ Comme le précise l'article premier de la loi, son objectif est de faciliter la gestion des terres et des ressources naturelles dans le comté du Finnmark dans une approche équilibrée et respectueuse de l'environnement pour le bénéfice de ses résidents, en particulier comme base pour la culture des Sâmes, en ce qui concerne l'agriculture, l'utilisation des terres non cultivées, l'activité commerciale et la vie sociale.

⁴⁴⁶ *Procedures for Consultations between the State Authorities and The Sami Parliament*, 11 mai 2005, disponible en anglais à l'adresse suivante : <https://www.regjeringen.no/en/topics/indigenous-peoples-and-minorities/Sami-people/midtpalte/PROCEDURES-FOR-CONSULTATIONS-BETWEEN-STA/id450743/>

sâmes expressément délimitées par l'Etat et au sein desquelles les Sâmes ont des droits exclusifs en matière d'utilisation et exploitation des ressources naturelles.

Quant à la Finlande, la loi relative au parlement sâme de 1995 détermine son fonctionnement et ses pouvoirs. Si elle ne fait pas référence explicitement au principe du consentement préalable, libre et éclairé, mais il peut être déduit de son article 9 qui exige des autorités publiques de négocier avec le parlement sâme dans certaines hypothèses⁴⁴⁷. Par conséquent, l'obligation de négociation avec le parlement sâme n'a pas une portée générale mais bien limitée à certains domaines. Par ailleurs, selon les lignes directrices de 2017, établies par le ministère de la Justice, en collaboration avec le parlement sâme, l'obligation de négociation doit être lue à la lumière des instruments internationaux en matière des droits de l'homme et des droits des peuples autochtones, en se référant spécifiquement aux exigences du consentement préalable, libre et éclairé⁴⁴⁸.

L'application du principe du consentement préalable, libre et éclairé en matière environnementale nécessite une adaptation des procédures environnementales afin de tenir compte des droits et intérêts des peuples autochtones. Tel est le cas dans les trois Etats scandinaves. En Suède, le Code de l'environnement de 1999, exige de la part des autorités publiques de concilier le développement des énergies renouvelables avec le respect des certains intérêts du peuple sâme, de leur culture et de leur mode de vie traditionnel.

Toutefois, l'obligation de protéger l'activité d'élevage des rennes diffère en intensité selon qu'il s'agit de protéger d'une part, les zones pour l'élevage des rennes désignées « d'intérêt national » et d'autre part, les zones « terrestres et aquatiques importantes pour l'élevage des rennes ». Pour le premier type de zones, le code de l'environnement pose une obligation

⁴⁴⁷ L'article 9 de la loi précise que : « *Cet article indique que : « Les autorités négocient avec le Parlement sâme toutes les mesures importantes susceptibles d'avoir une incidence directe et particulière sur le statut du peuple sâme en tant que peuple autochtone et qui concernent le territoire sâme en ce qu'elles relèvent des domaines ci-après : 1) L'aménagement local ; 2) La gestion, l'utilisation, la location et l'affectation des terres appartenant à l'Etat, ainsi que des conservatoires naturels et des zones de nature sauvage ; 3) Le traitement des demandes de licence aux fins de faire valoir des droits sur des concessions minières ou de déposer des brevets miniers ; 4) La modification des dispositions législatives ou administratives régissant les activités propres à la culture sâme ; 5) Le développement de l'enseignement du sâme, et en sâme, dans les écoles, ainsi que de l'emploi de cette langue par les services sanitaires et sociaux ; ou 6) Toute autre question relative à la langue et la culture sâmes ou au statut des Sâmes en tant que peuple autochtone. Pour s'acquitter de son obligation de négocier, l'autorité compétente dans chacun des domaines susmentionnés donne au Parlement sâme la possibilité d'être entendu et de débattre des questions qui le concernent. Le fait que le Parlement ne se prévale pas de cette possibilité n'empêche en aucune manière l'autorité concernée de trancher la question en cause ».*

⁴⁴⁸ Oikeusministeriön ja Saamelaiskäräjien muistio saamelaiskäräjälain 9 §:n neuvottelu-velvollisuudesta, OM 2/551/2017, 23 November 2017.

générale de protection contre toute atteinte significative, tandis que pour le second type de zones l'obligation de protection doit être respectée dans la mesure du possible⁴⁴⁹. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une zone est désignée simultanément comme étant d'intérêt national tant pour des projets d'énergie renouvelable que pour l'élevage de rennes, le code indique, selon une formulation vague, que la priorité doit être donnée aux objectifs les plus à même à promouvoir la gestion durable des terres⁴⁵⁰. Bien que la jurisprudence sur la conciliation de l'activité d'élevage de rennes avec les projets liés aux énergies renouvelables ne soit pas encore établie, une étude sur les décisions de justice⁴⁵¹ rendues depuis 2008 démontre que les juges ont rarement annulé des autorisations en raison des impacts des projets éoliens sur l'élevage de rennes⁴⁵².

En outre, si les législations relatives à l'octroi des autorisations pour l'énergie éolienne et d'autres activités industrielles reconnaissent le droit du public à être consulté, elles ne mettent pas suffisamment l'accent sur les droits du peuple sâme à participer au processus décisionnel⁴⁵³. En effet, elles ne mentionnent pas le droit des Sâmes à être consultés en tant que peuple autochtone et laissent une très large marge d'appréciation sur la manière d'organiser et de mettre en œuvre les consultations requises par ces législations⁴⁵⁴.

Si les ordres juridiques scandinaves reconnaissent l'existence du peuple sâme dans leurs constitutions et prévoient des mécanismes permettant de concrétiser le respect de l'obligation de consultation, la situation en France est bien plus complexe.

⁴⁴⁹ Section 5, chapitre 3 du Code de l'environnement suédois.

⁴⁵⁰ Section 10, chapitre 3 du Code de l'environnement suédois.

⁴⁵¹ À titre de contre-exemple, nous pouvons citer la décision *Ava* rendue par la Cour environnementale d'appel de 2018 relative à une demande d'autorisation pour un projet de construction de dix-neuf éoliennes dans le périmètre du *sameby* Vilhelmina Norra. En l'espèce, le juge avait annulé le permis de construire litigieux après avoir conclu que les impacts du projet sur l'élevage de rennes seraient significatifs. Svea Hovrätt Mark- och miljöoverdomstolen (Cour environnementale et foncière d'appel de Svea), *affaire Ava*, n° M 10984-16 (2018). Disponible en ligne en suédois à l'adresse suivante : <https://www.domstol.se/mark--och-miljooverdomstolen/mark--och-miljooverdomstolens-avgoranden/2018/67492/>

⁴⁵² D. Cambou, « Uncovering injustices in the green transition : Sámi rights in the development of wind energy in Sweden » *Arctic Review*, n° 11, 2020, pp. 310–333.

⁴⁵³ R. K. Larsen, K. Raitio, « Implementing the state duty to consult in land and resource decisions: perspectives from Sámi communities and Swedish state officials », *Arctic Review on Law and Politics*, n° 10, 2019, p. 15.

⁴⁵⁴ D. Cambou, « Uncovering injustices in the green transition : Sámi rights in the development of wind energy in Sweden », *op. cit.*, p. 320.

§2. L'absence d'une obligation générale de consultation dans l'ordre juridique français

Le droit français est rempli de contradictions lorsqu'il s'agit de reconnaître les peuples autochtones vivant sur son territoire. En effet, si le droit positif ne reconnaît pas les peuples autochtones vivant en territoire français (A), l'article 73 de la Constitution de 1958 établit la possibilité d'adapter les lois et les règlements aux caractéristiques et contraintes particulières des collectivités d'outre-mer. Sur ce fondement, l'application des droits à l'information et à la participation a pu bénéficier de certains aménagements (B).

A/ Absence de reconnaissance formelle des droits des peuples autochtones

Le principe constitutionnel d'unicité du peuple français⁴⁵⁵ interdit au législateur d'octroyer des droits spécifiques et collectifs aux individus appartenant à un groupe ou communauté fondée sur une ethnie, communauté linguistique ou religion⁴⁵⁶. Cette conception universaliste des droits se trouve à l'opposé de la conception communautariste qui est adoptée par exemple au Canada.

Selon, la réponse donnée en 2013 par le ministère des affaires étrangères au sujet de la non-ratification par la France de la Convention n° 169 de l'OIT, il est précisé que selon les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République, il est impossible de créer un système juridique distinct entre les citoyens, car il « créerait des catégories de population avec des droits différents »⁴⁵⁷. Ainsi, il y a une incompatibilité constitutionnelle entre les droits collectifs reconnus aux peuples autochtones par la Convention n°169 et la Constitution française de 1958.

Cependant, la Constitution reconnaît dans son article 72-3, l'existence au sein du peuple français des populations d'outre-mer⁴⁵⁸. Parmi les populations d'outre-mer, cet article mentionne de manière exhaustive les populations de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique,

⁴⁵⁵ Conseil constitutionnel, déc. DC n° 412, 15 juin 1999 relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

⁴⁵⁶ Conseil constitutionnel déc. DC n°290, 9 mai 1991, Statut de la Corse. Le juge constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle au peuple français et affirme que la Constitution « ne connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

⁴⁵⁷ Réponse du ministère des affaires étrangères publiée au *JORF* le 26 déc. 2013.

⁴⁵⁸ L'art. 72-3 de la Constitution de 1958 affirme que « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité (...)* ».

La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française. Quant aux populations de la Nouvelle-Calédonie, la Constitution leur réserve un statut spécifique, le cas de la Nouvelle-Calédonie étant régi par le titre XIII de la Constitution.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser dans une décision du 12 février 2004⁴⁵⁹ que des mesures dites de discrimination positive peuvent être adoptées en faveur des populations d'outre-mer mais, pour en bénéficier, ces populations doivent justifier d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée. Autrement dit, pour le juge constitutionnel, les populations d'outre-mer ne sont que les populations qui vivent outre-mer à l'exclusion de tout autre critère tel que le lieu de naissance qui est utilisé pour définir le peuple⁴⁶⁰. Une telle interprétation opérée par le Conseil constitutionnel a permis de conclure à la non violation du principe constitutionnel du principe d'unicité du peuple français.

Si le principe d'unicité du peuple français constitue un obstacle à la reconnaissance des peuples autochtones, le droit positif a permis quelques aménagements dudit principe. L'exemple de la Nouvelle-Calédonie en est une illustration. Ainsi, les accords de Matignon-Oudinot et de Nouméa ont consolidé la reconnaissance de la coutume kanak et des institutions coutumières, telles que le Sénat coutumier, les huit aires coutumières, les terres coutumières, le statut civil coutumier, le clan, les chefferies, les tribus, le conseil des chefs de clan, les districts et les grandes chefferies.

B/ Une mise en œuvre incomplète et différenciée *via* les des droits environnementaux à l'information et à la participation

Aux termes de l'article 7 de la Charte de l'environnement de 2004 « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Dans le cadre du statut de la Nouvelle-Calédonie défini par le titre XIII de la Constitution, il revient à l'Etat, à la Nouvelle-Calédonie ou aux provinces, selon le cas, de prendre chacun pour ce qui le concerne, dans leurs

⁴⁵⁹ CC, n° 2004-490 DC, 12 février 2004.

⁴⁶⁰ A. Roux, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'unicité du peuple français », in F. Faberon (dir.), *Les régimes des autochtones et populations locales des outre-mers français*, Droit et politiques comparés, n°4, 2023, p. 20.

domaines respectifs de compétence, les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective du droit de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement garanti par les dispositions de l'article 7 de la Charte. En ce qui concerne les provinces, la mise en œuvre de ces dispositions relève d'une délibération de leur assemblée. C'est surtout les trois Codes de l'environnement adoptés par les trois provinces qui mettent en œuvre l'article 7 de la Charte tout en tenant compte du droit coutumier applicable aux terres coutumières.

La participation en matière environnementale doit s'appliquer en tenant compte de la coutume et de l'organisation coutumière qui existe en Nouvelle-Calédonie et en Guyane française.

Le statut particulier de la Nouvelle-Calédonie et son degré d'autonomie assez large en matière environnementale ont permis d'adopter des règles juridiques locales en prenant en compte la spécificité autochtone.

En effet, les accords de Matignon-Oudinot de 1988 et de Nouméa de 1998 ont consolidé la reconnaissance de la coutume kanak et des institutions coutumières, telles que le Sénat coutumier, les huit aires coutumières, les terres coutumières, le statut civil coutumier, le clan, les chefferies, les tribus, le conseil des chefs de clan, les districts et les grandes chefferies. Ces institutions coutumières sont les seules légitimes à représenter les intérêts du peuple kanak. Le régime juridique applicable aux terres coutumières est très strict puisqu'elles sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables⁴⁶¹.

À côté du droit local de l'environnement, il existe donc un droit coutumier régissant les terres coutumières et qui peut avoir un effet sur la manière de gérer les ressources naturelles s'y trouvant. Les interactions entre les deux systèmes sont encore assez faibles, mais il existe néanmoins des tentatives mises en place au sein des Codes de l'environnement des provinces Nord et Iles Loyauté. Ces codes contiennent davantage de dispositions relatives au droit à l'information et à la participation des Kanak. Par exemple, l'article 110-3 du Code de l'environnement de la province Nord dispose que « toute personne a le droit de prendre part à

⁴⁶¹ Art. 18 de la loi organique de 1999 précitée. Cet article dispose 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. Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables ».

la préservation et à l'amélioration de l'environnement, d'accéder, dans les conditions et les limites définies par la réglementation, aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement. A cet égard, la province Nord s'efforce d'adopter des procédés de consultation adaptés, notamment à l'organisation coutumière, en vue d'une participation effective des populations dans l'élaboration de la réglementation en matière d'environnement et dans sa mise en application ».

Ainsi, lors de l'organisation d'une enquête publique dont la durée peut varier comme en métropole entre quinze et trente jours, l'avis des autorités coutumières concernées est obligatoirement requis par le commissaire enquêteur ou un membre de la commission d'enquête lorsque le projet se situe sur des terres coutumières⁴⁶².

Le Code prévoit également la présence obligatoire d'un représentant des autorités coutumières concernées au sein du comité local d'information et de suivi, ce dernier étant créé pour tout projet d'ICPE présentant un haut-risque industriel⁴⁶³. En outre, la création des aires naturelles protégées de la province Nord est établie par délibération de l'assemblée de province Nord après consultation des communes et autorités coutumières concernées⁴⁶⁴. Dans l'hypothèse où une aire naturelle protégée est instituée sur des terres coutumières, un tel classement ne peut se faire qu'après signature d'une convention particulière entre la collectivité et le ou les propriétaires ou ayants-droits⁴⁶⁵.

Dans un souci de protection du patrimoine culturel kanak, le code exige de consulter de manière préalable les autorités coutumières compétentes, dans l'hypothèse d'une demande d'autorisation présentée par toute personne pour effectuer sur un terrain des fouilles ou des sondages à l'effet de recherches d'objets pouvant intéresser la préhistoire, l'histoire, l'art, la paléontologie ou l'archéologie⁴⁶⁶.

Par ailleurs, le Code de l'environnement des îles Loyauté associe étroitement les autorités coutumières à la préservation et à la gestion durable de l'environnement et notamment des espaces, paysages, ressources et milieux naturels, de la diversité et des équilibres biologiques,

⁴⁶² Art. 152-13, al. 3.

⁴⁶³ Art. 154-3.

⁴⁶⁴ Art. 211-9, al. 1^{er} et s.

⁴⁶⁵ Art. 211-12.

⁴⁶⁶ Art. 224-1.

dans l'intérêt des générations actuelles et futures⁴⁶⁷. Dans cette perspective, le code prévoit la possibilité de créer des aires naturelles protégées coutumières. Il précise que les aires naturelles protégées provinciales sont le résultat de la formalisation d'aires protégées coutumières existantes ou sont créées à la demande des autorités coutumières ou à l'initiative des autorités provinciales⁴⁶⁸. La formalisation d'une aire protégée coutumière peut être proposée par un ou plusieurs tribus, clans ou groupements de droit particulier local⁴⁶⁹.

Si, en l'absence d'initiative coutumière, une aire naturelle protégée est créée à l'initiative du président de l'assemblée de province, il doit alors engager un dialogue avec les autorités coutumières concernées afin de déterminer « *conjointement la délimitation géographique de l'aire et les modalités de gestion de celle-ci. A cette fin, une convention est conclue entre la province et les autorités coutumières concernées, laquelle prend en compte les éventuels usages coutumiers de jouissance reconnus* »⁴⁷⁰. Cependant, le code n'apporte pas de précision sur les éventuels usages coutumiers de jouissance reconnus. D'ailleurs, le CESE de la Nouvelle-Calédonie, dans un avis rendu en 2010⁴⁷¹, recommande fortement « *qu'une définition précise de ceux-ci soit formulée afin d'éviter que des pratiques modernes et beaucoup plus mercantiles ne supplantent les usages traditionnels* ».

Par ailleurs, le même code pose un cadre juridique s'inspirant largement du Protocole de Nagoya concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages issus de leur utilisation⁴⁷². À ce titre, le code exige de recueillir le consentement préalable, libre et éclairé des autorités coutumières concernées (clan ou tribu), mais aussi celui des propriétaires fonciers concernés. Plus précisément, dans le cadre d'une demande d'accès à des ressources génétiques, qui est octroyée par le président de l'assemblée de province, les autorités provinciales doivent recueillir l'accord des autorités coutumières et propriétaires fonciers concernés⁴⁷³. Il vaut consentement préalable en connaissance de cause de ces derniers⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ Art. 110-4.

⁴⁶⁸ Art. 212-1.

⁴⁶⁹ Art. 212-2.

⁴⁷⁰ Art. 212-3, dernier alinéa.

⁴⁷¹ Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie avis n° 09/2018, du 4 mai 2010.

⁴⁷² Titre I « Utilisation des ressources génétiques » du Livre III « gestion des ressources naturelles » du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté.

⁴⁷³ Art. 312-1.

⁴⁷⁴ Art. 312-2.

Enfin, s'agissant du conflit récent au sujet de la décision de la province Sud du 26 octobre 2021 de retirer les requins tigre et les requins bouledogue de la liste des espèces protégées figurant à l'art. 240-1 du Code de l'environnement pour ensuite autoriser leur abattage pour des motifs de sécurité, le juge administratif a été saisi pour annuler la délibération en question ainsi que les décisions d'abattage de ces requins pour des motifs de sécurité prises par le maire de Nouméa et la province Sud.

Dans un premier temps, le juge s'est prononcé sur l'interprétation de l'article 46 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, article invoqué par l'association requérante demandant l'annulation de l'arrêté en date du 17 juin 2020 du président de l'assemblée de la province Sud décidant la capture et l'euthanasie de requins tigre et requins bouledogue dans la limite de dix spécimens et chargeant un pêcheur professionnel de sa mise en œuvre le 18 juin 2020. Pour la requérante, l'acte administratif contesté a été pris sans avoir consulté au préalable les autorités coutumières comme l'impose l'article 46. Toutefois, pour les juges, si l'article 46 dispose que « *les provinces prennent, après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers* », elles « *n'ont ni pour effet ni pour objet d'imposer la consultation des conseils coutumiers en matière de décisions individuelles ayant une incidence sur l'environnement lorsque ces décisions sont étrangères aux usages coutumiers. La seule circonstance que le requin soit l'emblème totémique de certains clans kanaks n'est pas de nature à faire regarder l'arrêté contesté comme entrant dans le champ d'application des dispositions précitées* »⁴⁷⁵. Une telle interprétation dessert clairement les droits des Kanak.

Dans un second temps, toujours dans le cadre de la même affaire, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé, dans l'arrêt du 12 janvier 2024⁴⁷⁶, la délibération de la province Sud en tant qu'elle retire les requins tigre et requins bouledogue de la liste des espèces protégées. Cette fois-ci les arguments invoqués par l'association requérante était fondés exclusivement sur la violation de la législation environnementale. Pour motiver l'annulation de la délibération litigieuse, les juges ont constaté que la province Sud n'avait « *fait procéder à aucun recensement ni étude scientifique des populations de requins tigres et bouledogues existantes, ni d'évaluation de l'impact de la mesure* ». Les juges soulignent également que la mesure litigieuse a donné lieu à des avis négatifs du Comité pour la protection de l'environnement et

⁴⁷⁵ CAA Paris, 18 décembre 2022, *Association Ensemble pour la planète*, req. n° 21PA03192.

⁴⁷⁶ CAA Paris, 12 janv. 2024, *Ass. Ensemble pour la planète*, req. n° 22PA05499.

du Conseil scientifique de la province Sud. Finalement, ils concluent « *qu'en supprimant une protection en vigueur, sans mettre en œuvre une procédure d'évaluation des risques et d'adoption de mesures dérogatoires proportionnées, la province Sud a méconnu les dispositions précitées et entaché sa décision d'une erreur d'appréciation* ».

Finalement, cette affaire est révélatrice d'une déconnexion des juges de la métropole de la réalité kanak. L'argument tiré de la violation environnementale ayant plus de poids que celui tiré de la méconnaissance des valeurs et coutumes kanak.

Si la Nouvelle-Calédonie aménage et adapte les droits à l'information et à la participation pour tenir compte de l'organisation coutumière du peuple kanak et pour protéger les droits collectifs et les terres coutumières, la Guyane française ne connaît pas de telles avancées. En effet, en Guyane française, le droit de l'environnement n'a pas adapté l'application des droits à l'information et à la participation pour tenir compte des spécificités autochtones. Sur ce point, il reste très lacunaire en comparaison avec le droit local de l'environnement de la Nouvelle-Calédonie. Alors même qu'un Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges a été mis en place par le législateur⁴⁷⁷, son rôle demeure assez limité pour concrétiser ces droits. Si ses fonctions sont essentiellement consultatives, sa saisine est obligatoire pour « *tout projet ou proposition de délibération de l'assemblée de Guyane emportant des conséquences sur l'environnement ou le cadre de vie ou intéressant l'identité des populations amérindiennes et bushinenges* »⁴⁷⁸ ou encore pour tout projet de décision d'octroi d'une concession ou d'une autorisation d'exploitation minière⁴⁷⁹. Il peut également s'auto-saisir de tout projet ou proposition de délibération de la collectivité territoriale de Guyane en lien direct avec l'environnement, le cadre de vie et la culture des populations autochtones⁴⁸⁰. Son statut est régi par le Code général des collectivités territoriales qui précise que le Grand conseil coutumier a « *pour objet d'assurer la représentation des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane et de défendre leurs intérêts juridiques, économiques, sociaux, culturels, éducatifs et environnementaux. Il est placé auprès du représentant de l'Etat*

⁴⁷⁷ Dans un premier temps, la loi du 21 février 2007 crée le Conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane et dans un second temps, la loi du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle en outre-mer remplace le Conseil en Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane.

⁴⁷⁸ Art. L. 7124-14 du CGCT.

⁴⁷⁹ Art. L. 621-9 du nouveau Code minier : « *tout projet de décision d'octroi d'une concession ou d'une autorisation d'exploitation est soumis, dans un zonage déterminé par décret en Conseil d'Etat, à l'avis du grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges* ».

⁴⁸⁰ Art. L. 7124-16 du CGCT.

dans la collectivité territoriale de Guyane »⁴⁸¹. Cependant, il ne dispose pas de personnalité morale, sa prise en charge financière et matérielle étant assurée par l'Etat.

S'agissant des autres autorités coutumières existantes dans les villages⁴⁸², le droit ne définit pas véritablement leur rôle, alors même qu'ils bénéficient d'une reconnaissance et d'une rémunération pour leurs fonctions. Il n'existe aucune obligation juridique imposant aux maires de consulter les chefs coutumiers lorsqu'ils prennent des décisions affectant les droits collectifs des autochtones. En pratique, il arrive parfois qu'une cogestion du territoire soit mise en place. Tel est le cas de la commune d'Awala-Yalimapo⁴⁸³ où une commission mixte a été créée à l'initiative du maire et qui rassemble des élus, des personnes désignées par les autorités coutumières et des représentants des familles. Cette commission est consultée sur tous les projets de la commune. Et dans ce cas précis, la gestion du territoire communal se fait avec la participation directe des représentants des autochtones.

Plus largement, lors de la création de la réserve naturelle d'Amana en 1998 et du Parc amazonien de Guyane en 2007, la participation des autochtones de Guyane n'a pas été organisée de manière effective pour permettre de recueillir leur consentement sur les périmètres choisis par les pouvoirs publics⁴⁸⁴. Cette absence d'adaptation du droit national, pourtant nécessaire, s'est également manifestée lors de la désormais célèbre affaire dite « Montagne d'Or ».

Cette affaire a permis une forte mobilisation de ces peuples conduisant à l'abandon du projet minier soutenu pourtant par l'Etat et porté par un consortium russo-canadien des entreprises *Nordgold* et *Columbus Gold*⁴⁸⁵. Par ailleurs, les procédures de droit commun permettant de recueillir l'avis de la population y compris des autochtones dans le cadre des demandes d'autorisations environnementale ne sont pas suffisantes. En effet, la procédure de l'enquête publique n'est pas vraiment adaptée à la réalité des peuples autochtones notamment

⁴⁸¹ Art. L. 7124-11 du CGCT.

⁴⁸² Les amérindiens de Guyane préfèrent utiliser l'expression « chefs *yopoto* » qui désigne un chef qui ne se préoccupe pas que de la coutume, mais de tous les aspects de la vie du village *in* Entretien, « Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'Etat », Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon, propos recueillis par M. Brier, *Z : Revue itinérante d'enquête et de critique sociale*, n°12, 2018, p. 124.

⁴⁸³ La seule commune correspondant à une zone entièrement habitée par des amérindiens.

⁴⁸⁴ G. Filoche, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimpo », *Journal de la Société des américanistes*, n°2, 2011, pp. 343-368.

⁴⁸⁵ A. Sommer-Schaechtel, « Perspective de Guyane française : les peuples autochtones face à l'exploitation industrielle de la nature en Guyane française », *Les Cahiers du CIÉRA*, n° 22, p. 123. Il convient aussi de mentionner, la résistance du chef du village de Prospérité et de ses habitants contre le projet de construction d'une centrale électrique CEOG dont le périmètre englobe ce village amérindien.

ceux vivant loin des zones urbaines et maîtrisant mal, voire pas du tout le français. Il convient de souligner également l'absence d'obligation juridique pour le commissaire-enquêteur de recueillir l'avis des autorités coutumières lorsque le projet est susceptible d'affecter les droits des autochtones.

Quelques tentatives d'aménagement en matière de participation sont néanmoins à souligner avec la mise en place, à l'initiative de l'Etat, des protocoles de consultation et de consentement préalable, libre et éclairé. Leurs objectifs sont de faciliter le dialogue transparent entre les autochtones et les acteurs externes (publics et privés) et de mieux les associer aux politiques publiques ayant un impact sur leur mode de vie. Cependant, n'étant régi par aucun texte, un flou juridique et un manque de transparence entourent ce type de protocoles. En effet, rien ne garantit que ces protocoles fassent l'objet d'une traduction dans la langue des autochtones pour qu'un consentement en toute connaissance de cause soit recueilli.

En matière de lutte contre la biopiraterie, il convient de souligner quelques avancées concernant l'information et la participation des autochtones en Guyane française. Le terme « biopiraterie » désigne une pratique constituée par « *l'appropriation illégitime par un sujet, notamment par voie de propriété intellectuelle, parfois de façon illicite, de ressources naturelles, et/ou éventuellement de ressources culturelles en lien avec elles, au détriment d'un autre sujet* »⁴⁸⁶. À l'échelle internationale, c'est le Protocole de Nagoya⁴⁸⁷ qui pose le cadre d'un mécanisme d'accès et de partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées. Alors que l'affaire *quassia amara*⁴⁸⁸ a été révélée par la Fondation Danielle Mitterrand-France Libertés et a été relayée par les médias, le législateur s'est saisi de la problématique de la lutte contre la biopiraterie en adoptant la loi dite biodiversité de 2016 et qui a permis la ratification du Protocole de Nagoya. Désormais, le Code de l'environnement reconnaît le droit au « *partage juste et équilibré des avantages (...) avec les communautés d'habitants en ce qui concerne les*

⁴⁸⁶ L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, LGDJ, 2018, p. 12.

⁴⁸⁷ Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique, 29 octobre 2010 (tiré des *Décisions adoptées par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, X/1, 27 oct. 2011, doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1). Voir Ph. Karpe, S. Aubert, A. Tiouka, « Supprimer la catégorie autochtone dans le droit commun : Plaidoyer pour une nouvelle vision du droit : le "droit rond" » in *La nature en partage : Autour du protocole de Nagoya*, IRD Éditions, 2021, pp. 169-186.

⁴⁸⁸ Il s'agit d'une plante utilisée par les amérindiens comme remède préventif au paludisme. Une molécule de cette plante avait fait l'objet d'un brevet déposé en 2015 par un institut public de recherche et cela sans informer les autochtones et sans aucune contrepartie pour ces deniers. Ce brevet a été contesté par France Liberté et en 2018 l'Office européen des brevets a rendu sa décision en considérant le brevet valide.

connaissances traditionnelles » associées aux ressources⁴⁸⁹. Ce dernier souligne l'importance du droit au « *consentement préalable donné en connaissance de cause* » des communautés concernées⁴⁹⁰. Ainsi, les amérindiens disposent actuellement des dispositions législatives et internationales pour lutter contre les actes de biopiraterie et faire valoir leurs arguments devant le juge.

En conclusion, le droit français est un ensemble disparate et complexe lorsqu'il s'agit de reconnaître les peuples autochtones vivant sur son territoire. Si le droit de l'environnement local de la Nouvelle-Calédonie semble faciliter l'accès à la justice environnementale du peuple kanak, tel n'est pas le cas pour les peuples premiers vivant en Guyane française. Un changement de perspective dans la production de la norme environnementale peut néanmoins être souligné, elle peut également être le résultat d'une participation active des autochtones, encore faut-il qu'une telle participation soit garantie par le droit.

Les systèmes juridiques étudiés disposent des outils permettant d'adapter la participation des peuples autochtones au processus décisionnel en matière d'environnement, mais en pratique, les droits de participation, à l'information sont souvent ignorés voire méconnus par des acteurs publics et/ou privés. Dans cette perspective, la question de la défense des droits des peuples et communautés autochtones par le juge se pose avec force.

⁴⁸⁹ Art. L. 412-3.

⁴⁹⁰ Art. L. 412-4.

Deuxième partie
La nécessaire adaptation des actions
en justice : une garantie essentielle du
droit d'accès à la justice
environnementale des peuples et
communautés autochtones

La problématique de la protection de l'environnement s'inscrit au carrefour des besoins et des revendications des peuples autochtones. Depuis 1992, le droit international public n'a eu de cesse de reconnaître le rôle primordial de ces peuples dans la préservation de l'environnement du fait de leurs connaissances spécifiques relatives à la gestion durable des ressources naturelles⁴⁹¹. De fait, la réglementation environnementale connaît des développements substantiels depuis plusieurs décennies, notamment dans la perspective de la protection et de la conservation des ressources naturelles, et impose aux autorités publiques de concilier les exigences du développement économique avec la protection particulière des droits ancestraux.

De ce point de vue, le droit international a reconnu aux peuples autochtones le « droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les Etats ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme »⁴⁹². Il revient aux Etats de prendre les mesures efficaces pour protéger le droit aux langues autochtones et que ces peuples puissent comprendre et être compris dans les procédures politiques, juridiques et administratives, si nécessaire grâce à des services d'interprétation⁴⁹³. Le droit international des droits de l'homme reconnaît également la capacité des peuples autochtones de maintenir et de renforcer leurs propres systèmes d'administration de la justice, cette dernière faisant partie intégrante des droits à l'autonomie, à l'autodétermination et à l'accès à la justice⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Voir la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 (principe 22), la Convention sur la diversité biologique de 1992 (art. 8(j)), la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable de 2002 (§25) et la Déclaration finale du sommet "Rio + 20" de 2012 (§ 197), la Convention n°169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de 1989 (art. 4 et art. 7).

⁴⁹² Art. 40 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Résolution n°61/295 adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007.

⁴⁹³ Art. 13 de la Déclaration de 2007 ; art. 12 de la Convention n°169 de l'OIT de 1989.

⁴⁹⁴ Art. 4, 5, 34, 39 de la Déclaration de 2007 ; art. 8 et 9 de la Convention n°169 de l'OIT de 1989 ; art. XXII, §1, 2, 3 de la Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones.

L'accès à la justice fait partie intégrante des droits garantis dans le système interaméricain des droits de l'homme. Il est consacré aux articles 8⁴⁹⁵ et 25⁴⁹⁶ de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969. La Cour interaméricaine a pu, ainsi, affirmer dans un considérant de principe que « toute personne a le droit à un recours accessible et rapide ou à tout recours effectif devant les juges ou tribunaux compétents qui la protège contre les actes qui violent ses droits fondamentaux, ce qui constitue l'un des piliers fondamentaux, non seulement de la Convention américaine, mais le propre de l'Etat de droit dans une société démocratique »⁴⁹⁷. Dans une décision de 2006 portant plus spécifiquement sur les droits des communautés autochtones, la Cour interaméricaine avait estimé que, dans le cadre des revendications sur leurs territoires ancestraux, l'Etat devait mettre en place « des procédures adéquates dans le cadre du système juridique national pour traiter les revendications foncières des peuples autochtones concernés »⁴⁹⁸.

A l'échelle européenne, le droit d'accès à la justice est protégé par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 §1 de la CEDH. Dans un arrêt du 30 mars 2010⁴⁹⁹, la Cour a admis la recevabilité d'une requête présentée par plusieurs groupes sâmes situés en Suède (*samebyar*). Les requérants se plaignaient que, compte tenu de l'ampleur des frais de la procédure (environ 290 000 euros), pour laquelle ils n'avaient pas obtenu l'assistance judiciaire, ils n'avaient pas bénéficié d'un accès effectif à la justice. Par ailleurs, ils dénonçaient la durée de la procédure. Si le premier argument n'avait pas abouti, le second a permis à la Cour de conclure à la condamnation de l'Etat suédois pour violation de l'article 6 § 1 en raison de la durée excessive de la procédure (plus de treize ans)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ Article 8-1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine ».

⁴⁹⁶ Article 25 : 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, alors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les Etats parties s'engagent : a. garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'Etat statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours ; b. à accroître les possibilités de recours judiciaire ; c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours.

⁴⁹⁷ CIDH, *Villagrán Morales y otros c. Guatemala*, sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, serie C, n.º 63, § 234.

⁴⁹⁸ CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, n.º 146, § 109.

⁴⁹⁹ CEDH, *Village Sami de Handölsdalen et autres c/ Suède*, req. n.º 39013/04.

⁵⁰⁰ V. *supra* p. 213, note 679.

Le droit d'accès à la justice, abordé à la lumière des juridicités autochtones, est essentiel dans le cadre des litiges environnementaux et il appelle à s'interroger sur les outils et les mécanismes juridiques à même de permettre aux peuples autochtones de faire valoir leurs droits environnementaux, entendus dans un sens large, de manière effective et efficace.

Si le droit international a permis d'adapter le droit d'accès à la justice des peuples autochtones en matière environnementale, il est loin d'avoir épuisé toutes les possibilités. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si elle est très audacieuse dans ce domaine, a une portée limitée du point de vue de son application territoriale, les Etats-Unis ou encore le Canada n'ayant pas reconnu sa compétence. Cette jurisprudence qui consacre, sous certaines conditions, la préséance du développement économique sur le droit de propriété des peuples autochtones, ne permet pas de mettre en cause de manière radicale les dynamiques économiques et politiques à l'origine de la crise écologique contemporaine et des inégalités devant la dégradation environnementale.

Par ailleurs, plusieurs instruments internationaux qui reconnaissent ce droit d'accès à la justice aux peuples autochtones n'ont pas une force juridique contraignante ou ne prévoient pas de sanctions en cas de non-respect. Afin d'apprécier l'effectivité de ce droit, il convient d'interroger les droits nationaux des Etats sur les territoires desquels ces peuples habitent.

Certains Etats latino-américains se sont dotés de dispositions constitutionnelles parfois très détaillées en matière de droit d'accès à la justice en général et de droit d'accès à la justice environnementale en particulier. À titre de comparaison, la Constitution mexicaine reconnaît, après sa révision intervenue en 2011, le droit au profit des peuples autochtones de se faire assister, à tout moment, dans le cadre d'une procédure judiciaire, par des interprètes et par des défenseurs devant connaître suffisamment leurs langues et leurs cultures respectives⁵⁰¹. Lors de la résolution des litiges, les juges doivent prendre en compte les coutumes et les cultures des peuples autochtones⁵⁰² à condition de ne pas entrer en contradiction avec les principes généraux établis par la Constitution et les garanties en matière des droits fondamentaux. Toutefois, ce droit constitutionnel n'est pas toujours pleinement appliqué ni respecté dans la pratique. La Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones a constaté dans le rapport de 2018 qu'il y avait une grave pénurie d'interprètes et que le nombre d'avocats commis d'office

⁵⁰¹ Art. 2 A VII de la Constitution.

⁵⁰² Art. 2 A II de la Constitution.

bilingues dans les tribunaux était insuffisant, ce qui compromettait le droit des prévenus autochtones à un procès équitable⁵⁰³.

En Colombie, si la Constitution reste muette quant au droit à être assisté d'un interprète au cours d'un procès⁵⁰⁴, la Cour Suprême de Justice a jugé, dans la décision du 5 décembre 2016⁵⁰⁵, que le droit d'être assisté d'un traducteur dans le cadre d'une procédure judiciaire est une garantie fondamentale pour assurer le respect du droit au procès équitable garanti par la Constitution et plus généralement pour assurer le respect des droits des peuples autochtones. Notons également que le Brésil, l'un des premiers pays de la région à avoir consacré dans sa Constitution tant la protection de l'environnement que la protection des peuples autochtones, avait consacré un article au droit à un recours juridictionnel effectif pour ces peuples en affirmant que « les Indiens, leurs collectivités et organisations sont parties légitimes pour agir en justice en défense de leurs droits et intérêts »⁵⁰⁶. Quant à la Constitution équatorienne, l'article 397 prévoit qu'en matière environnementale « la charge de la preuve quant à l'inexistence d'un dommage, potentiel ou réel, repose sur le gestionnaire de l'activité ou le défendeur (...) ».

Si certains systèmes juridiques nationaux reconnaissent les droits des peuples autochtones, ils doivent également régler la question de la défense de ces droits, dans la mesure où ces peuples, souvent désargentés, se trouvent confrontés à des entreprises publiques ou privées, à des multinationales ou à des grands propriétaires fonciers qui contestent leurs droits dans le cadre d'instances juridictionnelles pouvant durer une dizaine d'années. Cette situation a conduit le rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à suggérer des mesures visant à faciliter leur accès au juge. Parmi ces mesures, par exemple, il a préconisé que les Sâmes ne devraient pas avoir besoin de prouver ni de défendre leur propre droit coutumier devant le juge et il a proposé qu'ils bénéficient d'une aide juridique lorsqu'ils sont traduits en

⁵⁰³ A/HRC/39/17/Add.2, § 65.

⁵⁰⁴ Notons cependant que le Code de procédure pénale colombien datant de 2004, prévoit que nul ne peut être jugé et recherché que « dans le respect des formes propres à chaque procès » (article 6), et pour assurer la défense, établit que l'accusé et la victime ont le droit de se faire assister gratuitement d'un traducteur dûment accrédité ou reconnu par le juge « dans le cas où ils ne peuvent pas comprendre ou s'exprimer dans la langue officielle » (article 8 § f).

⁵⁰⁵ Décision de la Cour Suprême de Justice, SP11726, datant du 5 décembre 2016, cf. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1dic2016/SP17726-2016.pdf>

⁵⁰⁶ Art. 232, Constitution du Brésil [1988].

justice ou se défendent⁵⁰⁷. Ces suggestions peuvent facilement être étendues à la plupart des autres peuples autochtones qui connaissent des situations similaires.

Pour concrétiser les principes de l'égalité des individus devant la loi et l'égalité devant la justice, l'Etat doit opérer une discrimination positive dont l'aide juridictionnelle est le fer de lance.

Comme le précise la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones dans son rapport de 2019, lorsque les Etats mettent en œuvre des programmes d'aide juridictionnelle gratuite au profit des Autochtones, ils tiennent rarement compte de la dimension culturelle et, dans la plupart des cas, ne bénéficient pas d'un financement suffisant⁵⁰⁸.

Le droit d'accès à la justice environnementale engage les Etats à garantir aux peuples autochtones une justice rapide, efficace et équitable, qui respecte les langues et les cultures autochtones ainsi que le droit international des peuples autochtones. Dans cette optique, l'application de la Convention n° 169 de l'OIT et de la Déclaration de 2007 constituent les moyens indispensables de rendre effectif l'accès à la justice.

L'accès à la justice environnementale des peuples et communautés autochtones, sans être consacré explicitement comme un droit fondamental dans les Etats étudiés, s'est traduit par l'adaptation des règles du procès et des voies de recours tant au contexte autochtone qu'à la matière environnementale⁵⁰⁹.

Dans la perspective de l'étude des actions en justice intentées par les peuples autochtones pour faire valoir leurs droits individuels et collectifs dans le cadre des conflits environnementaux et territoriaux, notre recherche a permis de constater une adaptation plus ou moins large des actions en justice aux spécificités autochtones (**Chapitre I**). Toutefois, une telle adaptation n'est pas aboutie, notre rapport ayant identifié certaines difficultés et limites pour engager des actions en justice par les peuples autochtones (**Chapitre II**).

⁵⁰⁷ J. Anaya, *The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland*, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, 12 janv. 2011.

⁵⁰⁸ A/HRC/42/37, § 40.

⁵⁰⁹ M. Fatin-Rouge Stefanini, « L'exigence constitutionnelle du droit à un juge environnemental en droit comparé », in C. Severino, L. Gay (dir.), *Du "droit constitutionnel au juge" vers un "droit au juge constitutionnel" ? Perspectives de droit comparé*, Institut Louis Joinet, 2020, pp. 103-122.

L'adaptation des actions en justice au contexte autochtone

La recherche comparative a permis de mettre en évidence un processus qui est à l'œuvre dans les différents ordres juridiques visant à adapter les actions en justice au contexte autochtone. L'étude a permis d'identifier plusieurs solutions qui permettent de traduire une telle adaptation. Premièrement, il s'agit de reconnaître et d'encourager une coexistence de la justice étatique avec la justice autochtone (**Section 1**). Deuxièmement, si la création des tribunaux spécialisés en matière environnementale et foncière est considérée comme une garantie de la justice environnementale, leur fonctionnement n'est pas forcément adapté au contexte autochtone (**Section 2**). Enfin, l'aménagement du droit d'accès au juge tel qu'opéré en France reste largement insuffisant pour garantir le droit d'accès à la justice environnementale des populations autochtones (**Section 3**).

Section 1

La coexistence de la justice étatique environnementale avec la justice autochtone dans les Etats d'Amérique du Sud

Certaines constitutions des Etats latino-américains reconnaissent le principe du pluralisme juridique⁵¹⁰ (la Bolivie⁵¹¹, Colombie⁵¹², de l'Équateur⁵¹³, du Pérou⁵¹⁴, du Mexique⁵¹⁵ et du Paraguay⁵¹⁶). En Bolivie, le législateur organique définit cette notion comme « la coexistence de plusieurs systèmes juridiques dans le cadre de l'Etat Plurinational » notamment avec la reconnaissance de la justice autochtone⁵¹⁷. Le Préambule de la Constitution affirme que la plurinationalité a pour vocation de reconnaître la décolonisation des nations et peuples, en réaffirmant et en renforçant leur autonomie territoriale. Ainsi, le constituant a créé un modèle d'Etat dans lequel l'ensemble des nations et peuples autochtones originaires paysannes⁵¹⁸ dispose de leur propre système juridique, notamment avec la mise en place d'une juridiction spécialisée dans le règlement des conflits des peuples autochtones.

Dans la perspective du pluralisme juridique latino-américain, le droit des peuples autochtones à un accès effectif à la justice comprend à la fois l'accès au système juridique étatique et à leurs propres systèmes de justice. Cependant, l'interaction entre les deux systèmes n'est pas toujours très clairement précisée.

Cette reconnaissance formelle du pluralisme juridique conduit à ce que la juridiction autochtone ait vocation à être parallèle à la justice étatique, la seule contrainte pouvant résider dans le nécessaire respect des droits constitutionnellement garantis. Sans pouvoir faire *a priori*

⁵¹⁰ Pour une étude historique et doctrinale de la notion de « pluralisme juridique » voir A. Geslin, « Une brève historiographie de "pluralisme juridique" : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, dossier : *Droit et anthropologie. Archéologie d'un savoir et enjeux contemporains*, 2019, pp. 160-187. Le pluralisme juridique part du principe qu'il existe au sein de toute société, « une pluralité d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit », H. Moutouh, « Pluralisme juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2007, p. 1159.

⁵¹¹ Voir préambule et art. 30 II), 14), 178 I), 179, 190 et s. de la Constitution.

⁵¹² Art. 1, 7, 246, 329, 330 de la Constitution.

⁵¹³ Voir préambule et art. 57 n. 10, 76 (i) et 171 de la Constitution.

⁵¹⁴ Art. 89, 149 de la Constitution.

⁵¹⁵ Art. 2 A I et II de la Constitution.

⁵¹⁶ Art. 63 de la Constitution.

⁵¹⁷ Article 3.2 de la Loi relative au Tribunal constitutionnel plurinational du 6 juillet 2010.

⁵¹⁸ Comme au Pérou, en Bolivie la reconnaissance des Autochtones est limitée à un type de rapport à la terre qui est celui de paysan. Une telle qualification ne prend pas en compte la relation spirituelle et culturelle des Autochtones à la terre.

l'objet de recours au fond, ces décisions peuvent en revanche être soumises au contrôle de constitutionnalité, à l'image de ce qui est prévu à l'article 171 de la Constitution équatorienne de 2008⁵¹⁹. Par ailleurs, en matière de régulation du pluralisme juridique, le rôle des juridictions constitutionnelles est important. En effet, en Colombie, la Cour constitutionnelle a construit une jurisprudence très favorable à la justice autochtone.

⁵¹⁹ Aux termes de l'art. 171, « L'Etat garantira le respect des décisions de la juridiction indigène par les institutions et autorités publiques. Ces décisions sont soumises à un contrôle de constitutionnalité ».

§1. Les interactions possibles entre la justice étatique et la justice autochtone en Colombie⁵²⁰

« *Effective access to justice implies access to both the State legal system and their own systems of justice* »⁵²¹.

Dans son rapport thématique de 2019, l'ancienne Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Mme Victoria Tauli Corpuz, étudie les interactions possibles entre la justice étatique et la justice autochtone pour garantir l'accès effectif de ces populations à la justice dans une logique de pluralisme juridique. Elle constate que, malgré la reconnaissance constitutionnelle des systèmes de justice traditionnelle dans certains Etats latinoaméricains (notamment en Equateur, en Colombie et au Mexique), ces interactions « demeurent limitées et sont entravées par des comportements discriminatoires et par le fait que la contribution que les systèmes de justice autochtone pourraient apporter à l'égalité d'accès à la justice n'est pas reconnue »⁵²².

Le Rapport de 2019 vient ainsi compléter le préoccupant bilan dressé par l'ancien Rapporteur spécial M. Rodolfo Stavenhagen qui signalait déjà en 2004 un ensemble d'obstacles, difficultés et problèmes rencontrés par les peuples et communautés autochtones dans le domaine de l'administration de la justice ordinaire⁵²³. L'accès difficile à la justice devient encore plus problématique dans un contexte d'extrême violence à l'égard des populations autochtones comme l'illustre le cas de la Colombie.

En effet, dans ce pays sudaméricain se trouvent 115 peuples et communautés autochtones⁵²⁴ dont au moins 71 sont en danger imminent d'extermination physique et culturelle⁵²⁵. Alors que l'article 7 de la Constitution de 1991 reconnaît la diversité ethnique et

⁵²⁰ Rédaction par Luis-Miguel Gutiérrez, Maître de conférences en droit public, CECOJI - Université de Poitiers

⁵²¹ ONU, Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, *Access to justice in ordinary and indigenous justice system*, A/HRC/42/37 du 2 août 2019, par. 9.

⁵²² *Ibid.* par. 52.

⁵²³ ONU, Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Human rights and indigenous issues*, E/CN.4/2004/80 du 26 janvier 2004.

⁵²⁴ L'article 2 du Décret 2001 de 1988 définit la communauté « indigène » comme : « l'ensemble des familles d'origine amérindienne qui partagent des sentiments d'identification à leur passé autochtone et conservent des traits et des valeurs de leur culture traditionnelle comme formes de gouvernement et de contrôle social internes qui les distinguent des autres communautés rurales ».

⁵²⁵ La Cour constitutionnelle colombienne a déclaré l'existence de cette situation de danger dans les Ordonnances n° 004 du 26 janvier 2009, n° 266 du 12 juin 2017 et n° 351 du 27 juin 2019.

culturelle de la nation Colombienne⁵²⁶, les populations autochtones subissent des dommages collectifs, individuels et territoriaux disproportionnés en raison à la fois du conflit armé interne⁵²⁷ et de la mise en place d'un modèle économique et industriel de type extractif. La violence exercée à l'encontre des peuples et communautés autochtones en Colombie n'a pas cessé après la signature de l'Accord de paix de 2016 entre le gouvernement colombien et l'ancienne guérilla des FARC-EP.

Selon le Système d'information de violence politique contre les peuples indigènes (SIVOSPI) de la Commission nationale de territoires indigènes (CNTI), entre août 2016 et décembre 2022, 539 autochtones auraient été assassinés⁵²⁸. En 2023, l'Institut d'études pour le développement et la paix (INDEPAZ) décompte l'homicide d'au moins 34 autochtones⁵²⁹. Ces chiffres sont alarmants notamment au regard du nombre de personnes autochtones en Colombie. En effet, selon le dernier recensement de population de 2018 effectué par le Département administratif national de la statistique, 2 134 859 personnes se reconnaissent comme « indigènes », ce qui représente 4,42% de la population totale du pays. Il convient de noter qu'une grande partie de ces assassinats aurait été commise par des motifs liés aux conflits environnementaux, car la Colombie détient le double record honteux d'être le premier pays au monde en matière de défenseurs de l'environnement tués en 2022 et d'autochtones assassinés en raison de leur défense de l'environnement entre 2012 et 2022⁵³⁰.

Les conflits environnementaux sont définis par Gloria Amparo Rodríguez comme « une confrontation sociale, économique et politique entre différents acteurs (publics et privés ; locaux, nationaux et internationaux), qui naît de l'existence de divers intérêts liés à l'utilisation, la gestion, l'exploration, l'exploitation, la conservation, la protection, l'administration ou

⁵²⁶ La diversité ethnique et culturelle en Colombie est représentée par trois grands groupes ethniques : les peuples « indigènes », les communautés afrocolombiennes et les « *raizales* » de l'archipel de San Andrés, Providencia et Santa Catalina et le peuple Rom ou Gitan.

⁵²⁷ Comisión de la Verdad, *Resistir no es aguantar. Violencias y daños contra los pueblos étnicos de Colombia*, 2022, 750 p.

⁵²⁸ Rojas Acosta Laura, *¿La Última Esperanza para la Paz? Informe sobre violencia política contra los pueblos indígenas en 2022*, CNTI, juin 2023, p. 27 ; Gómez Angarita Viviana, *El eterno retorno de la violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia. Un balance del año 2021*, CNTI, octobre 2022, p. 15.

⁵²⁹ Données disponibles à l'adresse suivante : <https://indepaz.org.co/lideres-sociales-defensores-de-dd-hh-y-firmantes-de-acuerdo-asesinados-en-2023/> (consulté le 26 novembre 2023).

⁵³⁰ Global witness, *Standing firm. The land and environmental defenders on the frontlines of the climate crisis*, septembre 2023, not. pp. 11 et 29. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/standing-firm/>

l'affectation des ressources naturelles et de l'environnement »⁵³¹. L'accès à la justice, dans son volet institutionnel, a représenté pour les peuples et communautés autochtones un outil indispensable pour tenter de régler les conflits environnementaux qui les affectent tout particulièrement.

En effet, il existe un lien indissociable entre le droit à un environnement sain et la garantie des droits fondamentaux des peuples et communautés autochtones. D'une part, sur le plan matériel, les dommages causés à leurs territoires collectifs, la pollution du sol, de l'air et de l'eau, la déforestation, la propagation des maladies, les limitations à leur liberté de circulation et les restrictions d'accès aux sources de nourriture mettent en danger la vie et l'intégrité personnelle des autochtones. D'autre part, sur le plan immatériel, les dommages environnementaux portent atteinte à la survivance socioculturelle des peuples et communautés autochtones en altérant profondément leurs coutumes, leurs traditions, leurs modes de vie et leur lien spirituel unique avec la nature et le territoire.

Pour faire face à l'adversité, les peuples et communautés autochtones de Colombie ont commencé à s'organiser au niveau national à partir des années 1980⁵³² et à développer des stratégies de litige juridique pour défendre leurs droits fondamentaux et territoriaux à partir des années 1990⁵³³. Dans une logique de judiciarisation de la vie politique⁵³⁴, les tribunaux se sont transformés en un terrain privilégié pour faire valoir les revendications autochtones. Au niveau interne, ce phénomène a conduit les peuples et communautés autochtones à la saisine systématique de la justice étatique pour tenter de régler leurs conflits environnementaux (**A**). Pourtant, les voies d'accès à la justice environnementale autochtone n'ont pas été jusqu'à présent explorées (**B**).

⁵³¹ Rodríguez Gloria Amparo, *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 10.

⁵³² Santamaría Ángela, « Movilización jurídica y derecho internacional de los derechos humanos: un análisis de las prácticas de incidencia en política de la ONIC », in Brett Roddy et Santamaría Ángela (eds.), *Jano y las caras opuestas de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 177-206.

⁵³³ Santamaría Ángela, « Redes de defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas: experiencias cruzadas de incidencia en política nacional et internacional (OIK, ONIC y CIT) », In Mora Rodríguez Alexandra et al., *Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 3-80.

⁵³⁴ Cepeda Espinosa Manuel, « La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo », In Sieder Rachel, Schjolden Line et Angell Alan (ed.), *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 93-130.

A/ Le caractère prépondérant de la justice environnementale étatique

En Colombie, les différentes composantes du droit de l'environnement sont consacrées par le droit positif de longue date⁵³⁵, notamment dans le Décret-loi n° 2811 de 1974, dit Code national des ressources naturelles et de protection de l'environnement, qui est le premier Code portant sur cette matière dans toute l'Amérique latine. La Constitution de 1991 a par la suite élevé au rang suprême la garantie du droit à l'environnement sain dans son article 79⁵³⁶, transformant ainsi la Colombie en modèle de « constitutionnalisme vert »⁵³⁷.

La judiciarisation des conflits environnementaux affectant les peuples et communautés autochtones a été possible en raison d'une multiplicité des recours judiciaires disponibles en Colombie (1). Il convient de noter cependant qu'après 1991, la justice constitutionnelle s'est montrée particulièrement efficace pour trancher ces conflits dans la pratique (2).

1. La multiplicité des recours judiciaires disponibles

Le régime contentieux de protection du droit à l'environnement sain en Colombie est d'une grande complexité puisqu'il est composé de trois voies de recours judiciaires possibles : les actions constitutionnelles, les actions pénales et les actions contentieuses-administratives⁵³⁸.

Tout d'abord, en matière constitutionnelle, la Constitution de 1991 consacre cinq types d'actions juridictionnelles qui peuvent concerner les affaires environnementales : l'action publique d'inconstitutionnalité (art. 241 et Décret n° 2067 de 1991) ; l'action d'amparo (*acción de tutela* - art. 86 et Décret n° 2591 de 1991) ; l'action populaire (art. 88 et Loi n° 472 de 1998) pour la protection des droits et intérêts collectifs ; l'action de groupe (art. 88 et Loi n° 472 de 1998) exercée par au moins 20 personnes ayant subi un dommage individuel en vue d'obtenir

⁵³⁵ On peut retracer certaines régulations juridiques en matière d'environnement depuis la période d'indépendance de la Colombie : Rodríguez Gloria Amparo, *Fundamentos del derecho ambiental colombiano*, Bogotá, Friedrich-Ebert-Stiftung, Fescol, 2022, pp. 55 et s.

⁵³⁶ L'article 79 de la Constitution de 1991 dispose que : « *Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines* ».

⁵³⁷ Bernaud Valérie et Calderon-Valencia Felipe, « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *RFDC*, 2020/2, n° 122, pp. 321-343.

⁵³⁸ Güiza-Suarez Leonardo et Jiménez Rojas Paula, *Protección del medio ambiente y los recursos naturales: justicia ambiental para la Rama judicial*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, Consejo Superior de la Magistratura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2022, pp. 119 et s.

sa reconnaissance et une indemnisation et ; l'action dite de « *cumplimiento* » (art. 87 et Loi n° 393 de 1997) pour exiger aux autorités le respect et l'exécution d'une loi ou d'un acte administratif. Ensuite, en matière pénale, le Titre XI du Code pénal (Loi n° 599 de 2000) a été modifié substantiellement par la Loi 2111 de 2021. Il consacre désormais dix-sept délits⁵³⁹ contre les ressources naturelles et l'environnement dont deux ont été déclarés contraires à la Constitution par la Cour constitutionnelle en novembre 2022⁵⁴⁰. Enfin, en matière contentieuse-administrative, le Code de procédure administrative et du contentieux administratif (Loi n° 1437 de 2011) consacre trois actions juridictionnelles⁵⁴¹ susceptibles d'être mobilisées en matière environnementale : l'action en annulation (art. 137 et Loi n° 99 de 1993, art. 73) ; l'action en annulation et de rétablissement du droit (art. 138) et ; l'action de réparation directe (art. 140).

La richesse théorique de ces voies de recours contraste néanmoins avec leur efficacité inégale dans la pratique. D'une part, Lorena Cabrera, Roberto Lastra et Alba Vergara ont mené une étude statistique des actions pénales initiées en matière de délits contre l'environnement. Entre 2000 et 2018, ils ont repéré 52 335 plaintes déposées par les autorités environnementales dont seulement 15 612 seraient en cours de procédure. Ils arrivent donc à la conclusion suivante : « de nombreuses infractions pénales environnementales se produisent concrètement, mais malheureusement, l'action juridictionnelle n'est pas suffisante pour contrôler et punir leurs responsables, ce qui coïncide ainsi avec la position doctrinale selon laquelle le droit pénal environnemental est un droit symbolique »⁵⁴². D'autre part, Luis Felipe Guzmán souligne les problèmes rencontrés au niveau de la juridiction administrative en raison de la méconnaissance par les juges administratifs du droit de l'environnement et de leur absence de spécialisation dans ce domaine ; les difficultés en matière de preuves et d'expertise pour démontrer les impacts négatifs sur l'environnement, notamment face aux situations de risque ; les divers obstacles procéduraux ; la lenteur excessive de la justice administrative et le coût financier très

⁵³⁹ L'utilisation du mot « délit » est ici générique car le droit colombien n'est fait pas une distinction entre les crimes, les délits et les contraventions.

⁵⁴⁰ Il s'agit des articles 337 (*Apropiación ilegal de baldíos de la nación*) et 377A (*Financiación de la apropiación ilegal de baldíos de la nación*) du Code pénal : Cour constitutionnelle, décision C-411 du 23 novembre 2022.

⁵⁴¹ Pour une présentation du contentieux administratif colombien, voy. Ospina Garzon Andrés, *L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien*, Thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, 918 p.

⁵⁴² Cabrera Lorena, Lastra Roberto et Vergara Alba, « Delitos ambientales en Colombia. Análisis desde la perspectiva de las políticas nacionales de protección de los recursos naturales », in García María del Pilar (ed.), *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 410.

élevé qui dissuadent la société civile à utiliser ce type de contentieux⁵⁴³. L'auteur note également l'absence de mesures conservatoires spécifiques en matière environnementale ce qui réduit considérablement l'efficacité de la justice administrative face aux situations d'urgence⁵⁴⁴.

Eu égard à ces difficultés, les peuples et communautés autochtones se sont davantage tournés vers la justice constitutionnelle.

2. L'efficacité pratique de la justice constitutionnelle

La création de la Cour constitutionnelle par la Constitution de 1991 a ouvert un espace précieux pour la garantie des droits environnementaux en Colombie. En effet, la jurisprudence de cette Cour a développé une conception écologique et biocentrique des dispositions constitutionnelles⁵⁴⁵. La Cour a ainsi posé les bases d'une justice environnementale, selon laquelle : « aucun groupe de personnes, y compris les groupes raciaux, ethniques ou socio-économiques, ne devrait supporter de manière disproportionnée le fardeau des conséquences environnementales négatives résultant d'opérations industrielles, municipales et commerciales ou de l'exécution de programmes environnementaux et politiques [publiques] aux niveaux fédéral, étatique, local et tribal »⁵⁴⁶.

Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a reconnu que l'exploitation des ressources naturelles constitue non seulement l'une des principales menaces à la conservation de l'environnement, mais qu'elle affecte également les peuples et communautés ethniquement différenciés. C'est pourquoi, plus l'impact d'une intervention sur les territoires de ces communautés est grand, plus leur niveau de participation aux décisions environnementales doit être garanti. Conformément à l'article 7 de la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux, la Cour constitutionnelle a consacré l'obligation de consultation préalable des peuples et communautés ethniques pour tout projet, activité et action qui pourrait les concerner directement.

⁵⁴³ Guzmán Luis Felipe, *Los derechos de acceso a la Justicia Ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano y español*, Thèse, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 407 et s.

⁵⁴⁴ *Ibid*, pp. 411 et s.

⁵⁴⁵ Henao Juan Carlos, « Protection de l'environnement, droit de la nature et réchauffement climatique en droit colombien », *AJDA*, 2019, p. 1870 et s.

⁵⁴⁶ Cour constitutionnelle, décision T-704 de 2016.

La Cour a précisé dans sa décision T-733 de 2017 que ce droit « s'applique lorsqu'il s'agit d'effectuer une action susceptible d'avoir un impact positif ou négatif sur les conditions sociales, économiques, environnementales ou culturelles qui constituent la base de la cohésion d'une communauté autochtone ou afro-descendante ; c'est pourquoi il est décrit comme le point de rencontre entre les droits à l'autonomie et à l'intégrité des peuples ethniques ». La Cour constitutionnelle est allée encore plus loin en consacrant un droit au consentement préalable, libre et éclairé des peuples et communautés ethniques, lorsque l'action envisagée est susceptible d'affecter de manière intense leurs droits, notamment en menaçant leur survie physique et culturelle⁵⁴⁷.

L'accès à la justice constitutionnelle s'est révélé d'une grande efficacité puisque plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle ont permis de protéger le droit à la consultation et au consentement préalable des peuples et communautés ethniques, par exemple, face aux activités minières⁵⁴⁸ ; aux activités d'exploration d'hydrocarbures⁵⁴⁹ ; à l'utilisation de l'espace électromagnétique par une station de radio⁵⁵⁰ ; à la fumigation des cultures⁵⁵¹ ; à une concession d'eau⁵⁵² ; aux projets de construction de ports⁵⁵³, de barrages⁵⁵⁴, d'autoroutes⁵⁵⁵ et d'une décharge⁵⁵⁶.

Le succès incontestable de l'accès à la justice constitutionnelle a néanmoins conduit à laisser de côté l'hypothèse d'une justice environnementale autochtone.

⁵⁴⁷ Cour constitutionnelle, décisions T-129 de 2011 ; T-256 de 2015 ; T-733 de 2017 ; SU-123 de 2018. Voy. Rodríguez Gloria Amparo, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, 2014, 308 p.

⁵⁴⁸ Not. à Marmato – département de Caldas (décision SU-133 de 2017) ; à Uribia – département de La Guajira (décision T-704 de 2016) ; à Suárez – département du Cauca (décision T-1045A de 2010) ; à Jiguamiandó – département du Choco (décision T-769 de 2009).

⁵⁴⁹ Not. au département du Putumayo (décision T-630 de 2016) ; à Puerto López – département du Meta (décision T-693 de 2011) ; au département du Norte de Santander (décision T-880 de 2006) et aux départements d'Arauca, Boyacá et Norte de Santander (décision SU-039 de 1997).

⁵⁵⁰ Not. au département du Cauca (décision T-795 de 2013).

⁵⁵¹ Not. à Tumaco – département de Nariño (décision T-300 de 2013).

⁵⁵² Not. à Rivera – département du Huila (décision T-1080 de 2012).

⁵⁵³ Not. à l'île de Barú (décision T-172 de 2013) ; à la Sierra Nevada de Santa Marta – département de Magdalena (décision T-547 de 2010).

⁵⁵⁴ Not. à Suarez – département du Cauca (décision T-462A de 2014) ; à Tierralta - département de Cordoba (décision T-652 de 1998).

⁵⁵⁵ Not. à San Agustín – département du Huila (décision T-396 de 2014) ; à Yumbo – département de El Valle (décision T-657 de 2013) ; à El Jardín – département d'Antioquia (T-428 de 1992).

⁵⁵⁶ Not. à Ciénaga de Oro – département de Cordoba (décision T-294 de 2014).

B/ Le caractère inexploré de la justice environnementale autochtone

La philosophie politique de la Constitution de 1991 s'inspire du multiculturalisme et du pluralisme juridique⁵⁵⁷. Dans cette logique, l'Etat s'est engagé à adopter des politiques publiques différenciées conformes aux traditions et cultures des peuples et communautés autochtones en respectant leur particularité, leur intégrité et leur identité.

Le pluralisme juridique se concrétise par l'existence d'un droit de l'environnement autochtone (1). Le volet judiciaire de ce droit constitue cependant un défi majeur de la justice environnementale en Colombie (2).

1. L'existence d'un droit de l'environnement autochtone

Chacun des 115 peuples et communautés autochtones en Colombie dispose d'une Loi d'Origine, parfois appelée « Droit Majeur » ou « Droit Propre », qui régule de manière ancestrale et millénaire leurs coutumes et pratiques traditionnelles. Selon l'Organisation nationale indigène de Colombie (ONIC), la Loi d'Origine est « la science traditionnelle de la sagesse et de la connaissance ancestrales autochtones pour la gestion de tout ce qui est matériel et spirituel. Son respect garantit l'équilibre et l'harmonie de la nature, l'ordre et la permanence de la vie, de l'univers et de nous-mêmes en tant que peuples autochtones, gardiens de la nature. De même, elle régule les relations entre les êtres vivants, des pierres aux êtres humains, dans la perspective de l'unité et de la coexistence dans le territoire ancestral hérité de la matérialisation du monde »⁵⁵⁸.

Les travaux de Gloria Amparo Rodríguez ont mis en évidence l'existence d'un droit de l'environnement autochtone en Colombie⁵⁵⁹. L'exemple du Peuple indigène Embera Chami, Réserve Cañamomo Lomaprieta est à ce propos illustratif. Ce Peuple est constitué de 32 communautés en réunissant environ 21 422 personnes installées dans un territoire de 4 826 hectares. Dans leur « Projet de Plan de Vie », ils se donnent comme Mission : « l'auto-

⁵⁵⁷ Rodríguez Gloria Amparo, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 33 et s.

⁵⁵⁸ ONIC, *Derechos de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, Bogotá, Editorial Bochica, 2007, p. 15.

⁵⁵⁹ Rodríguez Gloria Amparo, *Los conflictos ambientales en Colombia. En el ejercicio del Derecho Mayor y la Ley de Origen de los pueblos indígenas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017, 142 p.

affirmation de [leur] identité autochtone pour l'accomplissement de [leur] raison d'être et d'exister conformément au Droit Majeur et en harmonie avec notre mère nature, avec un sens spirituel, en projetant [leur] survie avec dignité, pour renforcer [leurs] espaces de vie dans des contextes interculturels en faveur du développement propre, équilibré et humainement durable »⁵⁶⁰.

Dans cette logique, leur « Droit Majeur » établit au moins quatre ensembles de règles pour réguler les comportements envers la nature et traiter les conflits environnementaux en lien avec leur territoire : 1) la Résolution n° 031 du 17 juillet 2011, portant réglementation de l'activité minière artisanale ancestrale ; 2) la Résolution n° 046 du 13 mars 2012, portant zone d'exclusion des moyennes et grandes exploitations minières ; 3) la Résolution n° 047 du 13 mars 2012, constituant et délimitant neuf zones pour l'exercice de l'activité minière artisanale ancestrale ; et 4) la Résolution n° 048 du 29 mai 2012, par laquelle sont établis et réglementés les protocoles de consultation préalable, libre et éclairée et de consentement préalable, libre et éclairé⁵⁶¹.

Compte tenu de leur cosmovision et de leur lien fusionnel avec la nature, il est possible de constater que « les coutumes, usages et pratiques des peuples autochtones sont parfaitement compatibles avec la protection des ressources naturelles, de l'environnement et de la diversité ethnique et culturelle »⁵⁶². L'interprétation et l'application de la Loi d'Origine appartient, par mandat constitutionnel, à la « Juridiction spéciale indigène »⁵⁶³.

2. Les potentialités d'une juridiction environnementale autochtone

L'article 246 de la Constitution de 1991 dispose que « [l]es autorités des peuples autochtones peuvent exercer des fonctions juridictionnelles dans leur ressort territorial, conformément à leurs propres règles et procédures, pour autant qu'elles ne soient pas contraires

⁵⁶⁰ Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta, *Plan de Vida. Fases de Autorreconocimiento y Avance de Formulación*, Riosucio et Supía, departamento de Caldas, 2009, p. 106.

⁵⁶¹ Rodríguez Gloria Amparo, « Prevención y solución de los conflictos ambientales en Territorios Indígenas », *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Vol. 9, 2017, pp. 18-19.

⁵⁶² Rodríguez Gloria Amparo, « La autonomía y los conflictos ambientales en territorios indígenas », in Houghton Juan (ed.), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia*, Ediciones Anthropos, 2008, p. 76.

⁵⁶³ Cour constitutionnelle, décision T-606 de 2001. Cette affaire concerne précisément un conflit de compétences entre la juridiction ordinaire de la municipalité de Supía et le gouverneur autochtone de la Réserve Cañamomo Lomaprieta.

à la Constitution et aux lois de la République. La loi fixera les formes de coordination de cette juridiction spéciale avec le système judiciaire national ».

Dans sa décision T-552 de 2003, la Cour constitutionnelle colombienne a précisé les cinq composantes de la « Juridictions spéciale indigène » : 1) un élément humain, qui consiste en l'existence d'un groupe se distinguant par son origine ethnique et par la persistance différenciée de son identité culturelle ; 2) un élément organique, c'est-à-dire l'existence d'autorités traditionnelles qui exercent une fonction de contrôle social dans leurs communautés ; 3) un élément normatif, c'est-à-dire que la communauté respective est régie par son propre système juridique formé de pratiques et d'usages traditionnels, tant en matière de fond que de procédure ; 4) un champ d'application géographique, dans la mesure où la norme qui établit la juridiction autochtone se réfère au territoire qui, selon l'article 329 de la Constitution, doit être constitué conformément à la loi et délimité par le gouvernement avec la participation des communautés ; 5) un facteur de congruence, dans la mesure où l'ordre juridique traditionnel de ces communautés ne peut être contraire à la Constitution ou à la loi.

Bien qu'il soit possible d'imaginer une justice environnementale autochtone, force est de constater que les conflits environnementaux sont absorbés par l'administration de justice ordinaire en Colombie. Ce phénomène peut s'expliquer par le fait que les atteintes portées aux ressources naturelles et à l'environnement trouvent bien souvent leur origine dans les comportements des acteurs non autochtones, tant publics que privés, notamment des entreprises multinationales de l'industrie extractive. Cela exclue la compétence personnelle de la juridiction autochtone, alors qu'il nous semble que le critère géographique pourrait s'imposer lorsque les activités nuisibles à l'environnement affectent directement leurs territoires collectifs. Dans la pratique, la justice étatique prend toute la place, malgré les tensions évidentes qui existent⁵⁶⁴ lorsque les juges doivent trancher entre la protection des droits fondamentaux des peuples et communautés autochtones et les intérêts liés au développement économique et au modèle capitaliste régnant en Colombie. Aresio Valiente souligne à juste titre les différences de conception entre la justice autochtone et la justice ordinaire étatique. Tandis que la seconde repose sur un formalisme exagéré caractérisé par une interprétation rigide du droit, la première

⁵⁶⁴ ONU, Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, *Human rights and indigenous issues*, E/CN.4/2004/80 du 26 janvier 2004, par. 22.

cherche plutôt la solution réelle, efficace et durable des conflits sociaux afin de restaurer l'unité de la communauté⁵⁶⁵.

Face aux limites de la juridiction étatique actuelle⁵⁶⁶, certains auteurs proposent la création d'une juridiction environnementale spéciale en Colombie, sans pour autant s'intéresser à une possible articulation entre la justice étatique et la justice autochtone lorsque les territoires collectifs sont directement concernés⁵⁶⁷. Gloria Amparo Rodríguez et Nidia González ont raison de signaler les défis que l'accès à la justice environnementale rencontre à l'heure actuelle : « dans l'étude de la justice environnementale, il existe une lacune par rapport aux méthodes permettant d'incorporer les connaissances locales, ainsi que le transfert de valeurs à partir d'une approche ascendante (*bottom up*), en incluant les pratiques locales et celles qui caractérisent diverses cultures »⁵⁶⁸.

L'articulation harmonieuse et complémentaire entre la justice environnementale étatique et la justice environnementale autochtone reste donc à construire. Dans cette perspective, il ne faudra pas oublier que « la capacité des peuples autochtones de maintenir et de renforcer leurs propres systèmes d'administration de la justice fait partie intégrante des droits à l'autonomie, à l'autodétermination et à l'accès à la justice »⁵⁶⁹.

§2. Approche sociologique des limites de la justice autochtone en Bolivie pour trancher les litiges fonciers

Dans les Etats latino-américains ayant institué des juridictions autochtones en marge des juridictions étatiques, celles-ci sont placées sur un pied d'égalité « *afin de garantir une relation interculturelle égalitaire* »⁵⁷⁰. Cela est particulièrement abouti en Bolivie où les *Jurisdicción*

⁵⁶⁵ Valiente Aresio, « Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena », in *Derecho Indígena en Panamá*, Cuadernos de Ciencias Sociales n° 5, Panamá, FLACSO, Arpía Impresores, 2011.

⁵⁶⁶ Valencia Javier, « Los obstáculos y retos para la eficacia del acceso a la justicia ambiental », *Jurídicas*, n° 1, Vol. 10, 2013, pp. 123-146.

⁵⁶⁷ Valencia Javier et Mateus Mónica, « Jurisdicción ambiental especial para Colombia », *Justicia*, Vol. 26, n° 40, 2021, pp. 110-127.

⁵⁶⁸ Rodríguez Gloria Amparo et González Nidia, « La jurisdicción especial indígena y los retos del acceso a la justicia ambiental », in Estupiñán Liliana et al (eds.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, p. 476.

⁵⁶⁹ ONU, *op.cit.*, A/HRC/42/37 du 2 août 2019, par. 13.

⁵⁷⁰ Agustin Grijalva Jimenez, José Luis Exeni Rodriguez, « Coordinación entre justicias, ese desafío », in Agustin Grijalva Jimenez, Boaventura De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2012, p. 581.

Indígena Originaria Campesina sont établies dans un ressort personnel et territorial⁵⁷¹. Si le ressort personnel vise à conférer une compétence exclusivement réservée aux conflits concernant les membres de la communauté, le ressort territorial est, en revanche, susceptible d'impliquer une compétence à l'égard de tout individu, autochtone ou non, se rendant coupable d'une infraction sur le territoire autochtone. Ce cadre potentiellement très favorable à l'établissement d'une juridiction autochtone autonome, demeure néanmoins limité dans son applicabilité en Amérique du Sud, par le fait que les territoires autochtones ne sont pour l'heure pas clairement délimités, malgré l'existence d'un cadre constitutionnel favorable⁵⁷².

Comme le démontre le travail doctoral en socio-anthropologie d'Elise Gadea, la définition de la justice autochtone entendue comme « un ensemble de pratiques, de normes, de processus, de visions, d'institutions et de structures qui composent les communautés et peuples indigènes originaires paysans pour organiser et normer leurs sociétés »⁵⁷³, doit être nuancée dans le cas de la Bolivie⁵⁷⁴.

La justice autochtone est souvent présentée, notamment par les instances internationales, comme susceptible d'améliorer la célérité procédurale, la paix sociale, le vivre ensemble et la résolution de conflits. Dans le cas de la Bolivie, la pratique a infirmé ces présupposés, la justice autochtone ayant « au contraire, contribué à élargir les temporalités de tous ces domaines d'action : l'inflation des conflits et la fragilisation des autorités dans leur arbitrage n'ont pas

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 604. La loi n° 073 sur la délimitation juridictionnelle du 29 décembre 2010 (*Ley Deslinde*) a délimité le champ de compétence entre la justice autochtone, la justice étatique et le tribunal agro-environnemental. Mais au lieu de créer des ponts entre chaque justice, cette loi a eu comme effet d'isoler le plus possible le domaine d'action de chacune d'entre elles. La loi de 2010 exclut plusieurs domaines du champ de compétence matérielle de la justice autochtone, comme par exemple les matières qui relèvent du droit minier, droit administratif, droit des forêts, droit agraire (à l'exception de la distribution interne des terres dans les communautés qui ont une possession légale ou un droit collectif sur cette dernière) et autres matières qui relèvent, par exemple, de la compétence exclusive du tribunal agro-environnemental (art. 10, II, d). Dans le cadre de son mémoire de stage, Natalia Vessoza a mené une interview avec José Antonio Rivera Santivañez, enseignant à de l'Université Publique Mayor de San Simón Cochabamba de Bolivie et ancien membre du Tribunal constitutionnel. Ce dernier considère que le législateur bolivien a commis une erreur dans la détermination du périmètre des compétences de la juridiction autochtone en les limitant aux litiges affectant le territoire autochtone ou la seule population autochtone. Ainsi, si un conflit éclate, en matière environnementale, entre des autochtones et des tiers – ce qui est le cas le plus fréquent – la juridiction spécialisée compétente sera le tribunal agro-environnemental et non la juridiction coutumière, qui voit donc son champ d'action et sa portée considérablement limités.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 607 et s.

⁵⁷³ T. Saaresranta, M. Hinojosa, *Derechos de Los Pueblos Indigenas Originarios Campesinos de Cochabamba*, La Paz, Ministerio de la Presidencia, 2009, p. 52

⁵⁷⁴ E. Gadea, *Le pluralisme juridique à l'épreuve des pratiques communautaires en Bolivie. Politiques d'administration de la "justice indigène originaire paysanne"*, thèse de doctorat en socio-anthropologie, Université Sorbonne Paris Cité Université, Sorbonne Nouvelle-Paris 3, 30 janvier 2020, p. 437.

participé à pacifier plus rapidement les conflits communautaires, et les possibilités d'appel supra-communautaire auparavant plus restreints ont allongé les procédures »⁵⁷⁵.

La réalité des pratiques des territoires en Bolivie s'éloigne de l'image idéalisée de la justice autochtone souvent qualifiée de rapide, gratuite et efficace⁵⁷⁶. Tant la rapidité que la gratuité sont remises en cause par l'allongement et la persistance des conflits qui s'enlisent de plus en plus dans de longs conflits, où l'arbitrage des autorités communautaires est remis en cause⁵⁷⁷.

Pour les communautés autochtones, le recours d'*amparo* est devenu la voie à suivre pour contester devant le Tribunal constitutionnel les décisions rendues dans le cadre de la justice autochtone. Ce sont souvent les propres habitants qui saisissent les juges de la justice étatique pour s'opposer aux autorités de leur communauté⁵⁷⁸.

Face à l'augmentation des recours des décisions de justice autochtone auprès des juges et du tribunal constitutionnel, l'écrit (notification, tenue d'un registre écrit, procès-verbaux pour la tenue des réunions, décision de résolution du conflit etc.) est devenu central dans la procédure devant la justice autochtone. Un certain formalisme des décisions rendues par la justice autochtone est même imposé par le Tribunal constitutionnel conduisant ainsi les autorités communautaires à recourir systématiquement aux conseils des avocats. Ces derniers, en particulier les natifs des territoires autochtones ruraux apportent leur soutien aux autorités communautaires dans leur rôle d'arbitre des conflits. Ils sont « devenus médullaires au sein des décisions communautaires »⁵⁷⁹.

Par exemple, comme le souligne Elise Gadea, « à Pampa Aullagas, dans le sud du département d'Oruro, les feux de bois réalisés au-dessus du mont Pedro Santos Villca pour annoncer une réunion (qui pouvait être convoquée pour résoudre un conflit) ont été remplacés par des notifications personnelles émises par les autorités locales. Ces changements reflètent une volonté d'apporter plus de garantie et de matérialisation de la preuve dans l'administration de la justice indigène. Cependant, les autorités originaires ne sont pas formées à ces nouveaux

⁵⁷⁵ E. Gadea, *op. cit.*, p. 464.

⁵⁷⁶ Comme le précise Elise Gadea, ces qualificatifs étaient affichés jusqu'en 2016 sur une grande affiche à l'entrée du vice-ministère de justice *indigena originaria campesina*, *op. cit.*, p. 163, note 464.

⁵⁷⁷ E. Gadea, *op. cit.*, 219.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 437.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 208.

gages de qualité de l'administration de la justice favorisant par la même un recours à l'intermédiation des avocats indigènes »⁵⁸⁰.

Finalement, dans le cas de la Bolivie, on assiste à « une technocratisation de la justice indigène qui s'apparente à une forme de colonialisme interne »⁵⁸¹.

S'agissant de la gratuité de la justice autochtone, elle doit également être nuancée. En effet, le principe de la gratuité n'est pas une évidence dans les territoires où la réciprocité (individuelle et collective) ou l'*ayni*⁵⁸² sont omniprésents, les mécanismes de don et de contre-don ont un caractère central⁵⁸³. Comme ces notions ne sont pas antinomiques du paiement et d'un échange marchand, le paiement des autorités autochtones pour les services juridiques qu'elles rendent est acceptable. Il arrive également que ces autorités fixent annuellement le montant pour ces services (certificats, résolution de conflits etc.)⁵⁸⁴ et ce faisant ce montant peut augmenter.

L'étude sociologique de la justice autochtone en Bolivie⁵⁸⁵, réalisée dans le cadre de notre recherche, montre les limites de cette dernière qui est devenue un espace de lutte, où certains cherchent à asseoir une position de pouvoir au sein de la communauté. En s'appuyant sur l'exemple de la Quinoa royale cultivée dans les Andes boliviens, elle met en exergue comment l'augmentation vertigineuse du prix de la quinoa liée au « boom » de cette céréale cristallise des conflits autour de la répartition des terres dans les Andes boliviennes et génère une situation explosive pour les nouvelles autorités de la justice autochtone de ce pays, consacrée comme telle par la Constitution de 2009. Après avoir exploré la redistribution des terres agraires commencée lors de la réforme agraire de 1952 en Bolivie, cette étude montre pourquoi, actuellement, les conflits liés à l'accès aux terres peinent à être arbitrés et résolus au sein d'une municipalité rurale andine, productrice de quinoa royale. Elise Gadea explique comment le basculement d'une économie de subsistance à celle d'exportation internationale a reconfiguré les règles d'accès à la terre en fragilisant l'arbitrage des *autorités originaires*.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 207.

⁵⁸² « L'*ayni* peut se définir comme une forme de don d'énergie humaine sous forme de prestation réciproque. Il induit une obligation de changer les rôles et de rendre la faveur et le travail prêté », E. Gadea, *op. cit.*, p. 217.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 217.

⁵⁸⁴ *Ibid.* p. 218.

⁵⁸⁵ Rédaction par Elise Gadea, docteure en socio-anthropologie, membre de l'Institut des Hautes Études de l'Amérique latine et chercheuse associée à l'Institut français des Études andines (*Instituto Francés de Estudio Andinos*).

1. Vers un accès à la terre égalitaire

En 2005, après l'élection d'Evo Morales à la présidence et l'arrivée de représentants indigènes⁵⁸⁶ à la tête du pays, la Bolivie s'est engagée dans un processus radical de transformation institutionnelle, qui a culminé avec l'adoption d'une Nouvelle Constitution Politique de l'État en 2009. Celle-ci a proclamé le caractère « plurinational » du pays et a donné aux peuples indigènes la possibilité d'accéder à des formes d'autonomie, par la mise en œuvre des Territoires indigènes originaires paysans (ci-après TIOC).

Ce statut collectif constitue l'un des titres de propriétés légaux du pays, produit d'une histoire complexe et d'une géographie accidentée. Ce pays, consacré comme tel depuis qu'il a pris son indépendance de l'Espagne en 1825 ne délimite aucune aire culturelle ou géographique connue, en regroupant plusieurs zones au climat, relief et végétation particulièrement constatées : les Andes⁵⁸⁷, des vallées intertropicales⁵⁸⁸ et des basses-terres⁵⁸⁹. Cette diversité de reliefs renvoie à des histoires locales singulières liées, notamment, au développement de l'activité minière dans les Andes et à celle du caoutchouc naturel puis de l'exploitation gazifère et pétrolifère dans l'Amazonie. L'une et l'autre renvoient cependant à une histoire de marginalisation du pouvoir, de travail obligatoire voire esclavagiste des populations locales indigènes par la couronne espagnole et leurs descendants longtemps *latifundistas* (grands propriétaires fonciers) et associés aux villes boliviennes.

Les propriétés des basses-terres, notamment dans l'Amazonie, ont toujours été, historiquement, plus étendues car difficilement accessibles⁵⁹⁰ et longtemps considérées comme inexploitable, notamment pour l'agriculture. Néanmoins, à l'instar de la majorité des pays latino-américains qui ont également été colonisés, la Bolivie a mené en 1952 une réforme

⁵⁸⁶ L'auteure emploie le terme « indigène » comme traduction du mot espagnol : *indígena* pour désigner les peuples autochtones dans la plupart des Etats latino-américains.

⁵⁸⁷Le territoire andin bolivien représente environ un tiers de la superficie totale du pays, mais concentre 40 % de la population nationale. La majorité de ce territoire se trouve à une altitude élevée, comprise entre 3.000 et 5.000mètres au-dessus du niveau de la mer. Les températures connaissent une amplitude thermique importante, elles dépassent rarement 20° la journée et peuvent atteindre -15° la nuit.

⁵⁸⁸Cette région intermédiaire est comprise entre le piedmont des Andes et les territoires tropicaux, elle jouit d'un climat doux et relativement stable durant toute l'année.

⁵⁸⁹Les basses terres comprennent l'Amazonie et les aires tropicales du pays, caractérisées par un climat chaud et humide, avec des températures souvent comprises entre 30 à 35°, descendant rarement en dessous de 25°.

⁵⁹⁰La végétation et les importantes précipitations durant certains mois de l'année rendent la circulation bien plus périlleuse que dans les autres régions. Les axes de communication terrestres sont toujours, en Bolivie, moins développés dans les basses-terres. Il faut parfois plusieurs jours pour rejoindre, depuis les villes amazoniennes, La Paz - la capitale politique du pays.

agraire, qui a mis fin au régime d'*haciendas*⁵⁹¹ des grands propriétaires terriens dans l'ensemble du pays. Cette date est restée historique, dans le pays comme dans tout le sous-continent, car elle a marqué la victoire d'un secteur marginalisé du pouvoir et la fin de certains privilèges en instaurant un régime agraire plus égalitaire pour des milliers de paysans souvent indigènes. Cette réforme, appelée réforme agraire, interdit l'accumulation des terres rurales fertiles et les redistribuent aux travailleurs agricoles des *haciendas* se sont alors convertis progressivement en petits producteurs agraires. La catégorie de travailleurs agraires s'est depuis associée à celle d'indigènes, produisant une identité de classe sans effacer complètement l'identité ethnique⁵⁹².

Cette réforme appliquée avec force dans les Andes, n'a eu qu'un impact réduit dans l'Amazonie où la propriété des terres, longtemps considérée comme peu productives a concentré, jusqu'en 2009, des milliers d'hectares dans les mains d'une poignée de familles. Cette même année, la réforme constitutionnelle a finalisé cette recherche d'équité dans la répartition des terres en brisant les systèmes de néo-esclavagisme dans l'Amazonie et en instaurant une nouvelle figure de propriété collective : les TIOC⁵⁹³. La Nouvelle Constitution Politique de l'Etat bolivien limite, dans l'ensemble du pays, à 5.000 hectares la propriété privée individuelle. Dès lors, aucune personne dans le pays ne peut légalement posséder une superficie plus étendue⁵⁹⁴.

⁵⁹¹Grande propriété foncière en Amérique latine, comprenant les terres, le cheptel, les habitations et leurs dépendances. L'*hacienda* désigne plus couramment les locaux d'habitation présentant fréquemment un grand intérêt architectural, originaire d'Espagne et plus particulièrement d'Andalousie. Elle a été importée durant leur colonisation.

⁵⁹²Voir O. Harris, X. Albo, *Monteras y guardatojos, campesinos y mineros en el Norte de Potosí*, CIPCA 26, La Paz, 1974.

⁵⁹³ La titularisation des terres rurales andines est l'objet de controverses depuis l'époque coloniale. La couronne espagnole mit en place diverses politiques de titularisation des terres afin d'en assurer le contrôle des populations indigènes. Elle fut au cœur de la réforme agraire de 1952. Ce processus fut freiné lors des périodes de dictatures. Lors du retour à la démocratie, l'Etat céda d'importants territoires dans l'Amazonie pour sceller des pactes politiques avec les populations locales. A partir des années 1990, le président SANCHEZ DE LOZADA entreprit « d'assainir » la propriété agraire en Bolivie en dotant l'ensemble du territoire de titres territoriaux. L'une des nouveautés fut alors la possibilité de titre collectif des terres. Une nouveauté juridique qui est le résultat des revendications des peuples indigènes pour reconnaître leur relation spéciale à leur terre.

⁵⁹⁴En 1952, la limite de superficie individuelle était de 50.000 d'hectares lors de la réforme agraire.

LES DIFFÉRENTS TYPES DE PROPRIÉTÉS EN BOLIVIE DEPUIS 2009

Nom de la propriété	Caractéristiques	Taille de la propriété
Terrain paysan	Lieu de résidence familiale. Peut se vendre. Pas d'impôt.	< d'un hectare
Propriétés communautaires/TIOC	Titre de propriété collective, pour un usage d'autosubsistance. Vente et division du terrain interdites.	Pas de limites
Petite propriété	Peut se vendre. Pas d'impôt.	< de 500 hectares
Moyenne propriété	Peut se vendre. Pas d'impôt.	Entre 501 et 2.500 hectares
Grande propriété, entreprise agricole	Peut se vendre. Sujette à un impôt annuel.	Plus de 2.500 hectares

L'ensemble de ces lois a ouvert la voie à un accès à la terre pour les secteurs indigènes et paysans, mais le processus d'octroi des titres de propriétés est toujours en cours. A ce jour, l'INRA⁵⁹⁵ (Institut National de la Réforme Agraire) a émis des titres pour seulement 87 % de l'ensemble des terres boliviennes⁵⁹⁶. La propriété foncière doit d'abord respecter les lois du pays (division des trop grandes propriétés par exemple) et s'octroie après un long processus (pour la propriété collective notamment). Alors que la part des indigènes au sein de la population nationale oscille entre 60 et 40% selon les derniers recensements⁵⁹⁷, les terres collectives restent néanmoins minoritaires. Selon la Fundación Tierra, en 2021, 20 % de la superficie totale du pays avait des titres de propriété collective (TIOC)⁵⁹⁸. Nous nous concentrerons sur ce dernier titre de propriété en montrant en quoi ces territoires collectifs ne sont pas exempts de conflits, au travers l'exemple de l'une d'elle.

⁵⁹⁵ L'INRA est le l'Institut National de la Réforme Agraire, une entité publique décentralisée du Ministère de Développement rural et des terres, a été créé en 1953, après la réforme agraire, initialement sous le nom de SNRA. Les objectifs de cette entité ont toujours été de planifier, d'exécuter, de consolider le processus de réforme agraire. En 1996, la Société nationale devient Institut national et sa mission s'oriente vers la titularisation de l'ensemble des terres, de forme individuelle ou collective. Une tâche exhaustive et difficile, qui est toujours en cours de réalisation.

⁵⁹⁶Source INRA Bolivia. Données du 1^{er} janvier 2024.

⁵⁹⁷Concernant les différences dans le comptage des indigènes en Bolivie dans les deux derniers recensements, voir H. Do Alto, P. Stefanoni, *Nous Serons Des Millions*, Paris, Edition Raisons d'Agir, 2008 ; V. Nicolas, P. Quisbert, *Pachakuti : El Retorno de La Nación : Estudio Comparativo Del Imaginario de Nación de La Revolución Nacional Y Del Estado Plurinacional*, La Paz, PIEB, 2014.

⁵⁹⁸Voir les publications de cette fondation, notamment *acceso a la tierra y territorio en Sudamerica, informe 2021*.

2. Les conflits au sein d'une communauté productrice de quinoa royale

Pampa Aullagas est une municipalité située au sud du département andin d'Oruro. Comme la majorité des communautés dans cette région, la terre est collective et possède donc des titres de propriété TIOC, octroyés par l'INRA. Néanmoins des intérêts individuels basés sur une notion de propriété familiale génèrent d'importants conflits. Chaque parcelle « appartient » à une famille et peut être héritée. Les mécanismes collectifs de ces territoires n'excluent pas la notion de propriété familiale. Cependant, comme le signale l'ONG AVSF⁵⁹⁹, auparavant, la régulation allait de soi, car personne n'allait accaparer de grandes superficies faute de main-d'œuvre pour la travailler⁶⁰⁰.

Pampa Aullagas est situé dans le sud de l'Altiplano, la région comprise entre le salar de Coipasa et d'Uyuni, parmi la poignée de municipalités productrices mondiale de la quinoa royale⁶⁰¹. Du fait du « boom du quinoa »,⁶⁰² en quelques années l'agriculture variée de subsistance est devenue une économie d'exportation mondiale de monoculture intensive. En 2016 A. VASSAS TORAL constatait que les proportions du territoire communautaire qui étaient auparavant destinées aux $\frac{3}{4}$ au pâturage collectif d'animaux et à $\frac{1}{4}$ de culture familiale s'étaient inversées. Le pâturage était déjà délaissé au profit de monoculture de quinoa⁶⁰³ : *la conséquence de la montée du prix du quinoa, le retour des migrants apporte une nouvelle forme de pression environnementale et sociale. Dans certaines communautés, dix ans furent suffisants pour « saturer » la terre des plaines, dans un espace avant exclusivement dédié au pâturage de camélidés andins*⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ Agronomes et Vétérinaires Sans Frontières (AVSF).

⁶⁰⁰ Voir AVSF, *Quinoa y territorio. Experiencias de acompañamiento a la gestión del territorio y a la autogestión comunal en la zona Intersalar del altiplano boliviano*, La Paz, Plural, 2009, p 35.

⁶⁰¹ La quinoa aime les sols salés de cette région. A l'image d'un AOC en France, le caractère royal n'est attribué à la quinoa qu'aux municipalités de cette petite région bolivienne, parmi lesquelles Pampa Aullagas, du fait de la grosseur du grain et de leurs qualités nutritionnelles particulièrement développées. L'augmentation de la demande mondiale s'est donc concentrée sur un territoire particulièrement réduit.

⁶⁰² Depuis les années 2000 les vertus nutritives du quinoa sont de plus en plus connues au niveau international et la demande mondiale augmente progressivement. En 2013, l'assemblée des Nations Unies déclare l'année internationale du quinoa. La région inter-salar, au sud du département d'Oruro, seule productrice du quinoa royal voit le prix de cette plante augmenter du fait de la demande internationale. Ainsi dans les années 2000 le quintal de quinoa coûtait moins de 400bs. Il surpassait les 2.500bs en 2014.

⁶⁰³ Voir A. Vassas Toral, *op. cit.*, p 96.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p 97. Traduction suggérée de : « *Como consecuencia de la subida del precio de la quinoa, el retorno de migrantes trajo una nueva forma de presión ambiental y social. En algunas comunidades, diez años fueron suficientes para «saturar» la tierra en planicies, en un espacio antes casi exclusivamente dedicado al pastoreo.* »

Cette municipalité est organisée selon plusieurs systèmes d'administration du territoire qui se superposent. Pampa Aullagas, comme de nombreux territoires andins, est administré par des autorités municipales mais aussi des autorités aymaras rotatives, appelées autorités originaires (*autoridades originarias*). Changeant tous les ans, ces dernières sont en charge de résoudre les conflits locaux et sont, depuis 2009, constitutionnellement reconnues à égalité hiérarchique avec celle des juges, dans l'administration de la Justice Indigène Originare Paysanne (*Justicia Indígena Originaria Campesina*)⁶⁰⁵. L'exercice de cette justice indigène résulte périlleuse à Pampa Aullagas, dans un climat local d'inflation des conflits, où l'accès aux terres cristallise la majorité des conflits communautaires. Attirés par les prix alléchants du quinoa, les *residentes*⁶⁰⁶ sont massivement revenus vivre dans cette région. Cela a induit une prise de distance avec les normes communautaires, que ces derniers cherchent à renégocier, pour cultiver du quinoa⁶⁰⁷.

3. Une nouvelle géomorphologie du pouvoir local

Les relations horizontales intracommunautaires basées sur une notion d'égalitarisme entre les habitants ont ainsi changé. La nature des conflits a évolué. La justice dite indigène est ainsi devenue un espace de lutte, où certains cherchent à asseoir une position de pouvoir au sein de la communauté. Alors que les résolutions avaient vocation à générer un consensus, ces mêmes espaces sont maintenant des espaces d'inflation du conflit entre les habitants ainsi qu'avec leurs autorités. La démarche des habitants face au conflit a changé. Les habitants des communautés rurales ont appris à utiliser à leur faveur les codes de la politique et de la justice. L'attitude des habitants face aux autorités est devenue parfois péremptoire.

La communauté décrite dans les lois de reconnaissance de la justice indigène ne prend pas en compte les changements dans la cohésion sociale intracommunautaire. La reconnaissance de la justice dite indigène a paradoxalement favorisé l'autonomie individuelle tout en mettant en exergue le collectif. Ainsi, les politiques de l'Etat bolivien ont renforcé l'individualisme et la

⁶⁰⁵ Voir article 190 à 192 de la Constitution Politique de l'Etat Plurinational de Bolivie.

⁶⁰⁶ Les *residentes* désignent communément, dans les Andes boliviennes les personnes originaires d'une communauté rurale, qui n'y vivent plus de manière permanente, mais entretiennent toujours un lien fort à ce territoire et continuent souvent d'y cultiver la terre. Ainsi on peut être *residentes* et *contribuyentes* au sein d'une communauté.

⁶⁰⁷ Il ne s'agit pas de prétendre que les *residentes* ne maintenaient pas de lien avec leur terre d'origine, mais leurs visites, surtout lors de fêtes, étaient moins souvent suivies d'une demande de parcelles pour cultiver la terre.

liberté d'évaluation et de choix au sein des communautés andines rurales en fragilisant l'équilibre communautaire de ces territoires.

Dans ce nouveau contexte, les adages locaux ont des difficultés à maintenir une certaine paix sociale et équité entre les habitants. Les règles peinent à s'appliquer. Par exemple en 2014 lors d'une réunion générale du village⁶⁰⁸ tous les habitants avaient décidé d'interdire *el partido*, c'est-à-dire la sous-traitance de la culture du quinoa aux personnes étrangères du village. Face à l'inflation des conflits et à la saturation des terres, cette interdiction de location des terres devait limiter le travail agraire à une utilisation familiale, privilégier l'accès des terres aux personnes de la communauté (permanents ou migrants) et une meilleure répartition entre tous les habitants. Cette interdiction n'a eu qu'un effet putatif très réduit et de nombreuses parcelles continuaient en 2015 à être cultivées par des personnes ou des familles qui n'étaient pas de Pampa Aullagas.

4. Inflation des conflits et décloisonnement des systèmes de justice

Comme le souligne Anaïs Vassas Torral, la fragilisation des règles communautaires questionne la cohésion, introduit une nouvelle hiérarchie sociale et fait émerger certaines tensions, voire conflits⁶⁰⁹. La conciliation ou le caractère réparateur de la justice indigène a également été induit dans un contexte dans lequel les conflits devaient se régler au sein de la communauté, faute d'alternatives. L'institutionnalisation d'un système pluriel a multiplié le nombre d'opérateurs de justice pour les usagers des communautés andines. La disposition des parties à négocier s'est fragilisée, les usagers multiplient les appels de la résolution⁶¹⁰, sans apporter une meilleure célérité dans la fin d'un conflit. Les mésententes larvées, mais arbitrées au niveau communautaire sont ainsi plus facilement devenues des conflits violents et explosifs. À Pampa Aullagas les habitants sollicitent plus aisément d'autres opérateurs ou instances supra-communautaires pour résoudre leurs conflits. Auparavant située à plusieurs heures de transport sur une route de terre, la nouvelle maison de justice la plus proche se trouve maintenant à moins

⁶⁰⁸ Il existe divers niveaux de réunions au sein du village, qui se basent sur les différents niveaux de construction de la *marka* andine : unité territoriale intermédiaire entre une province ou chefferie locale. Une *marka* regroupe plusieurs *ayllus* (la base de la structure sociale andine). Les habitants d'un même *ayllu* se réunissent une fois par mois, tandis que tous les six mois (aux alentours de mars puis en fin d'année) a lieu le *cabildo* général ou réunion générale à laquelle sont conviés tous les habitants du village.

⁶⁰⁹ Voir A. Vassas Toral, *op. cit.*, p 241.

⁶¹⁰ Dont attestent les nombreux recours auprès des tribunaux ou du Tribunal Constitutionnel concernant des territoires collectifs.

de 45 minutes, effectués sur une route goudronnée. Il est fréquent que les habitants de cette municipalité fassent appel des décisions de leurs autorités devant un juge ou un avocat.

Les nouveaux rapports de force font parfois état de conflits particulièrement déséquilibrés ou parfois une personne s'oppose à l'ensemble de la communauté. L'appropriation individuelle ou familiale montre les limites de l'organisation collective locale face à l'instauration de nouvelles relations de pouvoir au sein des communautés rurales. Elle met également en lumière les relations tendues des *residentes* avec les habitants permanents.

Dans ce climat de fragilisation des règlements à l'amiable, de nouveaux espaces de confrontation ont émergé, au sein de la communauté. La répartition équitable et communautaire est parfois questionnée et l'appropriation individuelle de certaines terres, s'effectue parfois en dehors du processus communautaire de répartition des terres. Ainsi comme le souligne Anaïs Vassas Toral : « *les instances communautaires rencontrent des problèmes à l'heure d'intervenir pour donner une solution aux conflits, car elles n'ont pas arbitré la distribution des nouvelles terres conquises et n'ont pas établi des règles de départ*⁶¹¹ ».

5. Fragilisation de l'arbitrage des autorités communautaires locales

Au sein de cette région, les habitants remettent en cause les autorités et se plient parfois difficilement à l'arbitrage des autorités originaires et mettent plus facilement en doute la compétence et la légitimité de leurs autorités.

Depuis la promulgation de la Nouvelle Constitution de 2009, les autorités originaires sont devenues de véritables interfaces entre l'Etat dans ses nombreuses politiques pour les indigènes (logement et habitat, santé, éducation, justice), ces autorités sont pourtant mal définies et mal comprises. Davantage choisies pour leur connexion avec le pouvoir étatique (central ou déconcentré), le respect des rites et coutumes ou encore leur connaissance du territoire communautaire ne sont plus décisifs dans la sélection des autorités. Les profils de personnes qui ont une certaine distance avec Pampa Aullagas sont maintenant privilégiés. Cela nuance le schéma égalitariste des relations sociales au sein des communautés rurales andines.

⁶¹¹ Voir A. Vassas Torral, *Partir Y Cultivar*, La Paz, IRD/Plural/CIDES, 2016, p 103.

L'affirmation d'un statut spécial au sein de la communauté rend visible l'ascension sociale de ces autorités et les expose également davantage à des rivalités et jalousies liées au pouvoir. Dans un contexte d'augmentation du nombre de conflits et une évolution de leur nature, la confiance des habitants en leurs autorités communautaires est d'autant plus ébranlée. Les habitants ne s'orientent plus exclusivement vers leurs autorités ou n'hésitent pas à faire appel de la décision de ces dernières devant des juges. Dans un contexte de tension latente entre *residentes* et habitants permanents, la représentation des premiers au sein des autorités communautaires aggrave ces tensions.

La reconnaissance de la justice dite indigène a fait l'amalgame entre représentant d'une communauté et autorité suprême de ce territoire, en éclipsant les puissants mécanismes de contrôle et de participation groupale dans la prise de décision des résolutions de conflit. La résolution des conflits reste avant tout communautaire au sein de ces territoires. Les autorités ne sont que des arbitres. Dans le bureau des autorités originaires à Pampa Aullagas la décision n'était jamais imposée, l'autorité suggérait, mais pour être validée cette décision devait être acceptée par les deux parties en conflit.

6. Impact sur l'écologie

Depuis le « boom » de la quinoa, l'utilisation des pesticides, des machines agricoles et la monoculture de cette céréale se sont généralisées, entraînant des conséquences durables pour les écosystèmes locaux. Comme le constate Manuela Vieira Pak, depuis 2012, les sols se sont appauvris et les rendements ont considérablement baissé. En 2016, une étude préliminaire de PROINPA montrait que l'augmentation des surfaces cultivées de quinoa affecte la biodiversité des paysages qui a favorisé la diffusion de plaies et parasites au sein des terres cultivées.

L'activité de pâturage a été fortement diminuée du fait de la monoculture de quinoa mais les sols s'épuisent alors que, depuis 2016, le prix de la quinoa a énormément baissé à cause de la multiplication de l'offre de quinoa au niveau mondial. L'impact sur l'écologie a durablement marqué la région alors que la rente fluctuante de cette céréale⁶¹² n'apporte pas un revenu durable et pérenne pour les populations locales.

⁶¹² Dans les années 2000, dans cette région, le quintal (équivalent de 100kg) de quinoa coûtait moins de 400bs. Il surpasse les 2.500bs en 2014, pour se stabiliser à moins de 1.000bs en 2016 (un euro correspond approximativement à 8bs).

En conclusion, l'étiollement de la cohésion sociale ainsi que la verticalité des rapports entre les habitants dessinent une nouvelle configuration du pouvoir dans ces territoires communautaires andins obligeant à repenser de nouvelles formes d'arbitrage et de résolutions des conflits au niveau local.

Alors que le processus d'institutionnalisation d'une justice plurielle visait à déplacer et décentraliser le pouvoir vers les bases de la communauté, il a tendance à s'en échapper pour remonter vers la justice étatique ou de nouvelles instances supra-communautaires. La flexibilité des normes coutumières favorise la fragilisation de ce savoir ancestral, propre aux territoires ruraux indigènes. La coutume et les adages locaux ont tendance à être interprétés comme une source d'autonomie et de libération face aux instances étatiques, mais les changements sociaux que nous avons observés nuancent cette lecture, selon laquelle la justice dite indigène favorise la détermination et la création d'espaces d'autonomie des indigènes par rapport à la société dominante.

Section 2

Les outils mobilisés pour adapter et pour améliorer le droit d'accès à la justice environnementale

Parmi les mécanismes et les procédures identifiés dans les ordres juridiques étudiés pouvant être mobilisables pour améliorer et pour adapter l'accès à la justice environnementale au contexte autochtone, la spécialisation des juges (§1) et la mobilisation des instruments juridiques internationaux devant le juge national (§2) sont les moyens pouvant permettre d'atteindre, en partie, ces objectifs.

§1. La création de juridictions spécialisées pour améliorer l'accès à la justice environnementale

La création des tribunaux environnementaux⁶¹³, des juridictions et des juges spécialisés en matière environnementale qui adopte une vision globale du procès environnemental permet de concrétiser d'une autre manière le droit d'accès à la justice environnementale. Plusieurs tribunaux environnementaux ont pu être mis en place et ils se sont développés en Amérique du Sud, en Inde, en Nouvelle-Zélande, ou encore et dans une moindre mesure en Europe (les tribunaux des eaux publiques en Italie et les juridictions spécialisées en matière environnementale et foncière en Suède)⁶¹⁴.

Parmi les Etats étudiés, certains se distinguent par la mise en place des juridictions ou juges spécialisés en matière environnementale : il s'agit de la Suède⁶¹⁵, du Costa Rica⁶¹⁶, de la Bolivie⁶¹⁷, du Chili⁶¹⁸, du Salvador⁶¹⁹, du Pérou et dans une moindre mesure de l'Argentine⁶²⁰.

⁶¹³ P. Moraga Sariego, « Le dommage écologique face au juge environnemental au Chili », *RJE*, n°3, pp. 455-464 ; V. Chiu, « Les tribunaux environnementaux et la justice constitutionnelle », in *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels. Approche de droit comparé*, (dir. V. Chiu, A. Le Quinio), L'Harmattan, coll. « Droit comparé », 2021, pp. 87-107.

⁶¹⁴ C. Burdyslaw, « ¿Qué Puede Aprender Chile de la Experiencia de Otros Tribunales Ambientales en el Mundo? », *Revista Justicia Ambiental*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 94 ; C. Minaverry, « El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina », *Revista Gestión y Ambiente*, vol. 18, n° 2, 2015, p. 95-108, p. 97.

⁶¹⁵ Code de l'environnement suédois de 1998.

⁶¹⁶ Loi organique sur l'environnement (ley Orgánica del Ambiente) du 4 octobre 1995.

⁶¹⁷ Art. 186 et s. de la Constitution de 2009.

⁶¹⁸ Loi n° 20.600, portant sur la création des tribunaux environnementaux, 28 juin 2012.

⁶¹⁹ Décret législatif n°684 du 22 mai 2014 portant sur la création de la juridiction environnementale.

⁶²⁰ Dans ce dernier Etat, deux tribunaux de l'environnement ont été créés à l'échelle infra-étatique et notamment dans la province de Jujuy, pionnière en matière de justice environnementale, Loi n°5899/2015 du 17 décembre

À côté de ces Etats on peut rajouter également le Mexique où la question de la création des tribunaux environnementaux a été débattue par le législateur fédéral⁶²¹.

Tant le fonctionnement (A) que le rôle de ces juridictions spécialisées (B) doivent être interrogés pour comprendre dans quelle mesure elles peuvent garantir le droit d'accès à la justice environnementale au peuples et communautés autochtones

A. Le fonctionnement des juridictions spécialisées en matière environnementale et foncière

Au Chili, la création des tribunaux environnementaux est assez récente. Elle trouve son origine dans la loi n°20.600, adoptée par le Congrès en 2012⁶²² qui établit l'installation de trois tribunaux environnementaux, ceux de Santiago, de Valdivia et d'Antofagasta. Il est intéressant de souligner que cette loi ne se contente pas seulement de poser le principe de création de tels tribunaux mais elle détaille également la procédure applicable devant eux facilitant ainsi la tâche aux futures parties au procès. L'objectif du législateur était « de créer des juges indépendants pour qu'ils puissent contrôler les actes de l'Etat et éviter tout abus dans le domaine environnemental »⁶²³. Ces tribunaux sont qualifiés d'organes juridictionnels spécialisés et sont soumis au contrôle administratif, politique et financier de la Cour suprême⁶²⁴. Cette dernière, ainsi que les cours d'appel peuvent, dans le cadre des recours d'*amparo* et en protection des

2015 relative à la création de la juridiction environnementale et des bureaux des procureurs de l'environnement de la province de Jujuy, *Boletín Oficial Provincia de Jujuy*, n°143, 23 décembre 2015, p. 1614. Plus récemment, deux propositions de loi ont été présentées par deux sénateurs visant à la création d'un tribunal fédéral de l'environnement, Proposition de loi 1172-S-2020, présentée par A. H. Luenzo, le 10 juin 2020 et la proposition de loi 0886-S-2020 présentée par G. E. González le 11 mai 2020.

⁶²¹ Une proposition de révision constitutionnelle visant la création d'un tribunal environnemental fédéral a été déposée au Sénat par deux sénateurs M. V. Martínez Espinoza et J. Casillas Romero le 23 mars 2013. Elle est consultable en ligne à https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/40657 (consulté le 20 mars 2023). Voir aussi L. A. Peralta Escobar, *La situación de la impartición de justicia ambiental en México y propuesta de un tribunal ambiental del poder judicial de la federación*, thèse, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2016.

⁶²² Loi du 28 juin 2012 créant les tribunaux environnementaux. Congreso Nacional de Chile, « Historia de la Ley n° 20.600, Crea los Tribunales Ambientales », Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf>, consulté le 7 mai 2023.

⁶²³ E. Truilhé, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Rapport final de recherche, Mission Droit et Justice, mai 2019, p. 204. Voir aussi S. Valdès De Ferari, « The role of a non-lawyer in an environmental Court : the case of the Santiago Environmental Court », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, août-sept. 2016, étude 18.

⁶²⁴ Art. 1^{er} de la loi n° 20.600 du 28 juin 2012.

droits fondamentaux, exercer un contrôle de constitutionnalité des arrêts rendus par les tribunaux environnementaux devenus définitifs⁶²⁵.

Chaque tribunal environnemental se compose de trois juges, dont deux juristes et un scientifique. Ils exercent leurs fonctions pendant une durée de six ans, et peuvent être réélus à deux reprises⁶²⁶. La loi leur attribue deux compétences : d'une part, ils sont compétents pour se prononcer sur la légalité des actes administratifs pris par les personnes publiques en matière environnementale et d'autre part, ils sont en charge des actions en réparation des préjudices écologiques⁶²⁷. Afin d'éviter l'irréversibilité du dommage, les tribunaux environnementaux ont le pouvoir d'imposer l'accomplissement de différentes mesures conservatoires⁶²⁸. Ces mesures peuvent être prises par le juge soit d'office soit à la demande des parties et à n'importe quelle étape du procès. Dans l'hypothèse du non-respect de ces mesures conservatoires, et seulement en dernier recours, ces juges peuvent même émettre un mandat d'arrêt, assorti d'un pouvoir de perquisition à l'égard de la personne physique ou morale récalcitrante⁶²⁹. Pour faciliter l'accès à la justice environnementale, l'article 42 de la loi n° 20.600 prévoit qu'à titre exceptionnel, le tribunal peut exempter totalement ou partiellement une partie du paiement des honoraires de l'expert lorsqu'il estime qu'elle n'est pas en mesure de les payer.

En Suède, c'est le Code de l'environnement de 1998 qui a introduit un système de juridiction environnementale avec la création des tribunaux spécialisés, nommés tribunaux fonciers et de l'environnement. Le système juridictionnel suédois est fondé sur le modèle dualiste avec, d'une part, les juridictions de compétence générale, qui statuent dans les affaires civiles et pénales, incluant également les tribunaux fonciers et environnementaux et, d'autre part, les juridictions administratives de compétence générale.

Les tribunaux environnementaux et fonciers ont une compétence exclusive pour connaître des litiges de nature civile et administrative en matière d'environnement, d'aménagement du

⁶²⁵ Art. 63, 2°, b) et art. 97, 98, point 4 et art. 99 du Code organique des tribunaux de 1943, dont la dernière modification date du 19 février 2021 (Codigo orgánico de tribunales).

⁶²⁶ Art. 2 de la loi n° 20.600 du 28 juin 2012.

⁶²⁷ E. Truilhé, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *op. cit.*, p.205. Voir aussi P. Moraga, « La réparation du dommage environnemental en droit chilien : réflexions sur le droit d'agir », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, août-sept. 2016, étude 15.

⁶²⁸ Art. 24 de la loi n° 20.600.

⁶²⁹ Art. 45 de la loi n° 20.600. Pour une application de l'article, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Valdivia du 6 mars 2019, rol 13-2019. Voir aussi J. R. Retamal Valenzuela, « El *ius imperium* de los tribunales ambientales en Chile », *Revista Derecho del Estado*, n° 44, 2019, pp. 257-284.

territoire et en matière d'utilisation des ressources naturelles⁶³⁰. A titre d'exemple, les recours concernant la légalité des actes pris par les autorités publiques en violation de la législation environnementale et urbanistiques ou encore les demandes de réparation des dommages environnementaux sont de la compétence de ces tribunaux spécialisés.

Il existe cinq tribunaux fonciers et de l'environnement, qui constituent des juridictions distinctes au sein des tribunaux de première instance de Nacka, Vänersborg, Växjö, Umeå et Östersund. Les jugements et les ordonnances des tribunaux fonciers et de l'environnement peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour foncière et de l'environnement (*Mark- och miljööverdomstolen*), qui fait partie de la Cour d'appel de Svea (*Svea hovrätt*). Les affaires dont ont été saisis les tribunaux fonciers et de l'environnement et qui ont fait l'objet d'un appel devant la Cour foncière et de l'environnement peuvent encore faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême (*Högsta domstolen*). La Suède n'ayant pas de cour constitutionnelle, tout tribunal est cependant tenu de ne pas appliquer les lois et les ordonnances qui sont en conflit avec la Constitution ou les normes supérieures.

Les tribunaux fonciers et environnementaux sont composés d'un juge juriste, d'un juge technicien et de deux membres experts spécialement désignés. En Suède, les juges sont nommés - et ne peuvent être démis de leurs fonctions jusqu'à la retraite à 67 ans - par le gouvernement⁶³¹, sur la base des propositions du comité de proposition des juges (en suédois *Domarnämnden* qui est l'équivalent du conseil de la magistrature⁶³²). Cette règle s'applique aux juges ayant reçu une formation juridique ainsi qu'aux juges techniques. Lors de la nomination d'un juge ayant reçu une formation juridique, la connaissance et l'expérience en matière de droit de l'environnement ne sont pas une exigence formelle, mais elles sont considérées comme une qualification précieuse et sont prises en compte. Les juges techniques ne sont pas des juristes, mais doivent avoir une formation et des expériences techniques et scientifiques.

⁶³⁰ À titre d'exception, les litiges relatifs à la chasse et à la sylviculture relèvent de la compétence des juridictions administratives. En outre, les décisions environnementales prises par le gouvernement peuvent être contestées par le biais d'un contrôle judiciaire auprès de la Cour administrative suprême.

⁶³¹ Le chapitre 11, article 6, du RF

⁶³² Le *Domarnämnden* se compose de neuf membres. Cinq sont, ou ont été, juges ordinaires, deux membres doivent être des juristes extérieurs à la magistrature (dont l'un doit être avocat). Ces membres sont désignés par le gouvernement. Deux membres représentent la société civile et sont élus par le Parlement. Les fonctions du comité de nomination des juges sont réglées par la lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare [loi (2010:1390) relative à la nomination des juges ordinaires, ci-après la « loi (2010:1390 »)], le förordning (2010:1793) med instruktion för Domarnämnden [règlement (2010:1793) portant instructions pour le comité de nomination des juges], ainsi que par le Arbetsordning för Domarnämnden (règlement intérieur pour le comité de nomination des juges), adopté par cet organe le 13 avril 2011.

S'agissant des membres experts, ils ne comparaissent pas dans tous les types d'affaires et ont une formation technique et scientifique. Ils sont nommés par l'industrie et les autorités publiques centrales. Ces membres sont par exemple censés apporter leur expérience des opérations municipales ou industrielles. Ils ne sont pas employés par la Cour mais travaillent sur mandat. Tous les membres de la Cour ont des voix égales, le président (juriste) ayant une voix prépondérante en cas de partage des voix.

Le constitutionnalisme environnemental suédois n'est pas vraiment un modèle dans son genre. Très peu de dispositions constitutionnelles concernent la matière environnementale et les droits environnementaux. Si la loi fondamentale de 1974 affirme dans son premier chapitre que le bien-être personnel, économique et culturel de l'individu est un objectif fondamental de l'activité publique, le texte constitutionnel laisse peu de place à la protection de l'environnement et aux droits environnementaux. Le constituant suédois a fait le choix d'aborder la question environnementale par le prisme d'un objectif général qui consiste pour les institutions publiques à promouvoir un développement durable conduisant à un bon environnement pour les générations présentes et futures⁶³³. Toute l'architecture du droit de l'environnement suédois est axée sur l'application du principe de développement durable. Ce dernier a été mobilisé par les pouvoirs publics pour favoriser le développement des ressources renouvelables sur tout le territoire national. La Suède est ainsi devenue le pays de l'Union européenne où la part des énergies renouvelables est la plus élevée : 62,6 % en 2022, provenant principalement de l'hydraulique, de l'énergie éolienne, des biocarburants solides et liquides, ainsi que des pompes à chaleur⁶³⁴.

En Norvège, il n'existe pas de tribunaux spécialisés en matière environnementale, mais il existe une juridiction spécialisée compétente pour régler les litiges fonciers impliquant le peuple Sâme. L'expérience norvégienne est intéressante pour le cas français. En effet, alors même qu'en Nouvelle-Calédonie, il n'existe pas d'instance spécifique et spécialisée pour régler les conflits fonciers portant sur les terres coutumières et impliquant des personnes n'ayant pas le statut de Kanak, ces conflits risquent d'augmenter avec le changement climatique et la montée des eaux. Dans cette perspective, une réflexion sur la création d'une instance de médiation, de

⁶³³ Art. 2, ch. 1 de la loi fondamentale de 1974.

⁶³⁴ Selon les données de l'Eurostat, *Sustainable development in the European Union*, 2023, p. 138, disponible en ligne à l'adresse suivante <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15234730/16817772/KS-04-23-184-EN-N.pdf/845a1782-998d-a767-b097-f22e93d422?version=2.0&t=1688373085450> (consulté le 1^{er} février 2024).

conciliation des conflits fonciers en Nouvelle-Calédonie mérite d'être menée. Sur ce point spécifique, l'exemple norvégien peut servir de source d'inspiration.

La loi norvégienne de 2005 sur le Finnmark⁶³⁵ crée le Tribunal des terres non cultivées du comté du Finnmark⁶³⁶ et la Commission du Finnmark.

L'article premier de la loi précise que son objectif est de faciliter la gestion des terres et des ressources naturelles du comté de Finnmark d'une manière équilibrée et écologiquement durable au profit des résidents du comté et, en particulier, l'élevage de rennes, qui est la base de la culture sâme. La loi a instauré un système de cogestion des terres traditionnelles du peuple Sâmes au sein du comté du Finnmark et elle a transféré la propriété d'environ 95% des terres du comté à un organisme foncier spécialement créé par la loi : le Domaine de Finnmark (appelé en norvégien *Finnmarkseiendommen*). L'organisme foncier est administré par un conseil composé de six membres désignés à parité par le Conseil du Comté de Finnmark et par le parlement sâme de Norvège. Le régime de cogestion des terres traditionnelles mis en place permet d'assurer une collaboration entre les représentants du peuple sâme et le reste de la population norvégienne. Les litiges relatifs aux droits découlant des enquêtes menées par la Commission du Finnmark sur les parcelles de terre au sein du comté Finnmark sont de la compétence exclusive du Tribunal spécial des terres non cultivées du Finnmark, dont les jugements sont juridiquement contraignants. Ces jugements sont susceptibles d'appel directement devant la Cour suprême⁶³⁷.

Si la création du Tribunal date de 2005, il a été mis en place seulement en septembre 2014⁶³⁸. Lors de sa première année d'activité, le tribunal avait rejeté la majorité des requêtes introduites devant lui tant sur le fond que sur la forme. En effet, les juges ont interprété de manière restrictive leur compétence en posant le principe de la saisine obligatoire de la Commission du Finnmark avant l'introduction d'un recours. La décision de la Commission du

⁶³⁵Lov 17. juni 2005 n° 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven) (Norvège). Une traduction anglaise est également disponible (Act of 17 June 2005 n° 85 relating to legal relations and management of land and natural resources in the county of Finnmark (Finnmark Act) à l'adresse suivante : <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2005-06-17-85>.

⁶³⁶Comté le plus septentrional de la Norvège où se trouve la plupart des terres traditionnelles sâmes. Il couvre près de 45 000 km².

⁶³⁷ Art. 42 de la loi précitée.

⁶³⁸ Ø. Ravna, « Operation of the Uncultivated Land Tribunal for Finnmark Has Ceased Due to Lack of Funds », *Arctic Review on Law and Politics*, n° 2, 2015, p. 176 et s.

Finnmark peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal dans un délai d'un an et six mois à partir de sa notification aux personnes intéressées⁶³⁹.

Plus globalement, afin de faciliter l'accès à la justice, la plupart des frais de justice sont pris en charge par l'Etat⁶⁴⁰ et le droit de s'exprimer dans la langue sâme dans le système judiciaire est reconnu par le législateur⁶⁴¹.

B. Le rôle des tribunaux environnementaux chiliens pour garantir la justice environnementale

L'étude de l'expérience chilienne permet de nuancer le rôle des tribunaux environnementaux en matière d'accès à la justice environnementale. D'une part, leur rôle est concurrencé par la justice constitutionnelle (1) et d'autre part, il peut être amélioré (2).

1. Un rôle concurrencé par la justice constitutionnelle

L'ensemble des peuples autochtones du Chili revendique aujourd'hui la restitution ou la protection de leurs terres ancestrales menacées par les industries extractives, de développement ou d'infrastructures. Cette situation conjuguée à la méconnaissance d'une territorialité autochtone, rend les terres, les territoires et la biodiversité de ces espaces particulièrement vulnérables. Cette vulnérabilité, renforcée par un racisme systémique prévalent, est exacerbée par deux facteurs essentiels à prendre en compte : la culture juridique des agents du droit, encore peu perméable à une interprétation interculturelle du droit⁶⁴² qui permettrait d'interpréter le catalogue des droits fondamentaux protégés par la Constitution de 1980 à la lumière du droit international des peuples autochtones; mais aussi, le statut des droits des peuples autochtones

⁶³⁹ Art. 38 de la loi précitée.

⁶⁴⁰ Art. 43 de la loi précitée.

⁶⁴¹ Chapitre 3, §3-4 de la loi sur les Sâmes du 12 juin 1987. Une traduction en anglais de la loi est disponible à l'adresse suivante : <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-sami-act-/id449701/> (Act of 12 June 1987 n° 56 concerning the Sameting (the Sami parliament) and other Sami legal matters (the Sami Act))

⁶⁴² J.J. Faundes et F. Le Bonniec, « Cultura jurídica chilena, derecho a la identidad cultural y jurisprudencia, un acercamiento metodológico interdisciplinario », *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 11, 2020, pp. 137-193.

au Chili, insuffisant pour faire le poids face au modèle économique néolibéral chilien protégé par la Constitution⁶⁴³.

Avant la ratification de la Convention n° 169 de l'OIT, la constitution actuelle et la *ley indígena*, se sont révélées insuffisantes pour protéger les territoires de vie autochtones des atteintes portées à leurs droits fondamentaux et notamment remettre en cause des décisions de l'administration environnementale ayant validé les projets contestés. Cette situation est parfaitement illustrée par l'échec des actions en justice présentées par des familles *pehuenche* déplacées en raison de l'inondation de leurs terres traditionnelles par la centrale hydroélectrique Ralco⁶⁴⁴. La protection spéciale des terres autochtones assurée par la *ley indígena* cédait face à l'impératif du modèle économique néolibéral chilien, soutenu par la Constitution et les lois organiques constitutionnelles sectorielles comme en l'espèce Ralco, la loi générale de service électrique de 1982. La ratification de la Convention n°169 de l'OIT a-t-elle permis de remédier à cette situation ?

Dès l'entrée en vigueur de la Convention n°169 en 2009, les peuples autochtones ont présenté des recours de protection pour tout projet de développement, d'infrastructure ou d'extraction de ressources naturelles sur des terres autochtones n'ayant fait l'objet d'aucune consultation auprès des populations autochtones concernées. Cette stratégie de judiciarisation⁶⁴⁵ a été motivée par un arrêt du Tribunal Constitutionnel de 2000 qui avait déclaré que l'article 6 de la Convention 169 relatif au droit à la consultation et au consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones pour toute décision législative ou administrative les concernant était directement exécutoire⁶⁴⁶. Dès lors, en l'absence de toute consultation, et alors même qu'aucune norme n'avait été adoptée pour régler l'application de ce droit, en portant à *minima* atteinte à l'article 19 n°2 relatif au droit à l'égalité juridique,

⁶⁴³ Voir notamment, C. Viera Álvarez, et G. C. Campo Almendros, « El largo camino hacia la democracia: el neoliberalismo autoritario en la Constitución Económica chilena », *Revista derecho del Estado*. 58, 2023, pp. 389-422. DOI:<https://doi.org/10.18601/01229893.n58.14>.

⁶⁴⁴ S. Fuenzalida Bascunan, « RALCO. El significado de una gesta », 5 avril 2003, <https://omal.info/IMG/pdf/dc73.pdf> 21 de noviembre de 2001 por la Corte de Apelaciones de Santiago

⁶⁴⁵ On entend par judiciarisation, le recours stratégique des justiciables au système judiciaire, dans l'espoir que celui-ci consacre l'interprétation spécifique d'un ou plusieurs droits en vue d'une solution favorable. Les succès des stratégies de judiciarisation dépendent de plusieurs facteurs, notamment du dynamisme de la culture juridique des différents agents qui interviennent dans le processus de résolution judiciaire ; de l'offre juridique disponible en termes de droits et de recours en justice, ainsi que de facteurs éminemment politiques. Les risques d'une telle démarche pour le justiciable sont d'obtenir l'effet opposé de celui recherché, c'est-à-dire que les tribunaux fixent une interprétation d'un droit défavorable au justiciable.

⁶⁴⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000. Rol 309-2000, consid. 6 et 7.

leurs recours ne pouvaient qu'être admissibles. Dans un premier temps, cela a du moins été la position de certaines cours d'appel⁶⁴⁷ au contraire de la Cour Suprême qui rejetait les recours des requérants autochtones⁶⁴⁸. Cette dernière estimait en effet que si un processus de participation avait été mis en place auprès des peuples autochtones, conformément au processus de participation citoyenne général prévu par la loi environnementale n°19.300, le droit à la consultation des peuples autochtones avait été respecté⁶⁴⁹. Si dès 2011, la Cour Suprême a semblé revenir sur cette interprétation⁶⁵⁰, sa jurisprudence en la matière est demeurée variable, il faudra attendre 2012-2013 pour que la Cour Suprême se rattache de manière plus systématique à des critères autonomes de consultation propres à la Convention 169⁶⁵¹.

Cependant, trois événements survenus au cours de la période 2013-2014, vont bouleverser cette stratégie en créant de nouvelles incertitudes quant au sort des recours de protections environnementaux intentés par des peuples autochtones. Tout d'abord, non sans causer de surprise, une décision de la Cour Suprême présentée comme « *un recul sans précédent dans l'accomplissement de la Convention 169 de l'OIT* »⁶⁵², s'est basée sur le très contesté décret n°124 de 2009 sur la « réglementation de la participation et la consultation des peuples autochtones » pour rejeter un recours de protection environnemental⁶⁵³. Ensuite, en décembre 2013 et mars 2014 sont respectivement entrées en vigueur deux nouvelles normes qui réglementent le droit à la consultation des peuples autochtones, l'une spécifique, le décret n°40 de réglementation du système d'évaluation environnementale⁶⁵⁴ et l'autre, générale, le décret n° 66 qui régit la procédure de consultation autochtone⁶⁵⁵. S'éloignant des standards posés par le droit international des peuples autochtones, le décret n°40, circonscrit le droit à la

⁶⁴⁷ Voir notamment Corte de Apelaciones de Puerto Montt, décision du 27 octobre 2010, Rol n° 36-2010.

⁶⁴⁸ Pour une liste de jurisprudences en ce sens, voir F. Guerra, « Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile », *Revista Justicia Ambiental*, n° 9, 2017, note 6, p. 23

⁶⁴⁹ Voir Corte Suprema, rol n° 4078-2010 14.10.10, consid. 5, 6 et 7.

⁶⁵⁰ Voir notamment, Corte Suprema, Rol n° 258-2011, décision du 13 juillet 2011 et Corte Suprema, Rol n° 10090-2011, décision du 22 mars 2012.

⁶⁵¹ Voir Comunidad Indígena Antu Lafquén de Huentetique, Corte Suprema, Rol n° 10090-2011, decisión du 22 mars 2012 et l'analyse de S. Fuenzalida, « Desarrollo de la jurisprudencia en Chile sobre la consulta indígena: los casos del tribunal constitucional y la corte suprema », *Revue Québécoise de droit international*, hors-série « L'Etat de droit en Amérique latine et au Canada », 2015. pp. 171-174.

⁶⁵² Voir sur ce point, « Opinión. Corte Suprema: un retroceso sin precedentes en el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT », *Diario Constitucional.cl*, <https://www.diarioconstitucional.cl/2014/05/20/opinion-corte-suprema-un-retroceso-sin-precedentes-en-el-cumplimiento-del-convenio-169-de-la-oit/>

⁶⁵³ Rol n. 1515-2014, *Proyecto de Agua Potable Rural Ko Winkul Pocura*.

⁶⁵⁴ Decreto supremo (DS) n° 40/2012 del Ministerio de Ambiente.

⁶⁵⁵ Decreto supremo (DS) n° 66/2013 del Ministerio de Desarrollo Social.

consultation pour les projets soumis à une Etude d'Impact Environnementale⁶⁵⁶ (qui concerne environ 4.6 % des projets présentés au Service d'Evaluation Environnementale⁶⁵⁷) et met en place des critères restrictifs pour déterminer les titulaires du droit à la consultation⁶⁵⁸.

Quant au décret n°66, il prévoit une obligation de consultation autochtone pour deux types de mesures : d'une part, pour l'adoption des mesures législatives et d'autre part pour celle de mesures administratives. Dans les deux cas, l'obligation de consultation s'applique seulement pour les mesures susceptibles d'impacter de manière significative les autochtones, d'affecter l'exercice de leurs traditions et coutumes ancestrales, leurs pratiques religieuses, culturelles ou spirituelles, ou la relation avec leurs terres autochtones⁶⁵⁹. Le décret n°66 fixe pour la première fois une méthodologie de la procédure administrative de consultation et indique que l'organe de l'administration de l'Etat qui doit adopter la mesure soumise à l'obligation de consultation sera chargé de coordonner et d'exécuter le processus de consultation⁶⁶⁰. Ce texte pose un ensemble de règles de procédure à respecter parmi lesquelles il y a la publication de l'avis de consultation dans la presse, sur internet ou tout autre moyen approprié facilitant sa diffusion auprès des autochtones, l'usage de la langue espagnole et des langues autochtones, l'établissement des délais minimums pour le déroulement du processus de consultation etc⁶⁶¹. Sur ce dernier point, le décret précise que sans préjudice d'éventuelles prolongations, une consultation portant sur une mesure législative doit durer 125 jours et celle portant sur une

⁶⁵⁶ En droit de l'environnement chilien, il existe deux types d'évaluation environnementale : les études d'impact et les déclarations d'impact. Ces dernières sont exclues du champ d'application de l'obligation de consultation. Les deux documents sont réalisés par les porteurs des projets. Voir N. Silva Valenzuela, C. Jara-Villalobos, « La consulta indígena de proyectos de inversión en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental : Antecedentes y resultados a una década del D.S. 66/2013 », *Revista de derecho ambiental*, n°20, 2023, pp. 215-251.

⁶⁵⁷ Le Service d'évaluation environnementale est chargé de mettre en oeuvre la procédure administrative de consultation des peuples et communautés autochtones. N. Mendiburo, « Análisis crítico de la normativa y jurisprudencia nacional respecto a la consulta indígena en materia ambiental, en relación con el Convenio n°169 de la Organización Internacional Del Trabajo », *Revista De Derecho*, 2021, p. 64.

⁶⁵⁸ F. Guerra, « Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile », *Revista Justicia Ambiental*, n°9, p.25, note 6.

⁶⁵⁹ Art. 7, DS n°66/2013 « Ambas medidas consultables en el caso de impactar significativamente a los indígenas, afectar el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas ».

⁶⁶⁰ Art. 12 et s., DS n° 66/2013.

⁶⁶¹ Art. 15 et s., DS n°66/2013.

mesure administrative : 100 jours⁶⁶². En pratique, la durée de la procédure de consultation dure en moyenne 22 mois⁶⁶³.

Dans ce nouveau contexte juridique, dès lors que des mécanismes de consultation étaient mis en œuvre, les requérants autochtones ne pouvaient plus invoquer simplement l'absence de consultation comme ils le faisaient auparavant pour obtenir la suspension d'un projet ayant un impact sur leur territoire. Les communautés concernées ont alors invoqué des vices dans la procédure de consultation menée, soit qu'elle aurait été irrégulière ou encore que des communautés concernées auraient été exclues à tort du processus de consultation mené ; car *in fine*, derrière ces recours, il s'agit avant tout pour les requérants autochtones de protéger les territoires et d'empêcher la poursuite du projet contesté, donc de dire non ! et que le non soit suivi d'effet ; rappelons ici qu'en soit, le droit à la consultation tel qu'il est régulé et interprété au Chili n'exige en effet pas l'obtention du consentement des peuples autochtones concernés⁶⁶⁴.

Enfin, à partir de 2014, avec la mise en place progressive des tribunaux environnementaux créés par la loi n° 20.600, en application du principe de spécialité, la Cour Suprême mais aussi les Cours d'appel, ont eu tendance, sauf exceptions⁶⁶⁵, à se déclarer incompétentes pour statuer sur les recours de protection environnementaux soumis, au motif que les tribunaux environnementaux sont désormais l'instance compétente pour statuer sur toutes les réclamations effectuées contre la légalité des actes administratifs provenant des institutions environnementales chiliennes⁶⁶⁶. Certains auteurs ont ainsi évoqué « l'agonie » ou la « mort »

⁶⁶² Ministerio del Medio Ambiente, «¿Qué es la Consulta a los Pueblos Indígenas?», disponible en ligne à l'adresse suivante <https://consultaindigena.mma.gob.cl/preguntas-frecuentes/>

⁶⁶³ Dans le nord du Chili la procédure de consultation dure en moyenne 17 mois tandis que dans le sud elle est en moyenne de 26 mois, voir sur ce point N. Silva Valenzuela, C. Jara-Villalobos, « La consulta indígena de proyectos de inversión en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental : Antecedentes y resultados a una década del D.S. 66/2013 », *Revista de derecho ambiental*, n°20, 2023, p. 218.

⁶⁶⁴ Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le consentement des peuples autochtones est requis pour tous projets à grande échelle ayant un impact majeur sur les territoires autochtones. Certains auteurs considèrent cependant qu'indépendamment de l'ampleur de leur impact, tout projet d'extraction de ressources naturelles en territoire autochtone doit obtenir leur CPLE. Sur ce point, voir, C. Carmona, Carmona, « Consentimiento Libre, Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena: ¿Regla general y derecho consuetudinario internacional? », *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n°3, 2019. Voir aussi CIDH, Pueblo Saramaka c/ Surinam, 28 novembre 2007, §. 134.

⁶⁶⁵ Par exemple Comunidad Agrícola Diaguita Husco Altinos y otros con Comisión de Evaluación Ambiental región de Atacama: Corte Suprema, 7 de octubre de 2014, Rol n° 11299-2014; Asociación Indígena Kñintu Lafken-Mapu Penco y otros con Servicio de Evaluación Ambiental región Biobío y Comisión de Evaluación Ambiental región Biobío : Corte Suprema, 30 de enero de 2017, Rol n° 65349-2016.

⁶⁶⁶ Voir notamment, E. Carrasco, « De Trillium a Central Los Cóndores: Continuidad y Cambio del Recurso de Protección Ambiental en Veinte Años de Jurisprudencia », *Revista Justicia Ambiental*, n° 9, 2017, p. 284.

du recours de protection environnementale⁶⁶⁷ tandis que d'autres s'interrogent sur les avancées permises par les tribunaux environnementaux pour les communautés autochtones⁶⁶⁸.

Si, malgré les conflits de compétence invoqués, les communautés autochtones ont continué d'exercer des recours de protection environnementaux, par habitude, pour des raisons aussi de facilité d'accès à la justice et liées à l'urgence de la procédure, depuis l'installation des tribunaux environnementaux, ces recours ont cependant aujourd'hui encore moins de chance de prospérer qu'auparavant. Une étude de cas menées sur 31 recours de protections « environnementaux » présentés par des Mapuche entre 2014 et 2020, correspondant à 20% des recours présentés dans ce domaine au niveau national, révèle que seuls deux de ces recours ont été admis⁶⁶⁹. Si certaines décisions favorables aux peuples autochtones ont été rendues par les tribunaux environnementaux depuis leur création⁶⁷⁰, il demeure cependant important que le droit fondamental de vivre dans un environnement non contaminé continue d'être protégé par la justice constitutionnelle dans les situations d'urgence prévues par le recours de protection (voir un exemple dans l'encadré ci-dessous).

Le recours en protection déposé par la Communauté Aymara d'Umirpa contre l'Entreprise *Andex Minerals SPA*

Dans l'affaire *Communauté Aymara d'Umirpa contre l'entreprise minière Andex Minerals Spa*⁶⁷¹, la communauté a obtenu la suspension des travaux d'exploration réalisés depuis 2018 par l'entreprise minière canadienne au sein de la montagne sacrée Anocarire, située dans la commune de Camarones, dans les régions d'Arica et de Parinacota. Bien que cette montagne, située en territoire autochtone, fasse partie de l'Aire de développement autochtone (ADI) et avoisine la Réserve naturelle, les communautés autochtones concernées n'ont pas été consultées en violation de la Convention n°169 de l'OIT et du décret n° 66 de 2014. En l'espèce, la Cour

⁶⁶⁷ F. Zúñiga Urbina, « A propósito de la “agonía” o “muerte” del recurso de protección ambiental », *Revista De Derecho*, n°7, 2017, pp. 17-42.

⁶⁶⁸ A ce sujet, voir H. Pacheco Cornejo, « Recursos de protección ambientales interpuestos por mapuche desde la creación de los tribunales ambientales. Demandas indígenas y supervivencia de la acción constitucional » *Revista de derecho (Concepción)*, 90(251), 2022, pp. 150. Ainsi que D. Hervé et D. Bascur, « La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por Parte de los Tribunales Ambientales: ¿Avance y/o Retroceso? », *Revista Justicia Ambiental*, n° 11, 2019, p. 229.

⁶⁶⁹ Dix-huit de ces recours invoquaient une violation de leur droit à la consultation et douze étaient notamment intenté contre des résolutions de qualification environnementale, voir *ibid*, p. 151.

⁶⁷⁰ Voir N. Mendiburo, *op. cit.*, note 57.

⁶⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema, rol n° 42.563-2021, 31 août 2021.

Suprême a considéré que la poursuite de l'exploration minière dans la montagne sacrée constituait une violation de l'article 19 (§§ 1, 2, 6, 8, 21 et 24) de la Constitution. Elle a estimé que les travaux réalisés par Andex Minerals, sur le fondement d'une simple déclaration environnementale, avaient causé des dommages à la flore et à la faune, aux sites archéologiques et avaient provoqué des nuisances sonores. Dans cette affaire, les juges ont demandé l'arrêt des travaux réalisés par l'entreprise canadienne jusqu'à l'obtention d'une autorisation environnementale qui pose l'obligation de consultation des peuples autochtones.

Marcela Gomez, ex constituante autochtone en 2021-2022 et requérante dans cette affaire, souligne que cette montagne est un site sacré où sa communauté pratique des rituels. C'est dans ce contexte, qu'elle s'est aperçue avec sa communauté que l'entreprise minière prélevait de l'eau de la source Ventanane. En entretien, cette dernière a expliqué que pour accréditer l'importance spirituelle de la montagne, la tradition orale aymara avait été jugée insuffisante par la Cour qui avait exigé la production de sources écrites scientifiques se rapportant à l'importante spirituelle et sacrée de la montagne que la dirigeante souhaitait protéger⁶⁷².

Si la stratégie de la judiciarisation du droit à la consultation dans les conflits territoriaux-environnementaux a visé à faire respecter le droit de participation des peuples autochtones à la prise de décision mais aussi à protéger un droit au territoire inexistant et les droits connexes, son succès relatif, dû à la ténacité des requérants autochtones à défendre leurs territoire, s'inscrit dans un parcours semé d'obstacles, accentué par une interprétation restrictive du droit à la consultation des peuples autochtones. Dans ce contexte, la jouissance par les peuples autochtones de leurs droits fondamentaux mis en cause dans des situations de conflits territoriaux-environnementaux est aujourd'hui particulière vulnérable et incertaine.

B/ Un rôle reconnu, mais à améliorer

Depuis la création des tribunaux environnementaux, l'action en réparation pour préjudice écologique relève de la juridiction spéciale, tandis que l'action en indemnisation pour les pertes matérielles personnelles (dommage patrimonial) relève de la compétence du juge ordinaire⁶⁷³. Les personnes qui peuvent agir en justice à travers une action en réparation sont les personnes physiques, morales, publiques ou privées, touchées par le dommage ; les mairies, pour les

⁶⁷² Entretien mené par Leslie Cloud le 26 octobre 2023 à Arica.

⁶⁷³ P. Moraga, « Le dommage écologique face au juge environnemental au Chili », *RJE*, n° 3, 2020, p. 455.

dommages causés sur leurs territoires et l'Etat, par l'intermédiaire du Conseil de Défense de l'Etat. Pour engager les deux types d'action, les requérants doivent apporter la preuve de l'atteinte subie, autrement dit, ils doivent être directement touchés.

Selon la jurisprudence développée par les tribunaux environnementaux, les personnes physiques ayant un « intérêt à agir sont celles qui habitent ou développent leur activité principale dans le territoire où le dommage se produit ou se manifeste »⁶⁷⁴. Il s'agit d'une interprétation assez large de la condition de l'intérêt à agir pour les actions en réparation des dommages environnementaux. S'agissant des personnes morales, la justice spécialisée précise qu'elles ont un intérêt à agir lorsqu'elles sont installées ou exercent leur activité principale sur le territoire où le dommage se produit ou se manifeste. Par ailleurs, l'objet social des organisations et associations fixé dans leurs statuts peut également justifier leur droit d'agir devant le tribunal environnemental et cela indépendamment de leur siège social. Une telle interprétation issue de la jurisprudence des tribunaux environnementaux favorise l'accès à la justice environnementale de la société civile organisée.

Dans le procès devant la justice spécialisée, il existe un allègement de la charge de la preuve au profit des requérants lorsque ces derniers invoquent la méconnaissance d'une norme environnementale. Dans ce cas précis, il existe une présomption de responsabilité du défendeur, mais aussi une présomption de l'existence du lien de causalité entre l'acte qui cause le dommage environnemental et celui-ci⁶⁷⁵. Le fait de ne pas faire peser la charge de la preuve sur les requérants, permet d'améliorer l'accès à la justice environnementale en réduisant ainsi les inégalités matérielles existantes entre les parties dans le procès environnemental.

En outre, l'article 19 de la loi de 2012 renforce l'accès à la justice environnementale, de manière indirecte, à travers la possibilité de présenter un *amicus curiae*. Cette faculté est ouverte à toute personne, physique ou morale, qui n'est pas partie au procès, mais qui détient une expertise technique et professionnelle reconnue en lien avec l'objet du litige et qui invoque la protection d'un intérêt public. Cette personne ou les associations environnementales peuvent présenter des rapports contenant des commentaires, des observations ou des suggestions dans le cadre de la procédure menée devant les tribunaux environnementaux ; bien que ces rapports

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 457.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 459.

n'aient pas d'effet contraignant, ils doivent être pris en compte dans la décision finale du tribunal.

En général, la compétence spécialisée des tribunaux environnementaux et la participation de scientifiques dans la prise de décision sont considérées comme des points positifs pour la justice environnementale tout comme la pratique du Tribunal environnemental d'Antofagasta de se rendre sur le terrain des conflits environnementaux soumis⁶⁷⁶. Les visites de terrains des magistrats saisis sont encouragées pour les trois tribunaux environnementaux.

Lors des entretiens menés en octobre 2023 avec des représentants des peuples autochtones au Chili et avec des avocats, plusieurs points jugés essentiels pour améliorer le droit d'accès à la justice environnementale ont été évoqués. Selon les personnes interviewées, il serait souhaitable que plus de tribunaux environnementaux soient créés sur le territoire national afin de faciliter l'accès logistique à ces tribunaux, rendu difficile en raison des longues distances (plusieurs centaines de kilomètres) les séparant des localités, des communautés concernées et du coût en termes d'investissement économique et temporel qui doit être consacré. Ces difficultés logistiques expliquent que certains justiciables autochtones préfèrent continuer de recourir aux recours de protections environnementaux bien que leur admissibilité soit désormais plus difficile depuis la création des tribunaux environnementaux.

Il est par ailleurs reproché à ces tribunaux de méconnaître le droit international et national des peuples autochtones, d'interpréter strictement le droit à la consultation des peuples autochtones, de ne pas valoriser les savoirs autochtones comme moyens de preuve et de manquer de moyens de nature à vérifier les rapports scientifiques soumis par les parties.

Une affaire importante est actuellement portée devant le 1^{er} tribunal environnemental par le Conseil de Défense de l'Etat et le Conseil des Peuples Atacamenos contre trois entreprises minières (*Minera Escondida, Minera Zaldívar et Albemarle*) pour dommages irréversibles causés à l'aquifère de Monturaqui-Negrillar-Tilopozo (voir l'encadré).

⁶⁷⁶ Entretien à Santiago du Chili, du 21 octobre 2023.

L'exemple du Conseil des peuples Atacameños

Afin de pallier les insuffisances des tribunaux environnementaux pour des territoires et des cultures concernés, le Conseil des peuples Atacameños (CPA)⁶⁷⁷ a mis en place, en 2017, une Unité de l'Environnement, formée aux sciences occidentales de l'environnement, composée d'hydrogéologues, d'ingénieurs et de contrôleurs environnementaux des communautés membres du CPA, chargée d'assurer l'évaluation environnementale des territoires des communautés qui forment le CPA mais aussi d'élaborer les rapports soumis aux tribunaux environnementaux qui répondent et viennent contester les rapports scientifiquement infondés présentés par les entreprises minières.

En raison de son expertise, l'Unité de l'environnement du CPA a été invitée à participer à l'étude menée par l'Université Catholique du nord en 2022, au sujet de la situation de deux lagunes de l'altiplano, la Punta et la Brava. Cette étude, qui contredit les données fournies par les entreprises minières du secteur, est fondamentale dans le cadre du procès judiciaire intenté par le Conseil de Défense de l'Etat contre trois entreprises minières pour dommage irréversible causé à l'aquifère de Monturaqui-Negrillar-Tilopozo⁶⁷⁸. Afin d'assurer la défense juridique des territoires Lickanantai, le CPA s'est également doté d'une unité juridique.

⁶⁷⁷ Le CPA dont le siège est à San Pedro de Atacama a été créé en 1994 afin de représenter les communautés autochtones d'Atacama auprès des organisations publiques et privées dans leurs revendications territoriales et pour gérer les conflits existants avec les entreprises minières installées dans la région quant à l'utilisation indiscriminée des ressources naturelles, notamment de l'eau et les atteintes portées aux écosystèmes. Le CPA est aujourd'hui composé de 18 communautés (Río Grande, Machuca, Catarpe, Quitor, San Pedro de Atacama, Solcor, Larache, Yaye, Séquitor, Cúcuter, Coyo, Toconao, Talabre, Camar, Socaire, Peine, Solor et Huatín). Ces communautés réunissent un ensemble de familles regroupées en Ayllu, organisation territoriale socio-culturelle de cette localité.

⁶⁷⁸ En 2022, le Conseil de défense de l'Etat (ci-après CDE) en tant que demandeur principal ainsi que la communauté autochtone Atacameña de Peine et le Conseil des peuples Atacameño en tant que tiers demandeurs, ont présenté un recours en justice devant le premier tribunal environnemental à l'encontre de trois entreprises minières⁶⁷⁸. Dans cette affaire, le CDE qui déclare agir au nom du Chili et des générations futures, invoque le dommage environnemental irréparable, permanent et continu causé par les entreprises minières et notamment l'extraction d'eau que leur activité requiert : « c'est un fait établi par des experts et des témoins ordinaires que les écosystèmes dépendant de l'aquifère de Monturaqui-Negrillar-Tilopozo disparaîtront nécessairement, que les services écosystémiques qu'ils fournissent cesseront d'être fournis et que la biodiversité qui caractérise la zone disparaîtra également ». Selon une étude du Ministère de l'environnement, la lagune La Pinta va s'assécher en 2028 tandis que la Lagune La Brava survivra quelques années de plus. Les avocats du CDE soutiennent enfin que l'escargot *Tiloposo*, une espèce unique de la région, « va perdre son noyau de population le plus important » de même que des organismes extrémophiles qui habitent les lagunes. Comme le souligne M. Solís, « c'est une source inépuisable de connaissances scientifiques qui sera gaspillée ». L'avocat de la Communauté Peine déplore que les représentants actuels de la Communauté pourraient appartenir à la dernière génération de leur communauté à avoir vu *Las Vegas de Tilopozo* et les systèmes lagunaires de La Punta et de La Brava. Selon ce dernier, toutes les preuves présentées montrent que les niveaux d'eau dans l'aquifère sont liés aux extractions des défendeurs, qui obéissent douloureusement à une vision des affaires, à un modèle d'exploitation qui n'est ni rationnel ni responsable, puisque même face aux preuves, aucune mesure n'est prise pour corriger la situation de danger et de dommage qui est causée. "Aujourd'hui, les extractions se poursuivent. En 30 minutes de plaidoirie, l'équivalent de 27 camions-citernes de 15 mètres cubes d'eau ont quitté l'aquifère. Ils n'ont pas atteint Tilopozo et ne l'atteindront

Aujourd'hui le CPA veut prendre part à la prise de décision concernant le plan national stratégique pour le lithium engagé par le gouvernement chilien sans la consultation des communautés concernées⁶⁷⁹. Si au départ le CPA a conclu des accords de partage de bénéfice avec les entreprises minières du secteur, actuellement son président reconnaît que les communautés n'ont pas anticipé l'ampleur qu'allait représenter l'industrie du lithium dans la localité et souhaiterait stopper la croissance de ce secteur sur le territoire Lickanantai en raison des graves dommages environnementaux engendrés.

§3. La mobilisation des instruments juridiques internationaux : un outil pour améliorer et adapter l'accès à la justice environnementale au contexte autochtone

Face aux limites et lacunes des droits nationaux pour protéger les droits des peuples et communautés autochtones, il est possible d'identifier une mobilisation récente du droit international des droits de l'homme devant les juges nationaux. Cette stratégie mise en place dans les Etats scandinaves a ouvert une voie pour promouvoir la protection de la culture Sâme

jamais. C'est l'équivalent de l'eau qui continue d'être extraite". Sergio Chamorro, avocat du Conseil des peuples Atacameño (CPA), a fait valoir le droit du Peuple Atacameño « de rester dans un lieu et dans un environnement naturel propres au peuple Atacameño » tout en rappelant qu'ils ont alerté depuis longtemps que le bassin, ses zones humides et l'aquifère sont des systèmes extrêmement fragiles : « Ils savent et nous savons que l'endroit où ils extraient le cuivre et le lithium est extrêmement fragile. Qu'un peuple y vit depuis 11 000 ans et qu'il vit grâce à un équilibre écosystémique ». Selon les entreprises minières mises en cause, ces dernières ne seraient responsables d'aucun dommage environnemental à l'aquifère et que la demande intentée à leur encontre serait « injuste, incohérente et injustifiée ».

⁶⁷⁹ Le Chili est le deuxième producteur mondial de lithium et possède les plus grandes réserves de lithium au monde. Le lithium est extrait à partir de l'évaporation des saumures (eau salée contenant du lithium) qui se trouve sous les salines d'Atacama, un processus de séparation du lithium qui prend plusieurs années, draine des ressources en eau déjà rares, endommage les zones humides et nuit aux communautés autochtones et à l'ensemble du vivant de ces territoires. Si l'extraction du lithium se concentre aujourd'hui dans le désert d'Atacama, les salines de Maricunga situées dans la même région, attire désormais également l'attention des entreprises minières. La stratégie nationale du lithium présentée le 20 avril 2023 par le Président Gabriel Boric a fait l'objet de nombreuses critiques de la part des peuples autochtones concernés et des scientifiques. Voir la présentation en anglais de la stratégie nationale du lithium de 2023 à l'adresse suivante : <https://www.gob.cl/litioporchile/en/>. Il convient de préciser que le Chili est le premier fournisseur de lithium de l'UE (à hauteur d'environ 80%). Les relations entre l'UE et le Chili sont fondées sur l'accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et le Chili, d'autre part, qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2005. Actuellement, les deux Parties négocient l'adoption d'un accord-cadre avancé pour tenir compte de nouveaux enjeux et défis liés à la crise énergétique. Cependant, comme le regrette le Parlement européen, le texte du projet d'accord-cadre tel que proposé par le Conseil omet de mentionner explicitement le respect du principe du consentement préalable, libre et éclairé des peuples et communautés autochtones, §31 de la résolution du Parlement européen du 29 février 2024 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord-cadre avancé entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part (COM(2023)0432 – C9-0467/2023 – 2023/0260R(NLE)).

et pour garantir leurs droits individuels et collectifs contre les impacts négatifs des projets de développement sur leurs terres et territoires.

Les fondements d'une amélioration du droit d'accès à la justice environnementale ne sont pas posés par les juges européens. En effet, si la Cour européenne a eu l'occasion de se prononcer sur ce point, son interprétation très restrictive du droit à l'assistance judiciaire a davantage fermé la voie d'une telle amélioration.

Dans l'arrêt du 30 mars 2010⁶⁸⁰, la Cour avait été saisi par des *samebyar* suédois, après l'épuisement des voies de recours interne, pour faire valoir leur droit à un accès effectif à la justice. Deux moyens ont été invoqués par les requérants au soutien de leur demande.

En premier lieu, le moyen invoqué par les requérants était relatif aux frais élevés de justice à payer (290 000 euros). Cependant, la Cour avait estimé que les juridictions internes n'avaient pas traité cette question de manière déraisonnable. Pour les juges européens, les *samebyar* sont des entités juridiques comptant un certain nombre de membres, et leur situation n'est pas comparable à celle de plaideurs individuels. La Cour a également noté qu'ils ont été représentés par des avocats tout au long de la procédure et qu'ils ont formulé de nombreuses observations. Selon la motivation de la Cour, rien n'indiquait qu'ils se soient trouvés dans l'incapacité de présenter leur cause de manière adéquate. En outre, les juges ont souligné que les décisions de justice litigieuses ont été prononcées à l'issue d'une procédure contradictoire dans le cadre de laquelle le tribunal de district et la cour d'appel ont tenu de longues audiences. Par six voix

⁶⁸⁰ CEDH, 30 mars 2010, *Handölsdalen Sami Village et autres c. Suède*, req. n° 39013/04. Les faits de l'affaire sont les suivants : En 1990, un grand nombre de propriétaires terriens de Härjedalen intentèrent des procédures contre cinq *samebyar*, dont les *samebyar* requérants, pour obtenir un jugement interdisant *samebyar* d'utiliser les terres sans conclure au préalable un contrat avec leurs propriétaires. En novembre 1991, les *samebyar* contestèrent l'action, soutenant en particulier qu'en vertu de coutumes et d'un usage depuis des temps immémoriaux, comme en vertu des dispositions du droit interne concernant le pâturage et l'élevage des rennes, ils avaient droit à des pâturages d'hiver sur leurs territoires respectifs. Entre 1992 et 1995, les parties produisirent de nombreux éléments à l'appui de leurs prétentions respectives et formulèrent de nombreuses observations sur les questions de fond comme sur les questions de procédure. Au cours de la procédure, deux actions similaires intentées par d'autres propriétaires furent jointes à la cause. Les trois affaires jointes concernaient au total des biens de plus de 500 personnes. En février 1996, le tribunal de district statua en défaveur des requérants, considérant en particulier qu'au fil des siècles les terres en question avaient fini par ne plus être utilisées pour le pâturage d'hiver des rennes pendant une période suffisamment longue pour établir en faveur des Sâmes un droit à de tels pâturages sans contrat valide. Le tribunal ordonna aux requérants de payer aux propriétaires leurs frais de justice, lesquels se chiffraient à quelque 400 000 euros. Les requérants interjetèrent appel.

Après avoir examiné les nombreuses observations déposées par les parties et adopté un certain nombre de décisions sur des questions procédurales, et après le désistement de certains des propriétaires, la cour d'appel confirma le jugement de première instance en février 2002 et ordonna aux requérants de payer aux propriétaires les frais – qui se chiffraient à environ 290 000 euros – qu'avait entraînés pour eux la procédure d'appel. Les requérants s'adressèrent alors à la Cour suprême qui, en avril 2004, leur refusa l'autorisation de la saisir.

contre une, la Cour européenne des droits de l'homme avait conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 en ce qui concerne la question de l'effectivité de l'accès à la justice.

En second lieu, les requérants ont invoqué le moyen relatif à la durée de la procédure. Sur ce point, la Cour avait souligné que l'affaire avait été examinée à trois niveaux de juridiction. En effet, comme le précise la Cour, étant donné la complexité de l'affaire, les tribunaux suédois saisis se sont penchés sur un large éventail d'éléments de preuve concernant le pâturage d'hiver au cours des siècles sur un large territoire, et l'affaire comptait plus de 500 parties. Par voie de conséquence, certains des retards enregistrés dans le déroulement de la procédure étaient imputables aux parties, qui avaient soumis de longues observations ainsi que des demandes d'ordre procédural. Toutefois, la Cour avait conclu que la durée globale de quelque treize ans et sept mois de la procédure indiquait que les juridictions internes ne l'ont pas menée avec une célérité suffisante. Comme le constatent les juges européens, la procédure en droit interne avait été émaillée de retards non nécessaires, notamment devant la Cour suprême suédoise, qui a mis plus d'un an pour trancher une question procédurale, alors que pendant cette période la procédure devant la cour d'appel avait dû être ajournée, et deux ans pour rendre sa décision finale sur l'affaire. Au regard de tous ces éléments, la Cour avait conclu, cette fois-ci à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 en raison de la durée de la procédure en allouant aux requérants 14 000 euros pour dommage moral.

Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Ineta Ziemele a reproché à l'opinion majoritaire de n'avoir pas pris en compte la situation réelle des Sâmes dans la société suédoise et a souligné la nécessité pour la Cour européenne de tenir compte de l'évolution de la protection internationale des droits fondamentaux des peuples autochtones depuis les vingt dernières années. En s'appuyant sur un rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, elle a constaté une discrimination subie par les Sâmes devant apporter la preuve de leur occupation « immémoriale » des territoires sur lesquels ils revendiquent un droit de pâturage.

Si la mobilisation de l'article 6 §1 de la Convention européenne ne confère pas une protection étendue au droit d'accès à la justice au profit des communautés autochtones, la mobilisation d'autres instruments juridiques internationaux devant le juge national a eu davantage d'effets positifs en matière de protection de leurs droits.

Ainsi, entre 2019 et 2022, les Cours suprêmes des Etats scandinaves⁶⁸¹ ont rendu des décisions qualifiées d'historiques en matière de protection des droits collectifs des Sâmes en se fondant principalement sur des instruments du droit international des droits de l'homme tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Convention n°169 de l'OIT et la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007. Plus précisément, les hautes juridictions nationales avaient constaté la violation du droit des Sâmes à jouir de leur culture et de leurs moyens de subsistance. Autrement dit, en se fondant sur l'art. 27⁶⁸² du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques de 1966, les juges ont reconnu la justiciabilité du droit des Sâmes à jouir de leur propre culture afin de demander l'annulation d'un texte législatif ou réglementaire.

Dans l'affaire norvégienne dite *Fosen*⁶⁸³, la question de la recevabilité du recours formé par deux *siidas* (groupes sâmes d'éleveurs de rennes) devant la Cour suprême a été contesté par le ministère du pétrole et de l'énergie porteur du projet *Fosen Vind*.

Il avait affirmé que le recours présenté par les *siidas* devant la Cour devait être déclaré irrecevable principalement pour deux motifs. En premier lieu, pour le ministère, les *siidas* n'étaient pas en mesure d'invoquer la protection des minorités prévue par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques au motif que son article 27 ne protège que les personnes physiques et par voie de conséquence les groupes d'individus tels que les *siidas* ne peuvent pas s'en prévaloir. En second lieu, le ministère invoquait le fait que ces groupes n'étaient pas autorisés par le droit procédural à représenter leurs membres dans un procès.

Tous ces arguments ont été rejetés par la Cour suprême norvégienne. Selon cette dernière, compte tenu des obligations découlant du droit international, qui, selon la Cour, « ont une grande importance à cet égard », les *siidas*, en tant que titulaires des droits collectifs peuvent

⁶⁸¹ Décision dite *Girjas* de 2020 (Suède, Supreme Court of Sweden, NJA 2020 s. 3, voir pour un comm. E. Torp, « The interplay of politics and jurisprudence in the Girjas case » in D. Cambou, Ø. Ravna (dir.), *The Significance of Sámi Rights. Laws, Justice and Sustainability for the Indigenous Sámi in the Nordic Countries*, Routledge, 2023, pp. 72-83. Décision dite *Fosen* de 2021 (Norvège), pour un comm. voir D. Cambou, « The significance of the Fosen decision for protecting the cultural rights of the Sámi Indigenous people in the green transition » in D. Cambou, Ø. Ravna (dir.), *op. cit.*, pp. 52-71. Décision dite *Veahčajohka* de 2022 en Finlande, voir pour un commentaire M. Scheinin, « Indigenous peoples' right to fish. Recent recognition of Sámi rights in Finland through civil disobedience and criminal trial », in D. Cambou, Ø. Ravna (dir.), *op. cit.*, pp. 37-51.

⁶⁸² L'art. 27 dispose que « dans les Etats 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 ».

⁶⁸³ Supreme Court of Norway, Supreme Court judgment 11 October 2021, HR-2021- 1975-S (case no. 20-143891SIV-HRET, case no. 20-143892-SIV-HRET and case n° 20-143893SIV-HRET).

invoquer les droits individuels des éleveurs de rennes en se fondant sur l'article 27 du Pacte international. En allant à l'encontre des moyens invoqués par le ministère, la Cour suprême fonde sa motivation sur l'interprétation du Pacte international telle que donnée par le Comité des droits de l'homme⁶⁸⁴ qui a précisé à plusieurs reprises que l'article 27 implique que les individus qui appartiennent à des minorités ont le droit de jouir de leur propre culture « en communauté avec les autres membres de leur groupe ». Comme le soutiennent les juges, cette interprétation a été confirmée dans plusieurs décisions du Comité des droits de l'homme, notamment dans l'affaire Lubicon⁶⁸⁵. Dans cette affaire, le Comité a précisé que l'art. 27 octroi une protection collective à l'ensemble de la communauté autochtone concernée.

Autrement dit, pour la Cour suprême, alors que le droit des droits de l'homme se concentre traditionnellement sur la protection des droits individuels, il est donc bien établi que l'article 27 du Pacte international protège à la fois les individus d'une minorité et le groupe en tant que tel.

Dans ce contexte, la Cour a donc pu admettre la recevabilité du recours formé par les *siidas* en admettant plus largement le droit pour ces groupes autochtones sâmes à agir devant le juge pour demander la protection des droits culturels des éleveurs de rennes. Plus particulièrement, c'est sur le fondement de l'article 108 de la Constitution⁶⁸⁶ que les juges ont admis que les *siidas* peuvent avoir la capacité juridique de poursuivre et d'être poursuivis devant les tribunaux norvégiens⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ L'article 5(4) du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP et qui confie au Comité des droits de l'homme la compétence de connaître des communications individuelles indique qu'à ce titre « il fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier ». A l'occasion de l'affaire *Denzil Roberts c. Barbade* en 1994, le Comité des droits de l'homme affirme que « l'Etat partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du Comité concernant l'interprétation et l'application du Pacte dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif ». Pour le comité, l'Etat partie, en ratifiant le Pacte et le premier protocole, a accepté « l'obligation juridique de donner effet à leurs dispositions », CDH, *Denzil Roberts c. Barbade*, Com. n°504/1992, 19 juillet 1994, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/504/1992, §§ 5.1 à 6.3. Pour un commentaire sur le rôle des comités conventionnels voir J. Ferrero, « Faut-il prendre les comités conventionnels au sérieux », *RDLF*, chron. 10, 2022 disponible à l'adresse internet suivante : https://revuedlf.com/droit-international/faut-il-prendre-les-comites-conventionnels-au-serieux/#_ftn33

⁶⁸⁵ Dans l'affaire Lubicon, le Comité des droits de l'homme a examiné des questions relatives à un différend concernant des droits d'exploitation des terres et découlant d'un projet de gazoduc sur le territoire autochtone des Cris du lac Lubicon au Canada. Voir Comité des droits de l'homme, 38^{ème} sess., *la bande du lac Lubicon c/ Canada*, communication n° 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990). Comme le précise le Comité « le Pacte reconnaît et protège dans les termes les plus nets le droit d'un peuple à l'autodétermination et son droit de disposer de ses ressources naturelles en tant que condition essentielle de la garantie et du respect effectif des droits individuels de l'homme ainsi que de la promotion et du renforcement de ces droits », §13.3.

⁶⁸⁶ Pour rappel, l'art. 108 de la Constitution norvégienne dispose que « Les autorités de l'Etat créent les conditions permettant au peuple sâme, en tant que peuple autochtone, de préserver et de développer sa langue, sa culture et son mode de vie ».

⁶⁸⁷ §110 de la décision précitée.

Enfin, s'agissant du fond de l'affaire, la Cour suprême a jugé que l'établissement d'un parc éolien sur le site d'une communauté sâme à Fosen portait atteinte aux droits collectifs de pâturage détenus par les Sâmes dans cette zone. Cette affaire portait sur la construction de fermes éoliennes Storheia et Roan situées sur la péninsule de Fosen. La Cour avait eu à statuer sur la question de savoir si la construction de ces fermes constituait un préjudice pour les éleveurs sâmes dans leurs activités de renniculture en les empêchant d'exercer leurs droits tels qu'énoncés par l'article 27 du Pacte international sur les droits civils et politiques. La Grande chambre de la Cour avait décidé à l'unanimité en faveur d'une violation des droits sâmes et avait alors annulé le permis d'installation du parc éolien et l'expropriation des éleveurs sâmes. Cette décision de la Cour Suprême fait jurisprudence en matière de droits fonciers en décidant que le parc éolien de Fosen portait atteinte aux droits territoriaux des familles sâmes éleveuses de rennes installées dans cette région depuis des temps immémoriaux. En se fondant sur les motifs de la décision de la cour d'appel, la Cour Suprême a décidé que le développement de l'énergie éolienne impacterait négativement la possibilité pour les éleveurs de rennes de pratiquer leurs activités économiques à Fosen.

In fine, la mobilisation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme devant le juge national est ainsi devenue un outil de soutien à la protection des droits fondamentaux des Sâmes et en particulier de leur culture.

Section 3

Les aménagements insuffisants des droits d'accès au juge et à la justice environnementale en France

Alors même que la Charte de l'environnement ne consacre pas le droit d'accéder à un juge en matière environnementale et que la France refuse de reconnaître formellement les peuples autochtones vivant sur son territoire, il est possible d'identifier dans le droit positif des régimes juridiques spécifiques permettant aux populations autochtones d'accéder plus ou moins facilement au juge pour faire valoir leurs droits environnementaux. Plus particulièrement, la question de l'ouverture à l'égard des populations autochtones « d'un droit au recours *sui generis* pourrait dans un avenir pas si lointain être soulevée devant les juridictions »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ A. Van Lang, « L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'Etat », *RFDA*, 2019, p. 654.

L'étude portant sur la Nouvelle-Calédonie (§1) et la Guyane française (§2) a permis d'identifier les aménagements effectués en matière du droit d'accès au juge et du droit d'accès à la justice environnementale.

§1. En Nouvelle-Calédonie

En Nouvelle-Calédonie, le clan est au centre de l'organisation et du fonctionnement du monde coutumier kanak, comme le précise Léon Wamytan « tout part du clan et tout revient vers le clan »⁶⁸⁹. Étant donné leur place particulière dans la société kanak, la Cour d'appel de Nouméa a pris en compte ce constat en leur octroyant une personnalité juridique. C'est par deux arrêts de la Cour d'appel de Nouméa, statuant en la formation coutumière, en date du 22 août 2011⁶⁹⁰ que les juges ont reconnu la personnalité civile aux clans.

Dans ces arrêts, les juges se sont appuyés de manière explicite sur des travaux d'ethnologues pour affirmer que le clan, dans une société segmentaire telle que la société kanak, constitue l'unité sociale essentielle, véritable colonne vertébrale de cette société. Ainsi, « *les individus n'ont d'identité qu'au travers du clan ; que le clan est détenteur des terres et en assure la répartition entre ses membres ; que le pasteur Leenhardt souligne que si le grand chef dispose de terres ce ne peuvent être que les terres de son propre clan (Gens de la Grande Terre p. 151) ; que la grande chefferie pouvant être issue de clans « accueillis » elle est souvent moins bien dotée que ne le sont les « Maîtres de la terre » (clans « terriens ») qui sont les seuls véritables propriétaires du foncier, les clans « accueillis » n'étant que leurs obligés en ce qu'ils tiennent des Maîtres de la terre les prérogatives qu'ils exercent en lien avec la terre* ».

Selon les juges, « *refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone, en déniait à cette structure, seule investie de devoirs et donc de prérogatives, le droit d'agir pour leur défense* ».

Il ressort de ces arrêts que les clans sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et la reconnaissance de la personnalité juridique leur permet d'ester en justice par l'intermédiaire de leur chef⁶⁹¹. Par ailleurs, le clan

⁶⁸⁹ L. Wamytan, « Les institutions de la coutume kanak », in F. Faberon (dir.), *op. cit.* p. 103.

⁶⁹⁰ Nouméa 22 août 2011, RG n° 10/531, Clan T. c. P. et GDPL clanique de B. ; Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/532, Clan T. c. Saeml « Grand Projet VKP ».

⁶⁹¹ R. Lafarge, « Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », in E. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, publication du rapport

est seul titulaire des droits fonciers autochtones ou prérogative en lien avec la terre, lesquels ne relèvent pas des grandes-chefferies⁶⁹².

La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières⁶⁹³. Elle est complétée dans cette hypothèse par des assesseurs coutumiers. Leur présence permet d'aider le juge, qui a une formation classique en droit positif, à mieux comprendre les spécificités de la norme coutumière invoquée par les requérants.

Dans le cadre des atteintes à leurs droits collectifs fonciers, le clan peut s'adresser au juge civil pour demander l'indemnisation d'un préjudice collectif matériel et immatériel. Pour qu'une telle demande puisse aboutir, selon les règles classiques de la responsabilité, il appartient à la victime d'apporter la preuve de l'existence d'un préjudice.

Si la réparation d'un préjudice matériel ne pose pas de difficultés particulières, celle liée à la réparation d'un préjudice immatériel est particulièrement intéressante, car elle tient compte du lien spécifique entre le peuple Kanak et la Terre. Pour la Cour de Nouméa, « le “lien à la terre” fonde la réparation d'un préjudice (coutumier) immatériel moral et spirituel éprouvé par le clan »⁶⁹⁴. Le préjudice collectif clanique aux valeurs coutumières peut être pris en compte par les juges et justifier un droit à réparation collectif, d'une part une réparation symbolique *via* la coutume de pardon mais également une réparation financière⁶⁹⁵. La violation des valeurs coutumières de la société kanak reconnues par la Charte du peuple kanak peut causer un préjudice moral immatériel et spirituel pour l'autorité coutumière gardienne de cette valeur. La reconnaissance d'un tel préjudice se justifie par le fait que ce le lien à la Terre ne relève pas d'une logique d'appropriation d'une chose par un sujet, mais d'une logique identitaire à savoir d'une appartenance réciproque⁶⁹⁶. Dans cette perspective, les atteintes à l'environnement en

de recherche « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », Mission de recherche Droit et Justice, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2018, p. 108.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ Art. 19 de la loi organique de 1999, *précitée*.

⁶⁹⁴ CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101.

⁶⁹⁵ *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien* (sous la dir. E. Cornut, P. Deumier), publication du rapport de recherche « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie », Mission de recherche Droit et Justice, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 2018, p. 175.

⁶⁹⁶ J.-P. Jacob, P.-Y. Le Meur (dir.), *Politique de la terre et de l'appartenance, Droits fonciers et citoyenneté dans les sociétés du Sud*, Karthala, 2010, 432 p.

droit coutumier sont également des atteintes de nature subjective⁶⁹⁷. C'est également une atteinte à l'environnement culturel, identitaire, mythique, parce que l'homme n'est pas seulement dans la nature, il est une part de celle-ci⁶⁹⁸. L'atteinte porte aussi aux conditions d'équilibre du groupe, à ses croyances, ses valeurs, ses symboles. La réparation d'une telle atteinte « ne sera pas la même et la réparation en nature, par la remise en état des lieux, et/ou en argent, sera certainement insuffisante sinon dénuée de sens »⁶⁹⁹.

Si le clan apparaît comme étant la victime directe d'un tel préjudice dont le chef a qualité pour exercer le droit à réparation, chaque membre d'un clan, d'une famille peut agir de façon individuelle en qualité de victime par ricochet en invoquant son propre préjudice en lien avec les valeurs coutumières afin d'obtenir une indemnisation personnelle.

S'agissant de l'accès au juge administratif, la compétence de ce dernier est reconnue pour connaître de la légalité des actes administratifs qui seraient contraires à la réglementation environnementale.

Si la saisine du juge administratif par des associations de protection de l'environnement ne pose pas beaucoup de difficultés, la question de l'intérêt à agir d'une autorité coutumière est plus délicate.

Classiquement, pour saisir le juge administratif, il faut démontrer la qualité et l'intérêt à agir. Sur ce point, le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie⁷⁰⁰, a jugé qu'« un requérant qui précise agir en qualité d'autorité coutumière mais qui ne figure pas parmi les autorités coutumières dont la désignation a été constatée par délibération du conseil coutumier et qui ne produit aucun acte coutumier ou procès-verbal de palabres⁷⁰¹ ayant "une pleine force juridique" au sens du point 1.2.1 du document d'orientation de l'accord de Nouméa et

⁶⁹⁷ E. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils » in E. Cornut, P. Deumier, (dir.), *op. cit.*, p. 178.

⁶⁹⁸ R. Lafargue, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendance et interdisciplinarité », *Droit et Société*, n° 74, 2010, pp. 151-169.

⁶⁹⁹ E. Cornut, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁰⁰ TA de Nouvelle-Calédonie, 13 septembre 2012, req. n° 1200197, Chefferie N'Umia Kambwa, We-Cho Pweyta et autre).

⁷⁰¹ Le palabre est défini comme une « discussion organisée selon les usages de la coutume kanak, à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée », art. 1^{er} de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, *JONC*, 30 janvier 2007, p. 647. En fonctions des situations, le palabre peut s'apparenter à une concertation, une négociation ou une médiation.

permettant de justifier de sa désignation comme autorité coutumière n'établit pas sa qualité à agir »⁷⁰².

Par principe, le Sénat coutumier dispose d'un intérêt à agir devant le juge administratif pour demander l'annulation des actes administratifs mettant en cause les valeurs kanak⁷⁰³.

Plus récemment, l'accès à la justice environnementale a connu un développement révolutionnaire dans la province Îles Loyauté avec la consécration de la catégorie juridique d'entité naturelle sujet de droit sur le fondement du principe unitaire de vie inscrit dans le droit formel. Le Code de l'environnement tel que modifié en 2023⁷⁰⁴ reconnaît le principe unitaire de vie selon lequel :

*L'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur*⁷⁰⁵.

En application du principe unitaire de vie et afin de tenir compte des valeurs kanak, certains éléments de la nature⁷⁰⁶, espèces vivantes et sites naturels tels que les tortues marines et les requins⁷⁰⁷, se voient reconnaître la qualité d'entité naturelle sujet de droits⁷⁰⁸. Chaque entité naturelle sujet de droit dispose d'un intérêt à agir, exercé en son nom par le président de la

⁷⁰² Cité par R. Fraisse, « La juridiction administrative », in E. Cornut, P. Deumier (dir.), *op. cit.*, p. 335.

⁷⁰³ TA Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, n° 1500049, Sénat coutumier et autres.

⁷⁰⁴ Délibération n° 2023-28/API du 29 juin 2023 relative au code de l'environnement de la province des îles Loyauté. Elle crée le titre IV du livre II du code relatif à la protection du vivant. Il convient de noter que la délibération en question a fait l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif, formé par le Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où ces dispositions reflèteraient une atteinte manifeste au cadre juridique en vigueur. Le 29 février 2024, le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a transmis, sur le fondement de l'art. 209 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, une demande d'avis au Conseil d'Etat relative à la délibération de la Province des îles Loyauté créant des entités naturelles sujets de droit, req. n° 2400001.

⁷⁰⁵ Art. 110-3.

⁷⁰⁶ L'art. 242-17.

⁷⁰⁷ Le nouvel art. 242-17 dispose que « les requins et les tortues marines sont des entités naturelles sujets de droit au sens de la présente section. D'autres éléments du vivant ainsi que des sites et monuments naturels pourront être reconnus comme entités naturelles sujets de droit par l'assemblée de la province des îles Loyauté au titre de la présente section, sur proposition d'autorités coutumières par acte coutumier, de GDPL à vocation environnementale ou à l'initiative du président de l'assemblée de province après avis des autorités coutumières ».

⁷⁰⁸ Le nouvel art. 242-16 créé par la délibération du 29 juin 2023.

province des îles Loyauté, par un ou plusieurs porte-paroles, par les associations agréées pour la protection de l'environnement et les groupements particuliers de droit local à vocation environnementale⁷⁰⁹. Ces groupements regroupent des clans qui ont un intérêt totémique ou foncier par rapport à un espace protégé.

En ce qui concerne la désignation des porte-paroles des entités naturelles sujets de droit, le Code de l'environnement ne précise rien. Il est simplement précisé que les porte-paroles sont chargés de défendre les intérêts de l'espèce ou du site naturel qu'ils représentent, de solliciter le président de l'assemblée de provinces aux fins ; de l'exercice de ses pouvoirs de police pour toute atteinte aux droits et à l'intégrité de l'entité naturelle sujet de droit, de saisir la justice le cas échéant, de se prononcer préalablement à l'instruction de toute demande de dérogation⁷¹⁰. Par ailleurs, il est indiqué que les frais engendrés par l'exercice de des fonctions de porte-paroles et de justice sont pris en charge par le budget de la province des îles Loyauté⁷¹¹.

S'agissant des groupements de droit particulier local (ci-après GDPL) à vocation environnementale, le Code de l'environnement leur reconnaît un rôle dans la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels qui y sont associés⁷¹². Cependant, les mandataires des GDPL à vocation environnementale devront obtenir l'accord écrit des détenteurs de titres fonciers des terres sur lesquelles ils souhaitent exercer ce rôle⁷¹³. Par ailleurs, les us et coutumes et les règles écrites lorsqu'elle existent présidant à la constitution des GDPL s'appliquent aux GDPL à vocation environnementale⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ Art. 242-16, dernier al. Le groupement de droit particulier local est une structure propre à la Nouvelle-Calédonie, créée par l'ordonnance du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie. Le groupement est doté de la personnalité morale. Il regroupe des membres d'un même clan en vue d'invoquer et d'exercer en commun des droits fonciers coutumiers. Par conséquent, le groupement est régi par le droit coutumier. Les premiers GDPL fonciers ont été mis en place dans les années 1990 en vue de bénéficier des attributions foncières effectuées par l'agence de développement rural et d'aménagement foncier (Adraf) sous le régime du droit coutumier. En effet, l'Adraf est compétente pour racheter les terres privées et les restituer aux clans, aux GDPL ou aux particuliers qui peuvent invoquer le « lien à la terre ». Comme le précise Régis Lafargue, cette procédure a permis de prévenir des actions en justice, « Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », in E. Cornut, P. Deumier (dir.), *op. cit.*, p. 120.

⁷¹⁰ Art. 242-22 du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté.

⁷¹¹ Art. 242-23 du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté.

⁷¹² Art. 124-2, al. 1^{er}.

⁷¹³ Art. 124-3.

⁷¹⁴ Art. 124-2, 2^{ème} al.

Plus généralement, il convient de souligner la réticence du Sénat coutumier vis-à-vis des GDPL. En effet, dans un avis rendu en 2015⁷¹⁵, le Sénat coutumier remarque que si le GDPL a été conçu à l'origine sur le modèle des groupements d'intérêt économique en vue d'assurer la mise en valeur économique du foncier coutumier, il n'en demeure pas moins, qu'un GDPL régulièrement constitué ne peut, par l'effet de sa création, devenir titulaire du droit de propriété coutumière. Puisque ce droit de propriété coutumière est détenu par le Clan dont la vocation dépasse largement le seul cadre économique. Ensuite, pour le Sénat coutumier, le fait d'attribuer aux GDPL un rôle particulier pour protéger la biodiversité et les savoirs traditionnels, demeure contraire au droit commun et constitue un danger pour la coutume. Pour étayer cette affirmation, il mentionne l'avis du tribunal administratif n° 5/2015 du 19 mai 2015 qui affirme que si « la personnalité juridique a (...) été conférée aux groupements de droit particulier local (GDPL) », « il s'agit (...) de personnes morales de droit privé qui ne sont pas chargées d'une mission de service public ». Or, le Code de l'environnement leur attribue une telle mission. Finalement, le Sénat coutumier préconise de supprimer le statut de GDPL à vocation environnementale et propose de reconnaître directement aux propriétaires coutumiers et autorités coutumières le droit d'agir sur le foncier dont ils sont détenteurs, dans les domaines de la protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels qui y sont associés. Cependant, l'avis du Sénat coutumier n'étant pas un avis conforme, la province des îles Loyauté n'a pas souhaité s'y ranger.

Cet exemple montre que les tensions, les incompréhensions entre le droit formel et le droit coutumier demeurent encore assez nombreux. Cela nuit à la justice environnementale et à la défense des droits collectifs des autochtones.

§2. En Guyane française

S'agissant de la Guyane française, l'accès à la justice environnementale est garanti dans le cadre du droit commun sans tenir compte de l'organisation coutumière qui existe sur ce territoire. Pour cette raison, c'est essentiellement à travers l'action contentieuse des associations

⁷¹⁵ Délibération du Sénat coutumier portant avis relatif aux premiers projets de réglementation du code de l'environnement de la province des Îles, n°-2015/SC, 31 juillet 2015.

de protection de l'environnement que les peuples autochtones peuvent mettre en œuvre le volet procédural de la justice environnementale⁷¹⁶.

Les actions en justice intentées par ces associations devant le juge administratif concernent la protection des ressources naturelles dites renouvelables (faune, flore, eau) et des ressources naturelles non renouvelables (notamment les ressources minières). En effet, les arrêtés préfectoraux autorisant l'exploitation des mines aurifères font quasi systématiquement l'objet d'un recours en annulation⁷¹⁷. Plus récemment, un recours en carence a été déposé, le 17 janvier 2024 par six associations ainsi que le chef coutumier du village Wayana de Taluen⁷¹⁸ devant le tribunal administratif de Cayenne. Les requérants demandent à l'Etat de remédier à sa carence fautive et par conséquent de réviser la stratégie de lutte contre l'exploitation illégale de l'or afin d'élaborer en concertation avec les populations concernées un nouveau plan d'action comprenant à la fois un volet militaire, écologique, économique et sanitaire⁷¹⁹. Ils demandent au juge la réparation du préjudice écologique et d'enjoindre à l'Etat d'agir dans ce domaine.

Le droit d'accès à la justice environnementale des peuples autochtones de Guyane s'inscrit dans une problématique globale d'accès aux droits et au juge. Si la zone du littoral du territoire guyanais est davantage dotée des services publics essentiels, tel n'est pas le cas de l'intérieur des terres. En effet, la Guyane française, territoire aussi vaste que le Portugal, ne dispose néanmoins que d'un seul tribunal administratif. Cet isolement crée un fossé entre les autochtones et le service public de la justice administrative. En outre, le faible nombre de recours déposés devant les juges par les autochtones peut également s'expliquer par la non-maîtrise du français et par une « *mauvaise connaissance, voir l'ignorance du droit* »⁷²⁰. Afin de faciliter un accès physique au droit et à la justice, depuis 2019, le tribunal administratif participe

⁷¹⁶ Depuis 2021, le tribunal judiciaire de Cayenne, devenu Pôle régional environnement (PRE), a été désigné pour lutter contre les multiples atteintes à l'environnement que subit la nature guyanaise. Voir décret n° 2021-286 du 16 mars 2021 désignant les pôles régionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement en application des articles 706-2-3 du code de procédure pénale et L. 211-20 du code de l'organisation judiciaire et portant adaptation du code de procédure pénale à la création d'assistants spécialisés en matière environnementale

⁷¹⁷ Voir pour un exemple récent TA de la Guyane, 13 avril 2023, Ass. Guyane Nature Environnement, req. n° 2201317.

⁷¹⁸ Les six associations sont Wild Legal, la Coopération des organisations des peuples autochtones (CEPA) de Guyane, Guyane solidarité, l'Association des victimes du mercure du Haut Maroni, Maiouri nature Guyane et la Jeunesse autochtone de Guyane.

⁷¹⁹ <https://www.wildlegal.eu/post/notre-coalition-attaque-letat-pour-faire-respecter-les-droits-du-fleuve-maroni> (consulté le 20 janvier 2024).

⁷²⁰ CNCDH, *Avis sur l'accès au droit et à la justice dans les outre-mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte*, JO, n° 0157, 6 juillet 2017.

au projet appelé « pirogues du droit »⁷²¹ et il organise régulièrement des audiences délocalisées à Saint-Laurent du Maroni. Si ces efforts sont louables, ils sont largement insuffisants pour assurer un droit d'accès à la justice à l'ensemble de la population de Guyane française.

L'introduction récente du mécanisme de l'action de groupe en matière environnementale est destinée à renforcer l'effectivité du droit au recours en améliorant l'accessibilité du prétoire à des personnes vulnérables, victimes de dommages environnementaux, à l'image des populations autochtones.

Ainsi, comme le soulignent les professeures Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, « les actions de groupe permettent à des victimes placées dans une situation de vulnérabilité [...] d'unir leurs forces et de sortir de leur isolement avec l'aide d'une association ayant qualité pour agir »⁷²².

Depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁷²³, le législateur a instauré une action de groupe en matière environnementale pour connaître des situations dans lesquelles plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une personne publique, ayant pour cause commune un manquement de même nature. Une telle action permet non seulement de demander la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement, par le versement d'une indemnité, mais elle peut aussi tendre à la prévention de la répétition de ce préjudice, par la cessation du manquement qui en est la cause⁷²⁴. L'action de groupe doit être portée devant le juge par une association de victimes ou une association agréée de protection de l'environnement⁷²⁵.

⁷²¹ Le projet « pirogues du droit » a été mis en place à partir de 2013 à l'initiative de l'ordre des avocats du Barreau de la Guyane et du Conseil départemental d'accès au droit. Voir, par exemple, le compte-rendu du TA évoquant sa participation au projet en octobre 2023 <http://guyane.tribunal-administratif.fr/content/download/216267/2046822/version/1/file/Feedback%20-%20Pirogue%20du%20droit%20-%20Oct.%202023.pdf>.

⁷²² S. Hennette-Vauchez, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2020, 4^{ème} éd., p. 642.

⁷²³ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 60 et s. Pour des commentaires, voir S. Amrani-Mekki, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G* 2016, 1340 ; H. Croze, « Un droit commun de l'action de groupe ? », *Procédures* 2017, étude 4 ; B.-L. Combrade, « Y a-t-il un recours pour renforcer l'effectivité des droits fondamentaux ? Les actions de groupe en droit administratif français », *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n°85, pp. 47-60.

⁷²⁴ Art. L. 142-3-1, II et III du Code de l'environnement et art. L. 77-10-1 du CJA.

⁷²⁵ Art. L. 142-3-1 du Code de l'environnement, IV.

L'exercice d'une action de groupe est conditionné au respect d'une série d'exigences de nature procédurale. Tout d'abord, ces actions doivent respecter une procédure particulière, à savoir la phase précontentieuse obligatoire. En effet, le groupement ayant qualité pour agir doit adresser une mise en demeure préalable à l'auteur du dommage⁷²⁶. Le législateur a également prévu la possibilité de recourir à une procédure de médiation soumise à l'homologation du juge⁷²⁷ (exception faite de l'hypothèse dans laquelle le groupement souhaite obtenir une réparation en nature par le biais d'une simple cessation du manquement). C'est seulement lorsque ces alternatives non contentieuses ont échoué que les actions de groupe peuvent être introduites devant le juge administratif.

L'exercice d'une action de groupe n'interdit pas de former des requêtes individuelles. Toutefois, si elles ont le même objet que l'action de groupe, les justiciables se heurteront à un sursis à statuer dans l'attente de la résolution de l'action de groupe⁷²⁸.

En pratique, l'application du mécanisme de l'action de groupe devant le juge administratif en matière environnementale demeure décevante. Tout d'abord, la longueur de la procédure de l'action de groupe est décourageante. En effet, la phase obligatoire précontentieuse dure au minimum quatre mois (la durée de la mise en demeure) et au maximum plusieurs mois (si la procédure de médiation est mise en place). Ensuite, en cas d'échec de la procédure précontentieuse pour résoudre le litige, à ces délais s'ajoutent les délais de recours et de jugement. Enfin, restreindre l'exercice de l'action de groupe uniquement aux associations agréées de protection de l'environnement représente une régression en matière d'accès à la justice environnementale. Le régime actuel de l'action de groupe en matière environnementale ne garantit pas un accès effectif à la justice environnementale et n'est pas adapté à la situation des populations autochtones.

Plus globalement, la dématérialisation des procédures administratives et judiciaires (par voie du télérecours et par la tenue des audiences en visioconférences) va à l'encontre des spécificités des populations autochtones vivant loin des centres administratifs et des antennes-relais assurant un accès à internet, mettant ainsi à mal leur droit à un accès effectif à la justice.

⁷²⁶ Art. L. 77-10-5 du code de justice administrative.

⁷²⁷ Art. L. 77-10-16 du code de justice administrative.

⁷²⁸ Art. R. 77-10-3 et art. R. 77-12-3 du code de justice administrative.

Face aux voies de recours inefficaces et face aux lacunes en matière de protection des droits des autochtones, ces derniers saisissent très largement les instances internationales en matière des droits de l'homme.

En mars 2024, l'Organisation des Nations autochtones de Guyane et l'ONG *International service for human rights* ont saisi le Comité pour l'élimination de la discrimination dans le cadre de ses procédures d'alerte rapide et d'intervention d'urgence. Elles invoquent la violation par l'Etat français des droits des autochtones et plus particulièrement le droit à la consultation et au consentement préalable, libre et éclairé dans le cadre du projet de construction de la Centrale Electrique de l'Ouest Guyanais. Ce n'est pas la première fois que l'Organisation des Nations autochtones de Guyane saisit ce Comité à propos des projets industriels ayant des effets négatifs sur les lieux de vie des populations autochtones de Guyane⁷²⁹. Même si le Comité a réitéré à plusieurs reprises sa préoccupation⁷³⁰ concernant la discrimination à l'égard des peuples autochtones dans les territoires d'outre-mer, le respect par la France de ses engagements internationaux n'est pas suivi d'effet.

⁷²⁹ En 2018, une requête avait été déposée par l'Organisation des Nations autochtones de Guyane dans le cadre de l'affaire dite « Montagne d'Or » conduisant le Comité à recommander au gouvernement français de respecter les droits collectifs des peuples autochtones et notamment de respecter le principe du consentement préalable, libre et éclairé.

⁷³⁰ À titre d'exemple voir les observations finales du Comité : CERD/C/FRA/CO/22-23 (§15 et s.), 14 déc. 2022, CERD/C/FRA/CO/20-21 (§ 9 et s.), 10 juin 2015.

Chapitre 2

L'effectivité limitée du droit d'accès à la justice environnementale

Le droit d'action est la forme technique du droit d'accès à la justice et le devoir de l'Etat est de rendre cet accès le plus effectif possible. La question de l'effectivité permet d'évaluer le degré d'application et de concrétisation des droits individuels et collectifs des peuples et communautés autochtones.

Dans le cadre de ce chapitre, l'étude identifie plusieurs limites, plus ou moins surmontables, du droit d'accès à la justice environnementale, en se focalisant sur trois cas d'études : premièrement, en étudiant l'expérience canadienne, très riche en matière de reconnaissance des droits des peuples autochtones (**Section 1**), deuxièmement en matière de lutte contre la biopiraterie, matière très sensible, très complexe pour protéger les savoirs autochtones, mais qui est symptomatique des difficultés qui existent en matière d'accès à la justice (**Section 2**), et enfin en matière du droit international privé, discipline très technique, en apparence très fermée pour reconnaître un droit d'accès à la justice environnementale des peuples et communautés autochtones (**Section 3**).

Section 1

Les actions en justice des peuples autochtones dans le système juridique canadien⁷³¹

La question de l'effectivité du droit d'accès à la justice environnementale au Canada est conditionnée par le cadre juridique très complexe lié à la structure fédérative de l'État (§1), par les droits reconnus et ainsi mobilisables devant les juges (§2) et enfin par la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et des droits issus des traités (§3).

§1. La justice environnementale au Canada : une introduction à la structure fédérative et aux recours ordinaires applicables

A/ La compétence fédérale en matière environnementale

Les biens appartenant à l'État fédéral⁷³², les pêcheries⁷³³, la navigation maritime⁷³⁴, la loi criminelle⁷³⁵ et « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »⁷³⁶ sont les domaines de compétences qui « constituent le fondement de la plupart des pouvoirs fédéraux en matière d'environnement »⁷³⁷.

Par ailleurs, la compétence résiduelle et celle sur « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada », (préambule de l'article 91 de la LC 1867) ont permis aux tribunaux de déterminer que certains domaines, comme la pollution marine ou la gestion des eaux interprovinciales, font partie de la compétence législative du Parlement fédéral⁷³⁸. Le Parlement fédéral peut, par ailleurs, déclarer certains ouvrages ou industries comme relevant de son champ de compétence grâce au pouvoir que lui accorde le paragraphe 91(29) et al. 92(10)c). Cela a été fait, par exemple, pour l'industrie nucléaire, qui est désormais sous compétence fédérale⁷³⁹.

⁷³¹ Rédaction par Geneviève Motard, L'auteure remercie Arthur Magnier, étudiant au baccalauréat en droit de l'Université Laval et auxiliaire de recherche, pour son travail de recherche.

⁷³² *Loi Constitutionnelle de 1867*, par. 91(1A).

⁷³³ *Ibid.*, par. 91(12).

⁷³⁴ *Ibid.*, par. 91(10).

⁷³⁵ *Ibid.*, par. 91(27).

⁷³⁶ *Ibid.*, par. 91(24).

⁷³⁷ Penny Becklumb, *La réglementation environnementale : compétences fédérales et provinciales*, Bibliothèque du Parlement, 2013.

⁷³⁸ *Ibid.*, à la p 6.

⁷³⁹ Henri Brun, Guy Tremblay & Eugénie Brouillet, *Droit Constitutionnel*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014. par.VI-2.355.

B/ La compétence provinciale en matière environnementale

Les provinces fondent leurs pouvoirs de régir les questions environnementales sur les compétences qui leurs sont attribuées sur la propriété et les droits civils dans la province⁷⁴⁰, sur l'administration des terres publiques⁷⁴¹, sur les institutions municipales⁷⁴² ainsi que sur la compétence sur les matières d'une nature purement locale⁷⁴³. De plus, l'article 92A reconnaît aussi aux provinces la compétence exclusive de réglementer les industries extractives, forestières et hydroélectriques. Enfin, soulignons qu'en vertu de la Constitution, la propriété publique des terres revient aux provinces, sous réserve des droits qui y sont rattachés (art. 109 LC1867).

La propriété publique québécoise couvre plus de 92% du 1.7 million de km² du territoire du Québec.

En somme, en raison de ce partage de compétences, les deux paliers de gouvernement ont, au Canada, compétence pour mener des évaluations d'impact environnemental, incluant la possibilité de mener des consultations publiques.

La *Loi sur l'évaluation d'impact*, une loi fédérale, a notamment pour objectif « de protéger les composantes de l'environnement et les conditions sanitaires, sociales et économiques qui relèvent de la compétence législative du Parlement contre les effets négatifs importants de tout projet désigné »⁷⁴⁴. Au Québec, la *Loi sur la qualité de l'environnement* instaure un régime d'évaluation environnementale pour plusieurs dizaines de types de projets d'infrastructure, d'agriculture, d'aménagement ou de projets industriels⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13).

⁷⁴¹ *Ibid.*, par. 92(13)

⁷⁴² *Ibid.*, par. 92(8).

⁷⁴³ *Ibid.*, par. 92(16).

⁷⁴⁴ *Loi sur l'évaluation d'impact*, LC 2019, c 28, al. 6(1)b

⁷⁴⁵ *Règlement relatif à l'évaluation et l'examen des impacts sur l'environnement de certains projets*, c Q-2, r.23.1, annexe 1.

C/ La compétence fédérale relative aux « Indiens et aux terres réservées » : le paragraphe 91(24) de la loi constitutionnelle de 1867

Finalement, une distinction importante s'impose à la lumière du paragraphe 91(24) de la LC 1867, affirmant la compétence fédérale sur « les indiens et les terres réservées aux indiens ».

L'on pourrait être porté à croire que le fédéral se voit reconnaître, par cette disposition, la compétence exclusive eu égard aux questions environnementales qui touchent les peuples, les individus et les terres autochtones. La situation juridique est plus complexe.

Pour bien comprendre la question de l'accès à la justice environnementale et les moyens procéduraux à la disposition des peuples autochtones au Québec, il faut, en effet, distinguer : d'une part, les réserves indiennes des terres traditionnelles, d'autre part, les territoires visés par les accords de règlement des revendications territoriales globales.

De plus, à titre individuel, les Autochtones ont le même statut juridique que les autres citoyens face aux processus environnementaux.

Les « terres de réserve » sont, selon la *Loi sur les Indiens*, des parcelles de terre mises de côté au profit et au bénéfice d'une « bande indienne » et de ses membres exclusivement et dont la propriété sous-jacente demeure celle de la Couronne. Leur superficie est généralement très limitée.

Les territoires traditionnels sont des terres grevées de « droits ancestraux », lesquels bénéficient depuis 1982 d'une protection constitutionnelle en raison de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Malgré cette protection par la loi suprême de l'État, la reconnaissance pratique de ces droits doit se faire par la négociation politique (reconnaissance politique) dans le cadre d'un accord ou d'un traité avec l'État ou encore par une déclaration par un tribunal (reconnaissance judiciaire).

Or, de telles déclarations judiciaires ont jusqu'ici été plutôt rares. Au Québec, aucun « titre ancestral » (i.e. un droit foncier collectif), n'est reconnu aux nations autochtones. Cela étant dit, au Québec, certaines nations ont obtenu des reconnaissances judiciaires de leurs droits ancestraux de pêche ou de chasse à des fins alimentaires. Considérant les difficultés de preuve liées à la reconnaissance de ces droits, les tribunaux ont imposé aux autorités gouvernementales, fédérales et provinciales, des obligations de consulter et d'accommoder.

Bien que les provinces n'aient pas compétence pour régir les questions foncières, incluant les questions environnementales, sur les terres de réserve, leur propriété sur les terres publiques et leurs compétences législatives sur les affaires environnementales leur permettent de jouer un rôle lorsque les questions environnementales concernent les peuples autochtones et leurs terres traditionnelles (ce sont des terres dites « hors réserve », lesquelles sont en général qualifiées de terres publiques provinciales par la Constitution en l'absence de reconnaissance de droits ancestraux).

D/ Les droits fondamentaux de la personne : une compétence législative partagée

En étant intimement liée au droit à l'égalité et à la non-discrimination, la justice environnementale relève des droits fondamentaux de la personne. Au Québec, la protection des droits fondamentaux – incluant le droit à un environnement sain – est assurée par la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après Charte québécoise), promulguée en 1975⁷⁴⁶. La *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après Charte canadienne), entrée en vigueur en 1982, a été intégrée à la constitution et se situe donc tout en haut de la hiérarchie des normes.

La Charte québécoise affirme des droits quasi constitutionnels, lui permettant d'avoir préséance sur les autres lois québécoises en cas d'incompatibilité, sous réserve du cas particulier des droits socioéconomiques, dont la justiciabilité est moindre⁷⁴⁷.

Contrairement à la Charte canadienne, qui ne s'applique qu'aux pouvoirs publics, la Charte québécoise s'applique aussi aux acteurs privés.

L'article 46.1 de la Charte québécoise garantissant un droit à « un environnement sain et respectueux de la biodiversité dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi »⁷⁴⁸ permet de soutenir que cette charte peut constituer le fondement d'actions contre les injustices environnementales⁷⁴⁹. Il en va de même pour la Charte canadienne. Des arguments fondés sur

⁷⁴⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12.

⁷⁴⁷ *Gosselin c Québec (Procureur Général)*, 2002 CSC 84, par. 330 et ss.

⁷⁴⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, précit., art. 46.

⁷⁴⁹ « Accès à la justice pour protéger l'environnement au Québec : réflexions sur la capacité à agir des particuliers et des groupes environnementaux » McGill Law J, en ligne: <<https://lawjournal.mcgill.ca/article/acces-la-justice-pour-protger-lenvironnement-au-qubec-rflexions-sur-la-capacit-agir-des-particuliers-et-des-groupes-environnementaux/>>.

l'article 15 de la Charte canadienne (droit à l'égalité) ont, par exemple, été avancés comme moyen de lutter contre les injustices liées au manque d'accès à l'eau potable⁷⁵⁰.

§ 2. Les droits mobilisés par la justice environnementale au Canada

Le paysage législatif canadien présente une diversité de droits mobilisables afin de répondre aux enjeux posés par la justice environnementale. Toutefois, certains des droits mobilisés par la justice environnementale demeurent difficilement justiciables. En vue de combler certaines des lacunes existantes, des projets de loi, comme la *Loi concernant l'élaboration d'une stratégie nationale visant à évaluer et prévenir le racisme environnemental ainsi qu'à s'y attaquer et à faire progresser la justice environnementale*, sont à l'heure actuelle débattus par les parlementaires à la Chambre des communes et au Sénat⁷⁵¹.

A/ Les droits humains au cœur de la justice environnementale

Le droit des peuples à l'autodétermination est véritablement au cœur de la justice environnementale. La Déclaration sur les principes de la justice environnementale⁷⁵², affirme à son article 5 « *Environmental Justice affirms the fundamental right to political, economic, cultural and environmental self-determination of all people* »⁷⁵³.

Ce droit est affirmé dans divers instruments normatifs à l'échelle internationale. En outre, la Déclaration des droits de l'homme des Nations Unies⁷⁵⁴, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷⁵⁵ et la DNUPNA⁷⁵⁶ font partie des instruments internationaux qui reconnaissent ce droit. Au Canada, le gouvernement canadien déclare qu'il « reconnaît que le

⁷⁵⁰ Nathalie J. Chalifour, « Environmental Discrimination and the Charter's Equality Guarantee: The Case of Drinking Water for First Nations Living on Reserves », (2014) 43, *Rev Générale Droit*, pp. 183-222.

⁷⁵¹ C-226, *Loi concernant l'élaboration d'une stratégie nationale visant à évaluer et prévenir le racisme environnemental ainsi qu'à s'y attaquer et à faire progresser la justice environnementale*, 1er parlement, 44e parlement, 2022.

⁷⁵² *Environmental justice principles*, précit.

⁷⁵³ *Ibid.* art 5.

⁷⁵⁴ *Déclaration des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, 217 A (III).

⁷⁵⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966,

⁷⁵⁶ *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, A/RES/61\295.

droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral » pour les autochtones⁷⁵⁷. Ce droit est de plus en plus reconnu par les tribunaux canadiens et par la législation fédérale.

À l'instar du droit à l'autodétermination, le droit à l'égalité est, à sa face même, d'un grand intérêt pour comprendre les enjeux entourant l'accès à la justice environnementale.

L'article 2 de la *Déclaration sur les principes de la justice environnementale* affirme : « *Environmental Justice demands that public policy be based on mutual respect and justice for all peoples, free from any form of discrimination or bias* ». En effet, les experts reconnaissent les inégalités qui découlent des effets négatifs de la pollution et des changements climatiques⁷⁵⁸.

Au Québec, les articles 10 de la Charte québécoise et 15 de la Charte canadienne affirment tous deux les droits à l'égalité. Bien que des auteurs proposent d'invoquer ces articles en vue de fonder des recours contre certaines injustices, comme le manque d'accès à l'eau potable dans les réserves⁷⁵⁹, aucun tribunal judiciaire n'a cependant encore, au Canada, soupesé la validité de ces arguments. De manière générale, la mobilisation des droits à l'égalité pour lutter contre les injustices en matière d'accès au territoire se fait, au Canada, attendre. Par contre, plusieurs poursuites entamées contre le gouvernement ont été menées sur la base de la violation des articles 7 et 15 de la Charte canadienne.

Au-delà du droit à l'autodétermination et du droit à l'égalité, le respect du droit à la culture favorise aussi l'accès à la justice environnementale des peuples autochtones. Les cultures autochtones sont, en effet, affectées par le racisme environnemental⁷⁶⁰. Il peut dès lors s'agir là d'un moyen à faire valoir.

À l'échelle internationale, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit, à son article 27, l'obligation pour l'État de ne pas priver les membres d'une minorité

⁷⁵⁷ Gouvernement du Canada ; Relations Couronne-Autochtones et Affaires du Nord Canada, « L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie », (3 novembre 2008), en ligne: <<https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136#inhrt>>.

⁷⁵⁸ I. Waldron, « Le racisme environnemental au Canada », *précit.*, p 5.

⁷⁵⁹ N. J. Chalifour, « Environmental Discrimination and the Charter's Equality Guarantee », *précit.*.

⁷⁶⁰ « Environmental racism in Canada: What is it and what can we do about it? », (1 septembre 2020), en ligne: *Ecojustice* <https://ecojustice.ca/environmental-racism-in-canada/>: Beze Gray, une membre de la nation Anishnaabe, explique : *Pollution has impacted food sovereignty. People in the Aamjiwnaang First Nation are losing access to traditional food sources due to the impact of pollution in the area, it is also impacting the traditional language. Because pollution has wiped out so many things in their community, we have lost traditional words. And we don't have traditional words for the pollution that surrounds us.*

de leur « vie culturelle »⁷⁶¹. Sous réserve des procédures applicables à ce comité, lorsque les actions de l'Etat viennent affecter l'environnement et, conséquemment, la culture d'une communauté, un recours devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est envisageable.

L'affaire *Poma Poma v. Peru*⁷⁶² a permis à des éleveurs d'alpagas de s'opposer à des projets qui affectaient leur élevage. Au Canada, plusieurs plaintes ont ainsi été soumises à l'attention du Comité pour manquement au droit à la culture garanti à l'article 27 du Pacte dont une qui portait spécifiquement sur les impacts sur l'environnement⁷⁶³. Dans l'affaire de la *Bande du Lac Lubicon*, qui concernait notamment l'impact de développements miniers, le Comité déclare : « *Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of article 27 so long as they continue. The State party proposes to rectify the situation by a remedy that the Committee deems appropriate within the meaning of article 2 of the Covenant* »⁷⁶⁴.

Au Québec, le droit à la culture est reconnu dans la Charte québécoise (article 43), mais il n'a toujours pas été mobilisé afin de lutter contre les conséquences d'un manque d'accès à la justice environnementale.

Enfin, la Charte canadienne prévoit à son article 7 que : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cette disposition fonde les espoirs de différents acteurs qui militent pour l'action climatique et contre l'injustice environnementale. D'ailleurs, plusieurs groupes environnementalistes ont poursuivi, dans les dernières années, le gouvernement canadien en invoquant les violations combinées des articles 7 et 15 de la Charte canadienne.

⁷⁶¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, art. 27.

⁷⁶² UNHRC, Communication n°1457/2006, *Angela Poma Poma c Peru*, Opinions adoptées par le comité sous l'article 5 (4) du protocole optionnel.

⁷⁶³ UNHRC, Communication No.167/1984, *Lubicon Lake Band v. Canada*, Opinions adoptées par le comité sous l'article 5 (4) du protocole optionnel. Voir aussi UNHRC, Communication No. 24/1977, *Sandra Lovelace v. Canada*, Opinions adoptées par le comité sous l'article 5(4) du protocole optionnel.; UNHRC, Communication No.2020/2010, *McIvor and Grismer*, Opinions adoptées par le comité sous l'article 5 (4) du protocole optionnel.

⁷⁶⁴ *Ibid.* p. 33.

B/ La justice environnementale dans les régimes de protection de l'environnement au Québec

En plus des différents droits issus des systèmes de droits humains, les régimes de protection de l'environnement permettent aussi de dégager certains droits susceptibles d'asseoir une meilleure justice environnementale. C'est le cas, par exemple, du **droit à l'information**.

L'article 7 de la *Déclaration des principes de la justice environnementale* prévoit d'ailleurs que : « *Environmental Justice demands the right to participate as equal partners at every level of decision making, including needs assessment, planning, implementation, enforcement and evaluation* »⁷⁶⁵.

En plus d'affirmer la nécessité d'un droit à la consultation et à la participation, cette disposition permet d'asseoir un droit à l'information en matière environnementale, incluant par exemple les informations sur les impacts de projets. Au Québec, cependant, les dispositions de la LQE et de la Loi sur l'accès à l'information⁷⁶⁶ sont critiquées pour être inefficaces. L'auteur Jean Baril résume ainsi les dispositions de la Loi sur l'accès à l'information en ce qui a trait aux questions environnementales :

*[...] [P]lusieurs restrictions prévues par la Loi sur l'accès ont des conséquences négatives sur le droit d'accès à l'information environnementale [...]. L'absence de définition du secret industriel, le caractère trop vague des restrictions portant sur des renseignements de nature industrielle, technique, financière, commerciale ou scientifique, ainsi que la prépondérance accordée par la loi à d'éventuels préjudices économiques, font en sorte que les intérêts économiques favorisant le secret l'emportent généralement sur les intérêts sociaux ou environnementaux visant la divulgation. En définitive, les entreprises jouissent d'un droit de veto sur la communication de plusieurs informations de nature environnementale détenues par l'État québécois et elles peuvent impunément multiplier les procédures dilatoires afin de décourager les demandeurs d'accès*⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Déclaration précit.

⁷⁶⁶ Jean Baril, *Droit d'accès à l'information environnementale : pierre d'assise du développement durable*, thèse en droit, Université Laval, 2012, 526 p.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 332.

De plus, l'exception prévue dans la loi pour les questions environnementales (exception que l'on trouve à l'article 41.1), a une portée extrêmement limitée et ne constituerait pas un mécanisme suffisamment efficace. Ainsi, pour que cette exception permette l'accès à des informations détenues par l'État : *[il ne] suffit pas qu'un renseignement soit susceptible de faire connaître ou de confirmer un risque immédiat pour la santé ou la sécurité d'une personne ou une atteinte sérieuse ou irréparable à son droit à la qualité de l'environnement, mais il faut que le renseignement révèle effectivement l'existence d'une situation de risque ou une atteinte qui a eu lieu*⁷⁶⁸.

Les dispositions de la LQE, spécifiquement prévues pour l'accès aux données environnementales, souffrent, elles aussi, de problèmes importants. L'article 118.4 LQE⁷⁶⁹, par exemple, voit son application limitée par les décisions de la Commission d'accès à l'information du Québec.

Comme l'indique Jean Baril, « *l'article 118.4 ne peut être utilisé pour obtenir le débit réservé autorisé pour l'opération d'une centrale hydroélectrique, une liste des milieux humides précaires, les caractéristiques de certaines espèces menacées, des études, des opinions ou des rapports sur des projets de politiques, puisqu'il ne s'agit pas de « contaminants » au sens de la loi* »⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ Aux termes de cet article 118.4 « Toute personne ou municipalité a droit d'obtenir du ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs copie des renseignements ou documents disponibles suivants :

1° tout renseignement concernant la quantité, la qualité ou la concentration des contaminants rejetés par une source de contamination ou concernant la présence d'un contaminant dans l'environnement ;

2° les études de caractérisation des sols et les évaluations des risques toxicologiques et écotoxicologiques ainsi que des impacts sur les eaux souterraines exigées en vertu de la section IV du chapitre IV;

3° les études, les expertises et les rapports exigés et visant à établir l'impact d'un prélèvement d'eau sur l'environnement, sur les autres usagers ou sur la santé publique ;

4° les états des résultats relatifs au contrôle et à la surveillance du rejet de contaminants et tous les rapports et renseignements fournis au ministre en vertu de la section III du chapitre IV et des règlements pris en vertu de la présente loi ;

5° les bilans annuels de gestion et les plans de gestion de matières dangereuses transmis au ministre en vertu des articles 70.7 et 70.8.

Le présent article s'applique sous réserve des restrictions aux droits d'accès prévues aux articles 28, 28.1 et 29 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1) et ne s'applique pas aux renseignements concernant la localisation d'espèces menacées ou vulnérables ».

⁷⁷⁰ Jean Baril, *Droit d'accès à l'information environnementale*, op. cit., p. 355.

D'autres exigences ont été ajoutées par interprétation jurisprudentielle.

L'affaire *Burcombe*, par exemple, rajoute l'exigence voulant que le contaminant rejeté doive déjà se trouver dans l'environnement⁷⁷¹, conclusion qui est porte à faux avec le principe de prévention, consacré dans plusieurs instruments internationaux, comme la Convention d'Aarhus.

En somme, le droit d'accès à l'information, élément vital pour la sauvegarde des intérêts des groupes marginalisés et pour comprendre l'ampleur des dommages causés par des projets, est reconnu et effectif en droit québécois. Cependant, le système législatif québécois est critiqué pour les lacunes importantes qu'il présente en matière d'accès à l'information en matière environnementale.

Pourtant, ce droit à l'information environnementale est intimement lié à l'effectivité d'un autre droit, aussi reconnu en droit québécois – comme d'ailleurs à l'échelle internationale, celui à un environnement sain : en 2019, l'Assemblée générale des Nations Unies déclarait que le droit à un environnement sain constituait un droit de l'Homme⁷⁷².

Au Québec, plusieurs instruments viennent affirmer le droit à un environnement sain. À son article 19, la LQE affirme que « toute personne a droit à la qualité de l'environnement, à sa protection et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent, dans la mesure prévue par la présente loi »⁷⁷³. Ce droit est complété par une procédure spéciale d'injonction pouvant être obtenue afin d'« empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à l'exercice d'un droit conféré par l'article 19.1 »⁷⁷⁴. Cette demande doit être « instruite et jugée d'urgence ».

Deux limitations viennent cependant tempérer l'utilité de cette mesure. L'article 19.3 énonce que seules les « personnes physiques » peuvent déposer une demande alors que l'article 19.7 affirme que les demandes d'injonction ne peuvent pas viser des projets qui ont été autorisés

⁷⁷¹ *Burcombe c Québec (Ministère de l'Environnement et de la Faune)*, [1996] CAI 99, § 10 cité dans Jean Baril, *op. cit.*, p. 356.

⁷⁷² « UN General Assembly declares access to clean and healthy environment a universal human right || UN News », en ligne: <<https://news.un.org/en/story/2022/07/1123482>>. *The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, Rés AG 76/300, Doc off AG NU, 76e sess, supp no.49, Doc NU A/RES/76/300.

⁷⁷³ *Loi sur la qualité de l'environnement*, c Q-2, art. 19.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, art.19.2-19.7.

en vertu de la LQE. Cela empêche donc les groupes environnementaux et les communautés d'utiliser ce recours.

De plus, en 2006, le législateur québécois décidait d'intégrer à la Charte québécoise, l'article 46.1, garantissant le droit « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité »⁷⁷⁵. La portée de ce droit est encore incertaine. En effet, le droit à l'environnement sain est intégré dans la Charte québécoise dans une section concernant les droits socioéconomiques. Ces droits occupent une place un peu particulière dans le corpus des droits au Québec de par les enjeux liés à leur justiciabilité.

Les tribunaux canadiens ont jusqu'ici été réticents à appliquer toute la force d'une analyse de conformité à la Charte québécoise, une loi de nature quasi-constitutionnelle ayant normalement prépondérance sur les autres mesures étatiques⁷⁷⁶.

L'article 46.1 de la Charte québécoise pourrait ainsi obliger le gouvernement à adopter des mesures étatiques, sans que les tribunaux ne puissent contrôler la sagesse de ces mesures⁷⁷⁷, mais qu'ils puissent, peut-être, constater l'insuffisance des mesures⁷⁷⁸. L'article 46.1 pourrait également être compris comme un principe normatif guidant l'interprétation d'autres droits⁷⁷⁹. Malgré le faible potentiel de justiciabilité de ce droit, quelques autres considérations viennent s'ajouter pour bien comprendre son influence sur l'accès à la justice environnementale. Par exemple, il serait possible de faire découler du droit à un environnement « sain » et « respectueux de la biodiversité » des garanties de nature procédurale⁷⁸⁰. Son applicabilité aux rapports entre acteurs privés pourrait soutenir les actions en justice environnementale envers les entreprises et les personnes privées qui affectent la qualité de l'environnement. Les recours fondés sur la Charte québécoise présentent des avantages importants eu égard aux mécanismes procéduraux. L'effectivité des droits garantis par la Charte est largement assurée par le travail de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse, laquelle peut par exemple prendre

⁷⁷⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée.

⁷⁷⁶ Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

⁷⁷⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 46 ; *Gosselin c Québec (Procureur Général)*.

⁷⁷⁸ Sophie Thériault & David Robitaille, « Les droits environnementaux dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec : Pistes de réflexion », *Rev Droit McGill*, 2011, p. 229.

⁷⁷⁹ *Ibid.* p. 216.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 253.

fait et cause pour un ou une plaignant. Un tribunal spécialisé a également été mis en place par le législateur, ce qui favorise le respect, la protection et la mise en œuvre des droits.

À l'échelle fédérale, un projet de loi déposé à la Chambre des communes vise à « reconnaître que tout particulier au Canada a droit à un environnement sain »⁷⁸¹. Cette disposition serait intégrée dans une refonte de la *Loi sur la protection de l'environnement*⁷⁸².

En plus du droit à un « environnement sain », d'autres dispositions législatives permettent d'asseoir une plus grande participation des communautés marginalisées aux prises de décision en matière environnementale. L'article 7 de la *Déclaration des principes de la justice environnementale* énonce : « *Environmental Justice demands the right to participate as equal partners at every level of decision-making, including needs assessment, planning, implementation, enforcement and evaluation* »⁷⁸³.

Les régimes d'évaluation environnementale prévoient des mesures pour permettre aux citoyens de faire entendre leur voix. Au regard des dispositions et de la jurisprudence constitutionnelles qui garantissent les droits des peuples autochtones, ces mesures législatives peuvent toutefois être insuffisantes et, pour cette raison, être inconstitutionnelles⁷⁸⁴. En effet, les régimes de participation publique doivent, pour être valides constitutionnellement, prévoir des mesures spécifiques permettant aux peuples autochtones concernés d'être consultés de manière spécifique.

Au Québec, la *LQE* prévoit deux procédures d'évaluation : une procédure générale applicable pour la partie méridionale du Québec, d'une part, et, d'autre part, une procédure particulière, laquelle découle de la *Convention de la Baie-James et du nord québécois* (ci-après

⁷⁸¹ S-5, *Loi modifiant la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), apportant des modifications connexes à la Loi sur les aliments et drogues et abrogeant la Loi sur la quasi-élimination du sulfonate de perfluorooctane*, 1^{er} session, 44^e parlement, 2022.

⁷⁸² *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c 33.

⁷⁸³ Delegates to the First National People of Color Environmental Leadership Summit, voir Sophie Thériault, *op. cit.*

⁷⁸⁴ Soulignons que les deux paliers de gouvernement (toutes les provinces, à l'exception des provinces maritimes) ont signé une entente sur la « collaboration fédérale-provinciale en matière d'évaluation d'impact » qui prévoit une standardisation des méthodes d'évaluation et qui vise l'objectif « un projet, une évaluation », Agence d'évaluation d'impact du Canada, « Ententes relatives aux évaluation », (3 décembre 2008), en ligne: <<https://www.canada.ca/fr/agence-evaluation-impact/organisation/lois-reglements/loi-et-liste-reglements/ententes-evaluation-environnementale.html>>.

CBJNQ) et de la *Convention du nord-est québécois* (ci-après CNEQ), et est applicable au territoire septentrional du Québec délimité par ces conventions.

Dans le cadre de la procédure d'évaluation générale, il appartient – à la suite de la publication d'un avis par l'initiateur du projet⁷⁸⁵ - au Bureau d'audience publique sur l'environnement (BAPE) de mener des séances d'informations publiques auxquelles peuvent participer les citoyens⁷⁸⁶ et, sur demande, de mener des consultations publiques ou des séances de médiation⁷⁸⁷ qui feront l'objet d'un rapport au ministre. Il est important de noter que le gouvernement reste : [...] *le seul véritable décideur. L'étude d'impact n'est qu'un des éléments de sa prise de décision puisque cette dernière peut aussi être basée sur des considérations d'ordre économique, politique, social ou autre. Le gouvernement jouit donc d'un pouvoir discrétionnaire encore plus grand que celui du ministre et n'est pas lié par l'étude d'impact*⁷⁸⁸.

Plusieurs autres lois québécoises prévoient des mécanismes de consultation.

Il en va, par exemple, ainsi de la *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier* (A-18.1)⁷⁸⁹, la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel* (C-61.01)⁷⁹⁰, la *Loi sur les mines*⁷⁹¹, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (L.A.U. – A-19.1)⁷⁹².

⁷⁸⁵ *Loi sur la qualité de l'environnement, précitée*, art. 31.3.1.

⁷⁸⁶ *Ibid.* art. 6.3.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Bellefleur c Québec (Procureur général)*, [1993] QCCA 2320.

⁷⁸⁹ *Loi sur l'aménagement durable du territoire forestier*, RLRQ c A-18.1, art. 6-8 (dispositions propres aux communautés autochtones) ; art. 9-10 (Politique de consultation) ; art. 11 (stratégie d'aménagement durable des forêts) ; art. 37 (Consultation lors de l'intensification de la production ligneuse) ; art. 40 (détermination des normes d'aménagement forestier) ; art. 56-61 (consultation pour la préparation du plan opérationnel) ; art. 224 par. 1 (reddition de comptes sur la politique de consultation).

⁷⁹⁰ *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, RLRQ c C-61.01, art. 32 (demande de consultation publique durant la période d'information publique) ; art. 36 (le ministre peut déléguer au BAPE la tâche de gérer les consultations).

⁷⁹¹ *Loi sur les mines*, RLRQ c M-13.1, art. 2.1-2.3 (politique de consultation spécifique aux communautés autochtones) ; art. 101.0.1 (obligation de mener une consultation publique pour un projet métallifère de moins de 2000 tonnes métriques par jour) ; art. 140.1 (Obligation de mener une consultation publique dans la région où se situe le projet d'exploitation de substances minérales de surfaces).

⁷⁹² *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ c A-19.1, art. 2.8 (obligation de mener une assemblée publique sur l'énoncé de vision stratégique) ; art. 53 (obligation de consultation publique lors de la modification du plan métropolitain ou du schéma) ; art. 56.8 (obligation de consultation lors de la révision du plan métropolitain ou du schéma) ; art. 79.7 (obligation de consultation pour un projet de règlement visé par les articles 79.1 à 79.3).

Ce sont tous des mécanismes qui visent à permettre aux citoyens, incluant les Autochtones – à titre individuel ou collectif – de se faire entendre par les corporations et les acteurs gouvernementaux responsables de projets.

Les mesures législatives prévoyant, de manière spécifique, la consultation et, s'il y a l'accommodement, des peuples autochtones demeurent laconiques – reprenant à leur compte les règles élaborées dans la *common law* constitutionnelle eu égard à l'obligation de la Couronne [soit : les gouvernements provinciaux et fédéral] de consulter les peuples autochtones.

La LQE prévoit également des recours administratifs spécifiques pour les décisions autorisant ou non des projets, mais de tels recours spécifiques n'ont pas été prévus en cas de manquement aux processus de consultation des peuples autochtones. La décision de mener des consultations relevant du pouvoir discrétionnaire du ministre peut néanmoins faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

À l'échelle fédérale, la *Loi sur l'évaluation d'impact* prévoit la tenue d'évaluations environnementales menées sur les projets qui relèvent en tout ou en partie des compétences fédérales⁷⁹³.

La Loi prévoit que l'agence canadienne d'évaluation d'impact finance⁷⁹⁴ et organise la consultation du public lors des travaux préparatoires⁷⁹⁵ de l'évaluation d'impact, à l'évaluation en tant que telle⁷⁹⁶ et à la révision de l'évaluation par une commission⁷⁹⁷. Les manquements aux procédures de consultation du public peuvent mener à la contestation de projets et à l'annulation de l'évaluation environnementale, nécessaire pour autoriser un projet. La consultation est définie comme devant refléter un dialogue significatif (« *meaningful two-way dialogue* »)⁷⁹⁸. Une séance d'audience publique pendant laquelle les citoyens concernés présentent leurs points de vue est donc insuffisante, même si ces points de vue sont ensuite

⁷⁹³ Anna Johnston & Stephen Hazell, *La Loi sur l'évaluation d'impact du Canada fonctionne-t-elle ?*, 2021, p. 6.

⁷⁹⁴ *Loi sur l'évaluation d'impact*, précitée, art. 75.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, art. 11-12.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, art. 27.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, art. 51.

⁷⁹⁸ *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 CAF 153, par. 558.

relayés par les responsables aux gens menant l'évaluation environnementale⁷⁹⁹. Il convient ici de souligner que la loi fédérale a fait l'objet de modifications récentes visant à renforcer les processus d'évaluation, mais selon un rapport d'experts, la loi demeure lacunaire à certains égards⁸⁰⁰.

En plus des procédures de consultation et des recours prévus dans les lois particulières, l'accès à la justice environnementale peut être assuré par les recours de droit commun, notamment sur la base des dispositions du *Code civil du Québec* qui encadrent, d'une part, les troubles de voisinage et, d'autre part, la responsabilité civile extracontractuelle⁸⁰¹. Ainsi, l'affaire *Ciment du St Laurent*⁸⁰² vient affirmer l'existence d'un régime de responsabilité sans faute lorsque les troubles de voisinage causés par un pollueur, ici une cimenterie, dépassent la limite du trouble de voisinage jugé raisonnable. La majorité de la Cour suprême du Canada affirme qu'« il importe de constater que la reconnaissance d'une responsabilité sans faute favorise des objectifs de protection de l'environnement »⁸⁰³. Quant à l'article 1457 du Code civil du Québec⁸⁰⁴, il permet de fonder des recours en responsabilité civile. Dans l'affaire *Turcotte c. Pouliot*⁸⁰⁵, par exemple, un entrepreneur n'avait pas respecté les conditions de son permis émis par le ministère de l'Environnement causant des dommages indemnifiables.

§3. L'accès à la justice modulé par la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et des droits issus des traités

Au Canada, au-delà des obligations de consulter qui s'imposent à la Couronne, l'accès à la justice environnementale est modulé par la reconnaissance et la confirmation, à l'article 35 de

⁷⁹⁹ Andrew Sullivan, « Consultation in Canadian Construction and Resource Projects » (2021) J Can Coll Constr Lawyers 175. L'auteur précise «*Accommodating concerns must be a part of consultation otherwise the process is meaningless. The environmental assessment process has its own built-in measure for ensuring accommodation. Under those processes, a report on the impacts and alternatives considered are submitted to the director/minister for approval or rejection*».

⁸⁰⁰ Johnston & Hazell, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁸⁰¹ Aux termes de l'article 976 du *Code civil du Québec* : « Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux ».

⁸⁰² *Ciment du St Laurent c Barrette*, 2008 CSC 64.

⁸⁰³ *Ibid.*, § 80.

⁸⁰⁴ Aux termes de l'article 1457 du *Code civil du Québec* : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel [...] ».

⁸⁰⁵ *Turcotte c Pouliot*, [1990] R.R.A. 760 (CA).

la LC 1982, des *droits ancestraux*, d'une part, et des *droits issus de traités* des peuples autochtones du Canada, d'autre part.

Ces deux catégories de droit assurent diverses formes de protection aux droits existants (i.e. « non éteints ») des peuples autochtones et imposent conséquemment d'autres obligations à la Couronne.

Dans l'état actuel du droit canadien, la *common law* constitutionnelle distingue entre une variété de droits ancestraux. Dans son rôle d'interprète de la Constitution, la Cour suprême du Canada a distingué les droits à la pratique d'activités culturelles ou traditionnelles (les « droits-activités ») et les droits fonciers à proprement parler (le « titre ancestral »)⁸⁰⁶. Une tendance à l'élargissement de ces catégorisations s'observe actuellement dans la jurisprudence.

En ce qui concerne la question de la justice environnementale, la distinction entre des droits ancestraux (activités) et les droits fonciers (titre ancestral) est importante. Un groupe autochtone qui réussit à faire la démonstration qu'il est titulaire d'un droit ancestral « activité » aura le droit de pratiquer cette activité, d'avoir accès au territoire, mais n'aura pas de « droit à la terre » ni de « droit à la ressource ». La reconnaissance d'un titre ancestral, par le tribunal, entraîne quant à elle un droit à la terre, comprenant le droit incident d'utiliser la terre pour toute utilisation (sujet à certaines limites inhérentes⁸⁰⁷) et de gérer la terre, incluant le droit de consentir aux activités menées par l'État et les tiers⁸⁰⁸ : Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, par. 140-141. Voir aussi : *R. c Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. § 74; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 442, § 73-76.

⁸⁰⁷ *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, § 94.

⁸⁰⁸ *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, § 117 ; *Tsilhqot'in*, § 76. : « Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral ».

⁸⁰⁹ *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, § 94.

L'exercice de ces droits est cependant lié à la capacité de l'État d'y porter atteinte dans la mesure où ces atteintes sont justifiées (test fondé sur l'analyse des objectifs et des moyens ainsi que sur une mise en balance des intérêts en présence)⁸¹⁰.

Il faut bien voir ici que les critères établis pour faire la démonstration de ces droits sont très difficiles à remplir⁸¹¹. Depuis 1982, la Cour suprême du Canada n'a reconnu qu'un seul « titre ancestral » pour l'ensemble du Canada⁸¹². Considérant le déni de justice constitutionnelle que cette situation entraîne, la Cour suprême du Canada a élaboré – depuis 2004 – sa jurisprudence sur les obligations qu'ont les autorités étatiques (fédérales et provinciales) de consulter et, s'il y a lieu d'accommoder, lorsqu'une mesure législative ou gouvernementale est potentiellement préjudiciable à un droit revendiqué, mais non encore confirmé par un tribunal et ce, conformément aux devoirs qui leur incombent en vertu du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne.

Mais encore, de nombreuses nations autochtones ont, au Canada, conclu une variété d'ententes de toutes sortes avec l'État. L'article 35 de la LC 1982 ne vise pas toutes les ententes, mais seulement les droits qui sont « issus de traités ». Cette notion a été définie par la Cour. Il peut s'agir d'accords historiques (ex. : traités de cession ou traités de paix, d'alliance ou d'amitié) ou d'accords plus contemporains (ex. : accords de règlement des revendications territoriales globales).

Dans le cas des droits issus de traités conclus avant 1973 – année de l'adoption d'une politique fédérale⁸¹³ qui relance les processus de négociations politiques visant à éteindre les droits territoriaux des peuples autochtones –, l'État aura, à l'instar des droits ancestraux, la capacité de leur porter atteinte après avoir pu justifier une telle atteinte devant un tribunal⁸¹⁴. Les traités reconnaissent aux groupes autochtones signataires une diversité de droits, incluant généralement des droits d'accès au territoire et au maintien du mode de vie traditionnel. Ils

⁸¹⁰ *Ibid.*, § 77.

⁸¹¹ *Ibid.*, §§ 24-50.

⁸¹² Depuis la reconnaissance du titre par la Cour suprême en 2014, la nation Tsilhqot'in travaille de concert avec les autorités provinciales et fédérales afin d'assurer la mise en place d'un gouvernement autonome. Les lois concernant l'exploitation des ressources naturelles promulguées par la province ne s'appliquent plus sur les terres de la nation. Voir : « Tsilhqot'in Rights & Title – Tsilhqot'in National Government | TNG », en ligne: <<https://www.tsilhqotin.ca/tsilhqotin-rights-title/>>.

⁸¹³ Geneviève Motard, « Trudeau et la construction d'une société plus juste ? La politique fédérale de règlement des revendications territoriales globales à la lumière des normes internationales », (2020) 99 *Supreme Court Law Review*, 2nd series 273-303.

⁸¹⁴ *R. c Badger*, [1996] 1 RCS 771.

constituent aussi le fondement de l'occupation des territoires autochtones : les traités de cession comprennent des clauses d'extinction des droits territoriaux autochtones. À l'instar des droits ancestraux, les droits issus des traités historiques sont des droits collectifs qui permettent d'asseoir le pouvoir des nations de prendre des décisions quant à la manière d'exercer leurs droits⁸¹⁵.

La Cour suprême du Canada reconnaît, enfin, l'applicabilité des obligations de consulter, qui découlent du principe de l'honneur de la Couronne, au cas des accords plus contemporains (désignés par « accords de règlement des revendications territoriales globales, suivant la politique fédérale de 1973 »)⁸¹⁶. Les accords de règlement des revendications territoriales globales prévoient des dispositions spécifiques quant à la participation des nations signataires à la cogestion du territoire visé par l'accord. Ces « comités de cogestion », qui ont vocation à être permanents, donnent naissance à un droit à la participation constitutionnalisé⁸¹⁷. Ces accords reconnaissent aussi la capacité législative des nations autochtones dans divers secteurs d'activité (ex. : en matière de langue et culture, d'éducation, de santé et de services sociaux et d'administration de la justice), incluant la gestion de certaines terres, tel que délimitées par les accords.

Au Québec, deux accords de règlement des revendications territoriales globales ont été conclus avec les Inuit, les Cris (Eeyou) soit la CBJNQ, conclue en 1975, et la CNEQ, conclue en 1978 avec les Naskapis. Ces accords prévoient différents mécanismes qui visent à assurer les droits de ces nations face au développement industriel et hydroélectrique sur leurs terres. L'accord éteint les droits de toutes les nations autochtones sur les territoires visés par ces conventions et divise le territoire septentrional du Québec contemporain en trois catégories distinctes :

« [l]es terres de la catégorie I comprennent un peu plus de 14 000 km² à l'intérieur et autour des communautés autochtones et sont administrées uniquement par celles-ci⁸¹⁸; les terres de la catégorie II visent environ 70 000 km² et 82 000 km², appartenant respectivement

⁸¹⁵ Voir par exemple Simon Picard, « L'affirmation juridique comme moyen d'autodétermination : l'exemple de la législation de la Nation huronne-wendat concernant la construction de camps à des fins d'activités coutumières », in G. Motard, G. Nootens, (dir.), *Souverainetés et autodéterminations autochtones : Tiāyoriho'ten*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2022, aux pp. 225- 247.

⁸¹⁶ *Beckman c Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 CSC 53, § 52.

⁸¹⁷ *Corporation Makivik c Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 1455, § 79.

⁸¹⁸ *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, 11 novembre 1975], art. 5.1 et ss. ; 7.1.1. ; 2.9.3.

*aux Cris et aux Inuits, et sont réservées exclusivement à la chasse, à la pêche et au piégeage*⁸¹⁹ ; les terres de la catégorie III représentent un peu moins des deux tiers de la superficie du Québec et les Autochtones y jouissent des droits – certains exclusifs, d'autres non – d'utiliser leurs territoires traditionnels de chasse et de cueillette⁸²⁰.

Différents problèmes découlant des manquements aux obligations de l'État ont mené à de véritables affrontements juridiques entre les autochtones et le gouvernement québécois.

De plus, avec le déplacement de plus en plus important de la limite septentrionale de l'exploitation forestière, celle-ci est devenue au fil des années un enjeu majeur. La conclusion d'une entente, en 2002, est venue régler – en partie du moins – ce différend. D'autres ententes, modifiant les conventions originales, élargissent les pouvoirs des nations de gouverner leurs affaires. Enfin, et surtout, les conventions de 1975 et de 1978, sont les premières à prévoir, au Canada, un régime particulier de protection de l'environnement.

Aujourd'hui encore, la section II de la LQE prévoit, en ce qui concerne le territoire visé par la CBJNQ et la CNEQ, des mécanismes visant à garantir une bonne participation des autochtones aux processus d'autorisations environnementales⁸²¹. Ces conventions, ont, tout d'abord, prévu la création de trois organismes responsables des évaluations environnementales au sud du 55e parallèle. Le comité consultatif pour l'environnement de la Baie-James (CCEBJ)⁸²² (12 membres, dont 4 sont nommés respectivement par le fédéral, le provincial et la nation crie⁸²³), le Comité d'examen (COMEX)⁸²⁴, (composé de 5 membres⁸²⁵, 3 nommés par le gouvernement du Québec et 2 par la nation crie) ainsi que le Comité d'évaluation (COMEV)⁸²⁶, composé de 6 membres⁸²⁷ (nommés de la même manière que le CCEBJ⁸²⁸). Ceux-ci analysent et commentent les projets à différentes étapes de leur avancement.

⁸¹⁹ *Ibid.*, art. 5.2 et s. ; 7.2.1 ; 2.9.3.

⁸²⁰ *Ibid.*, art. 5.3 et s.; 7.3.1; 2.9.3.

⁸²¹ Voir *Québec (Procureur général) c Moses*, 2010 CSC 17.

⁸²² *Loi sur la qualité de l'environnement*, art. 134 ; *Convention de la Baie-James et du nord québécois*, art. 22.3 et ss.

⁸²³ *Ibid.*, art. 135.

⁸²⁴ *Ibid.*, art. 148 ; *Convention de la Baie-James et du nord québécois*, art. 22.6 et ss.

⁸²⁵ *Ibid.*, art. 151.

⁸²⁶ *Ibid.*, art. 148.

⁸²⁷ *Ibid.*, art. 149.

⁸²⁸ *Ibid.*

Au nord du 55e parallèle, deux organismes similaires ont été créés.

Le Comité consultatif de l'environnement Kativik (CCEK)⁸²⁹ (3 membres nommées par fédéral, provincial et trois par l'administration régionale Kativik⁸³⁰) est «[l']interlocuteur privilégié et officiel» avec le gouvernement. La Commission de la qualité de l'environnement Kativik⁸³¹ (CQEK) (9 membres, 5 nommés par le provincial et 4 par l'administration régionale Kativik⁸³²). La judiciarisation des différends demeure un phénomène exceptionnel : les conflits se règlent par le biais de la médiation politique ou de la négociation.

En conclusion, au Québec et au Canada, l'accès à la justice environnementale repose sur :

- Les instruments de droits humains (Charte québécoise, Charte canadienne, droit international intégré en droit canadien) ;
- Le droit commun (Code civil du Québec) ;
- Les instruments législatifs particuliers (LQE, LEI, Loi sur les mines, Loi sur l'aménagement durable des forêts, Loi sur l'accès à l'information) ;
- L'article 35 de la LC 1982 (consultation, consentement, participation, droits ancestraux et issus de traités, *common law* constitutionnelle) ;
- Les accords de règlement des revendications territoriales globales (ex. : cogestion, régimes particuliers de protection environnementale) ;
- D'autres dispositifs non étatiques (traditions juridiques autochtones elles-mêmes ; ententes sur les répercussions et les avantages, certification forestière...).

Le contentieux se caractérise par les éléments suivants :

- Sauf exceptions prévues dans les lois, les tribunaux ordinaires sont responsables de faire le contrôle judiciaire de constitutionnalité et de réviser les décisions de l'administration publique ;

⁸²⁹ *Ibid.*, art. 169 ; *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, art. 23.5 et ss.

⁸³⁰ *Ibid.*, art. 170.

⁸³¹ *Ibid.*, art. 181 ; *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, art.23.2 et ss.

⁸³² *Ibid.*, art. 182.

- La Commission des droits de la personne et de la jeunesse et la Commission d'accès à l'information peuvent contribuer à favoriser le respect d'une meilleure justice environnementale.

Diverses institutions ont été mises en place, par exemple :

- Des consultations *ad hoc* (en application de la *common law* constitutionnelle) ;
- Des comités de cogestion ;
- Des régimes d'évaluation d'impact généraux (Bureau d'audience publique) et adaptés (en application de la CBJNQ et de la CNEQ).

Les obstacles sont nombreux. L'étude de l'expérience canadienne a, par exemple, mis en lumière les enjeux suivants :

- Défis liés à l'accès à la justice constitutionnelle (coûts, temps, critères de preuve...);
- Défis liés au régime d'accès à l'information ;
- Défis liés à la justiciabilité de certains droits (ex. : droit à un environnement sain) et aux exigences imposées pour établir les liens de causalité en cas de dommages (appréhendés).

Section 2

Les limites du droit d'accès à la justice environnementale en matière de lutte contre la biopiraterie⁸³³

Si la question de l'accès à la justice des communautés autochtones et locales est, en temps normal, d'une grande sensibilité⁸³⁴, elle est encore plus délicate lorsqu'elle est appréhendée sous l'angle de la « biopiraterie ».

Le mot désigne une pratique constituée par « l'appropriation illégitime par un sujet, notamment par voie de propriété intellectuelle, parfois de façon illicite, de ressources naturelles, et/ou éventuellement de ressources culturelles en lien avec elles, au détriment d'un autre sujet »⁸³⁵. Schématiquement, il y a biopiraterie lorsqu'une entreprise ou un laboratoire s'approprie des ressources naturelles – une plante, des graines ou un gène par exemple – et/ou des ressources culturelles – tel savoir ou telle technique traditionnelle d'une communauté autochtone et locale – en développant une invention – produit ou procédé : médicament, technique de soin, etc. – qu'elle brevète et exploite, et ce, sans autorisation des entités originaires liées à ces ressources, ni partage aucun des retombées de cette utilisation. Il s'agit là, en tout cas, de la forme la plus répandue et qui repose sur un outil juridique extrêmement puissant : le brevet. Ce dernier est en effet très attrayant dans la mesure où il est un titre de propriété intellectuelle qui octroie un monopole d'exploitation à son titulaire sur l'invention protégée⁸³⁶, de sorte qu'aucune autre personne ne pourra l'utiliser sans son consentement, y compris les communautés pourtant à l'origine de la « trouvaille ». Il n'est alors pas bien ardu de comprendre ce qui choque avec cette pratique dans la mesure où elle rend les communautés étrangères à leurs propres ressources, surtout culturelles, lesquelles ne sont que « retranscrites » dans le langage de la science moderne et occidentale et appropriées par ce biais. L'effet d'éviction est manifeste.

Le cas le plus emblématique est sans doute celui du margousier : cette plante a donné lieu à plusieurs brevets dans le monde au profit d'une entreprise américaine pour ses propriétés

⁸³³ Rédaction par Loïc Peyen, Maître de conférences en droit public, Université Toulouse Capitole, IEJUC.

⁸³⁴ Pour une approche générale : W. Littlechild et E. Stamatopoulou (dir.), *Indigenous Peoples' Access to Justice, Including Truth and Reconciliation Processes*, Institute for the Study of Human Rights, Columbia University, 2014.

⁸³⁵ L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, LGDJ, 2018, p. 12.

⁸³⁶ V. l'article 27 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce : Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, Marrakech, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 3, n° 31874, annexe 1c.

fongicides. Auprès de l'Office européen des brevets (OEB), il fut question du brevet EP0436257, octroyé le 14 septembre 1994, portant sur une « Méthode pour combattre les champignons aux plants avec d'huile de margousier extraite hydrophobement » et qui était décrite comme « un procédé de contrôle des champignons sur les plantes à l'aide d'un fongicide foliaire comprenant de l'huile de margousier extraite hydrophobement ». Or, le margousier était déjà utilisé comme tel en Inde par de nombreuses communautés : l'invention n'en étant pas une, une contestation fut portée auprès de l'OEB. Constatant l'absence de nouveauté, la division d'opposition de l'OEB révoqua le brevet le 13 février 2001⁸³⁷, décision qui sera confirmée en appel⁸³⁸. Bon nombre de cas peuvent encore être cités, comme celui de la stévia, pour ses propriétés édulcorantes et bien connues des communautés paraguayennes et brésiliennes⁸³⁹, ou encore, plus récemment, celui de la quinine de Cayenne (*quassia amara*), qui a opposé devant l'OEB des organisations non gouvernementales ainsi que des communautés guyanaises à un institut public de recherche.

Le sujet est très sérieux : il touche aussi bien à l'identité culturelle des communautés autochtones et locales qu'à leurs droits sur les ressources, sans parler de leur reconnaissance en tant que telle. En d'autres termes, il n'est pas exagéré de dire que la lutte pour le droit et la lutte pour l'existence se confondent. Dans ce cadre, il est intéressant de s'interroger sur l'accès à la justice, au sens procédural, de ces communautés, c'est-à-dire sur les moyens à leur disposition pour se protéger de ces actes et les réprimer.

Il y a lieu de rappeler que les Etats occupent une place tout à fait fondamentale dans la mesure où ils sont, d'un point de vue positiviste, au fondement de leur ordre juridique : déterminant les normes qui s'y trouvent, ils identifient les sujets de droit et fixent l'étendue de leurs droits et obligations, de la même façon qu'ils établissent les procédures de garantie de ce cadre. Si, dans les faits, les communautés existent, au plan juridique – et d'une perspective étatique, nécessairement limitée, mais bien réelle –, leur statut dépend entièrement des Etats, y compris pour ce qui de l'accès à la justice *stricto sensu*. Bien sûr, il serait possible d'objecter

⁸³⁷ Division d'opposition de l'Office européen des brevets, 13 février 2001, *Décision révoquant le brevet européen n° 0436257*, demande n° 90250319.2-2117, brevet n° 0436257.

⁸³⁸ Chambre de recours technique de l'Office européen des brevets 3.3.2, 8 mars 2005, *Thermo Trilogy Corporation et al. Versus Aelvoet, Magda, MEP, The Green Group in the European Parliament et al.*, n° T 0416/01.

⁸³⁹ V. le rapport détaillé de Déclaration de Berne et al., *Stévia, une douceur au goût amer*, Déclaration de Berne – CEIRAD – France Libertés – Misereor – Pro Stevia Switzerland – SUNU – Université de Hohenheim, mars 2016 (disponible en ligne sur le site de l'organisation Public Eye : <https://www.publiceye.ch/fr/>).

qu'il existe des obligations internationales susceptibles de rejaillir sur les ordres juridiques nationaux mais, là encore, et sans revenir sur la place du volontarisme en droit international, les obligations existantes quant à l'accès à la justice en matière de biopiraterie sont assez maigres. En effet, les instruments du droit de l'environnement et ceux de la propriété intellectuelle mobilisables en matière de biopiraterie contiennent plus de dispositions substantielles que de dispositions procédurales.

En matière environnementale, la Convention sur la diversité biologique⁸⁴⁰ et le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, relatif à la Convention sur la diversité biologique⁸⁴¹ se concentrent surtout sur le mécanisme d'Accès et de Partage des avantages (dit « APA ») pour avoir un partage « juste et équitable »⁸⁴². Ainsi, toute entité souhaitant accéder à des ressources sous juridiction et les utiliser, qu'il s'agisse de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées, doit respecter la volonté de l'Etat sur le territoire duquel se trouvent ces ressources, ce qui suppose le respect du cadre juridique qu'il a établi. En substance, il est exigé une autorisation pour accéder aux ressources et la formalisation des conditions d'utilisation – et de partage des avantages, par voie de conséquence – dans un contrat, ce qui devrait aussi contribuer à la protection des communautés, de leurs droits et de leurs ressources. Toutefois, non seulement ces textes font la part belle à la volonté des Etats dans la définition du statut des communautés (v. not. Convention, art. 8, j et 15 ; et Protocole de Nagoya, art. 6, 2, art. 7 et art. 12), mais, en plus, les dispositions propres au règlement des différends (Protocole de Nagoya, art. 6, 3, g i et art. 18), pourtant essentielles⁸⁴³, sont, en plus d'être succinctes, totalement silencieuse sur ce point – même si, de façon suffisamment générale, le Protocole de Nagoya, dans la lignée des travaux préparatoires⁸⁴⁴, prévoit que « chaque partie, prend, selon qu'il convient, des mesures effectives concernant : a) L'accès à la justice » (art. 18).

⁸⁴⁰ Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU*, vol. 1760, p. 79, n° 30619.

⁸⁴¹ Nagoya, 29 octobre 2010 (tiré des *Décisions adoptées par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, X/1, 27 oct. 2011, doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1).

⁸⁴² L. Peyen, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, LGDJ, 2018.

⁸⁴³ Ainsi que le relève la Résolution du Parlement européen du 15 janvier 2013 sur les aspects relatifs au développement des droits de propriété intellectuelle sur les ressources génétiques (Doc. P7_TA(2013)007), qui insiste « sur l'importance de prévoir des mécanismes efficaces de recours et d'accès à la justice en cas de litige » (§ 22).

⁸⁴⁴ V. par ex. l'Annexe de la Décision VIII/4, « Accès et partage des avantages », in Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, *Rapport de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique sur les travaux de sa huitième réunion*, 15 juin 2006, doc. UNEP/CBD/COP/8/31.

En matière de propriété intellectuelle, l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce⁸⁴⁵ n'est guère plus prolix : s'intéressant surtout aux conditions de brevetabilité d'une invention (nouveau, activité inventive, application industrielle) et aux modalités de sa protection, elle contient peu de dispositions liées à la contestation et à la révocation des brevets (not. art. 32), et n'évoque pas, en tout état de cause, les communautés autochtones.

Pour trouver des fondements plus solides à l'accès à la justice des communautés autochtones, il convient plutôt de se référer à des instruments plus généraux, de valeur et d'importance inégales, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸⁴⁶ (art. 2, 3, a et art. 14), la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁸⁴⁷, l'Objectif du développement durable n° 16, « Paix, justice et institutions efficaces » (v. plus précisément la cible 16.3) ou encore la Déclaration sur les droits des peuples autochtones⁸⁴⁸ (art. 40).

Dans ce prolongement, et au plan opérationnel, hélas, l'effectivité de l'accès à la justice des communautés autochtones et locales en matière de biopiraterie est assez limitée.

Il appert que des difficultés substantielles se rencontrent à deux niveaux de l'accès à la justice : au niveau du choix des moyens d'action, d'abord (§1), et au niveau de la mise en œuvre de ces moyens, ensuite (§2). Ces éléments conduisent à se demander s'il ne faut pas remettre en cause ces moyens actuels d'accès à la justice (§3).

§1. Le choix des moyens

Confrontées à la biopiraterie, les communautés autochtones et locales peuvent être confrontées à plusieurs difficultés, pas forcément insurmontables, ni équivalentes, quant au choix des moyens pour agir en justice. En effet, sous cet angle en particulier, les moyens à mobiliser varient selon leur nature (A), leur domaine (B) et même leur territoire (C).

⁸⁴⁵ Marrakech, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 3, n° 31874, annexe 1c.

⁸⁴⁶ New York, 16 décembre 1966, *RTNU*, vol. 999, p. 171, n° 14668.

⁸⁴⁷ Aarhus, 25 juin 1998, *RTNU*, vol. 2161, p. 447, n° 37770.

⁸⁴⁸ Résolution 61/295 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 septembre 2007, doc. A/RES/61/295.

A/ La nature des moyens

Alors qu'habituellement les moyens pour accéder à la justice ne donnent pas lieu à discussion, la seule accessible étant celle de l'Etat, lorsqu'il est question de communautés autochtones et locales, il en va autrement. La question des moyens de la justice peut dans ces cas intégrer les modes de vie autochtones, ce qui donne lieu à une dualité des systèmes de justice accessibles : d'un côté, il peut y avoir la justice étatique, classique et qui procède de l'Etat et, de l'autre, il peut y avoir la justice autochtone, interne et propre aux communautés considérées. Cela n'est pas sans rappeler la coexistence, dans certains ordres juridiques, de règles locales (notamment les coutumes) et nationales.

La justice autochtone est importante en ce qu'elle est indissociable du droit à l'autodétermination de ces communautés ainsi que du respect de leurs droits, y compris en matière culturelle⁸⁴⁹. Cette justice propre est parfois considérée comme la voie royale de l'accès à la justice pour les communautés, car ces dernières n'auraient pas à solliciter un système de justice qui leur est étranger et qui ne serait pas adapté à leurs modes de vie et à leur identité (v. not. Déclaration sur les droits des peuples autochtones, art. 35). En pratique, elle se présente de multiples façons.

Cependant, cette justice n'est pas toujours reconnue par les Etats : certains y voient une justice privée susceptible de concurrencer la justice publique, la deuxième présentant prétendument des garanties que n'auraient pas la première ; quelques-uns la subordonnent à des règles nationales, lorsqu'ils n'essaient pas parfois de l'organiser eux-mêmes ; d'autres encore la circonscrivent aux affaires « mineures », de petite importance⁸⁵⁰. Dans ces cas, ces systèmes de justice autochtones sont « ignorés, méprisés ou niés par les politiques et le droit des colonisateurs et subordonnés aux systèmes de justice formels des Etats »⁸⁵¹. Pour peu que cette question soit tranchée et que la justice autochtone soit reconnue, il est encore possible de

⁸⁴⁹ Pour une approche générale : Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *L'accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones*, 30 juillet 2013, doc. A/HRC/24/50, § 19 et s.

⁸⁵⁰ *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'indépendance des juges et des avocats*, 18 avril 2011, doc. A/HRC/17/30/Add.3, § 80.

⁸⁵¹ Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones : justice réparatrice, systèmes judiciaires autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, 7 août 2014, doc. A/HRC/27/65, § 8.

s'interroger sur l'opportunité de l'une ou l'autre de ces justices dans le cas de la biopiraterie – sans nier, cela va sans dire, l'importance de la justice autochtone.

Et pour cause : au regard de l'objet du litige, il est assez peu probable que la justice autochtone contienne des règles pour régir les questions de propriété intellectuelle ou de partage des avantages, même si l'argument n'est pas dirimant. Or, cette situation peut être problématique à plusieurs égards.

En premier lieu, les « juges autochtones » peuvent très bien faire application du droit international, voire du droit national, lui-même imparfait ; toutefois, il n'est pas certain que cela soit véritablement l'objectif d'une telle justice que de faire application de règles exogènes, pour lesquelles ils n'ont pas été sollicités et avec lesquelles ils ne sont pas forcément d'accord. Une interprétation « à la lumière de considérations autochtones » pourrait encore être envisageable, mais cette situation peut entraîner un éclatement des textes internationaux, même si l'argument est aussi valable pour les justices étatiques, tout de même davantage inféodées à des considérations politiques et juridiques liées à l'écosystème des instruments à manier.

En deuxième lieu, les juges autochtones pourraient aussi être créateurs de nouvelles règles, plus ou moins inspirées des règles allochtones. Mais, là encore, cette situation présente un certain nombre de risques en pratique, sans évoquer ici les problèmes plus « fondamentaux » liés aux sources du droit. D'une part, dans le cadre d'actes de biopiraterie généralement internationaux, la sécurité juridique des échanges de ressources naturelles et culturelles pourrait être affectée par des règles créées au fil des contentieux, et variant inéluctablement d'une justice autochtone à une autre. D'autre part, il n'est pas certain que cette justice offre, dans cette hypothèse, pour toutes les parties, les garanties essentielles du droit au procès équitable, surtout celles ayant trait à l'impartialité des juges : dans l'hypothèse où les juges seraient eux-mêmes autochtones, le risque est grand que ces derniers retiennent des positions en faveur des communautés.

En troisième lieu, les règles et les sanctions édictées par ces juges pourraient ne pas être adaptées à la problématique, même si, là encore, l'argument est loin d'être insurmontable.

Pour ces raisons, il n'est pas certain que la justice autochtone soit la mieux placée pour juger des actes de biopiraterie, sans pour autant pouvoir garantir que la justice étatique, qui ne doit pas non plus être idéalisée, soit absolument parfaite également pour cela (v. *infra*, §2 A/). Toutefois, il convient de reconnaître qu'il s'agit de celle sur laquelle l'auteur de ces lignes a le

plus de prises, ce qui le conduit sans nul doute à cette préférence qui servira de point d'appui pour la suite.

B/ Le domaine des moyens

La biopiraterie fait intervenir deux types de règles, les unes relevant du droit de l'environnement, les autres du droit de la propriété intellectuelle. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un brevet est délivré sur la base d'une ressource dont le cadre d'accès et de partage établi par l'Etat et/ou la communauté d'origine n'est pas respecté. La question de l'accès à la justice est compliquée par ce dualisme.

En raison de l'objet de ces domaines, de leur source et de leur régime, ces deux corpus disposent de leurs propres systèmes de justice, de sorte qu'il y a, à côté de la « justice environnementale », une « justice intellectuelle ». Partant, puisque la biopiraterie exige la mobilisation de ces règles, la résolution des conflits implique de naviguer entre ces deux eaux, ce qui n'est pas une tâche toujours aisée.

En soi, l'existence de ces deux sources de droit et, *in fine*, d'un dualisme « juridictionnel », affecte inéluctablement l'accessibilité de la justice pour le justiciable, quel qu'il soit. Le choix du système de justice à mobiliser et le maniement des règles de répartition des compétences deviennent sensibles : selon le cas, il conviendra, en France par exemple, d'osciller entre droit public et droit privé, de se positionner tantôt sur le terrain de la propriété intellectuelle, tantôt sur le terrain du droit de l'environnement, sans oublier d'arbitrer entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle, notamment.

Bien sûr, les effets de cette répartition peuvent être atténués si les systèmes de justice sont coordonnés et lisibles. Il n'y a, néanmoins, rien de tel en matière de biopiraterie⁸⁵² : le droit de la propriété intellectuelle et le droit de l'environnement ne communiquent pas vraiment, le premier ignorant même totalement la seconde – même si cela peut varier selon les pays. En effet, le juge de la propriété intellectuelle ne vérifie pas le bon respect des règles environnementales et estime parfois que cela n'est pas de sa compétence, comme ce fut le cas dans l'affaire de la *quassia amara*⁸⁵³. Dans les faits, cela conduit à une sorte d'indépendance

⁸⁵² L. Peyen, « Les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : une protection qui file entre les droits », *Les Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, vol. 35, n° 3, 2023, p. 503-525.

⁸⁵³ Documents et informations accessibles en ligne :

des législations cantonnant chaque procédure à ses propres règles, sans connexion aucune avec l'autre. Si cela affecte la cohérence du cadre juridique d'ensemble, cette « articulation », qui n'en est pas une en réalité, rend plus difficile l'accès à la justice des communautés qui peuvent éprouver quelques difficultés à y voir plus clair. Le risque d'une perte de confiance en la justice en elle-même est au demeurant réel car, même s'il est possible qu'elles obtiennent satisfaction sur le fondement d'une législation, elles pourraient échouer sur le fondement de l'autre.

En résumé, la concurrence des procédures n'est absolument pas vertueuse et il importe de bâtir des ponts entre elles pour améliorer l'effectivité de l'accès à la justice.

C/ Le territoire des moyens

Compte tenu du caractère transnational de la biopiraterie dans la majorité des cas, une difficulté supplémentaire s'ajoute à celles déjà évoquées, et concerne le territoire des moyens à mobiliser. Pour le dire autrement, quelle justice faut-il choisir, au niveau territorial : celle de l'Etat fournisseur de la ressource, ou celle de l'Etat utilisateur ? Là aussi, il n'y a pas de règles générales et tout sera affaire de circonstances.

Du point de vue environnemental, le Protocole de Nagoya encourage à son article 18⁸⁵⁴ les contractants d'un accord de partage à prévoir les modalités de règlement des différends en prévoyant notamment la juridiction compétente, le droit applicable et une éventuelle voie de règlement alternative des différends (médiation ou arbitrage par exemple)⁸⁵⁵. Du point de vue de la propriété intellectuelle, il sera davantage question, par principe, de l'ordre juridique dans lequel a été délivré le titre de propriété intellectuelle, même si le texte se focalise plus sur les voies de protection que sur les voies de contestation (v. not. AADPIC, art. 32 et 41).

Autrement dit, le contentieux risque d'être internationalisé par les caractères de la biopiraterie : pour peu que des passerelles aient été établies au niveau matériel, le contentieux prendra place dans différents ordres juridiques et devant plusieurs juges de nature différente, au

<https://register.epo.org/application?number=EP10734771&lng=en&tab=doclist>.

⁸⁵⁴ T. Greiber *et al.*, *Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages*, UICN, n° 83, 2014, p. 203 et s.

⁸⁵⁵ Ch. Mok Kwak, « Alternative dispute resolution in genetic resources and traditional knowledge : settlement at the world intellectual property arbitration and mediation center », *Journal of Arbitration Studies*, vol. 29, n° 3, sept. 2019, p. 75-97.

besoin par le biais de questions préjudicielles. Il y a là de quoi altérer l'effectivité du droit d'accès à la justice, affaibli par des architectures contentieuses extrêmement variables.

Ainsi, le choix des moyens d'action dans le cadre de la biopiraterie est source de plusieurs difficultés qui, en plus, peuvent être aggravées par la mise en œuvre de ces moyens.

§2. La mise en œuvre des moyens

La mise en œuvre des moyens pour se protéger de la biopiraterie peut encore se confronter à plusieurs difficultés en pratique, tant lors de l'engagement de l'action en justice (A) que lors du déroulé de la procédure juridictionnelle (B).

A/ L'engagement de l'action en justice

Au préalable, il paraît évident de rappeler que les communautés ne peuvent éprouver le besoin d'accéder à la justice que si elles ont connaissance des actes de biopiraterie dont elles seraient victimes. Il s'agit pourtant là d'un point crucial affectant le contrôle judiciaire de la biopiraterie car souvent, compte tenu des dimensions et du caractère transnational du phénomène, les communautés n'ont pas connaissance de ces actes. Il faut dire que la biopiraterie peut prendre appui sur des « données autochtones » consignées dans des bases de données⁸⁵⁶, des livres, documentaires et *tutti quanti* ; l'utilisation de ces sources dérivées, à moins que l'accord des communautés n'ait été obtenu au préalable, entraîne une certaine confusion. Ce premier élément dépendra dès lors de la capacité des communautés à assurer la surveillance de leurs ressources, mais aussi de la mobilisation de la société civile ou des Etats en ce sens, comme c'est le cas au Pérou qui a mis en place une très active Commission nationale contre la biopiraterie⁸⁵⁷.

Cet obstacle à peine surmonté, d'autres difficultés peuvent rendre difficile l'accès à la justice étatique pour les communautés autochtones et locales. Plusieurs points peuvent être ici

⁸⁵⁶ L. Peyen, « La protection des populations autochtones et de leurs savoirs par les bases de données : mythe ou réalité ? », *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 38, 2015, p. 55-71.

⁸⁵⁷ A. Valladolid Cavero, *Recursos genéticos y conocimientos colectivos : biopiratería u oportunidad para todos*, Indecopi, 2020.

évoqués : le coût de l'action en justice⁸⁵⁸, la langue utilisée dans le cadre des procédures ou encore la faculté d'agir en justice à proprement parler. De ce dernier point de vue, si effectivement plusieurs instruments internationaux reconnaissent le droit d'agir en justice des individus, deux éléments atténuent sérieusement ces exigences.

Primo, les individus appartenant à ces communautés ne sont pas forcément reconnus par l'Etat, dans la mesure où des formalités telles que les « déclarations de naissance » ne sont pas effectuées, ce qui les prive de bon nombre de droits.

Secundo, il n'est pas toujours simple de concevoir une action « collective » pour ce qui est des communautés car, non seulement l'existence collective, autochtone ou locale, n'est pas reconnue en tant que telle, mais en plus, ces communautés ne sont pas nécessairement représentées ou structurées comme personne morale à part entière. Cette question de la représentation est importante : est-ce à l'Etat de les représenter ? Ou d'organiser les modalités de représentations ? Ou alors ces communautés ne devraient-elles pas plutôt « entrer dans le moule » et choisir elles-mêmes leurs représentants ? Mais alors, que faire en cas de ressource partagée par plusieurs communautés, dont les représentations seraient concurrentes ? Cela étant, il arrive parfois que l'Etat et des institutions publiques agissent au nom et pour le compte de sa population et/ou des communautés : ce fut le cas dans l'affaire de l'aubergine Bt, en Inde, où une action avait été engagée par l'Autorité nationale indienne pour la biodiversité pour protéger les communautés et leurs droits⁸⁵⁹, dans l'affaire du curcuma avec le Conseil indien de la recherche scientifique et industrielle, dans l'affaire du riz basmati avec le gouvernement indien, ou encore de l'affaire de l'ayahuasca⁸⁶⁰ avec le Centre de droit international de l'environnement. Mais il ne s'agit pas là d'un comportement partagé par tous.

Enfin, il y a lieu d'évoquer la réticence que peuvent avoir certaines communautés à se fier à la justice étatique. La considérant comme étrangère, inaccessible ou purement et simplement « coloniale », elles peuvent se détourner de cette voie et renoncer à la protection de leurs droits.

⁸⁵⁸ Ch. Hinkle, *The SbMATE patent : american ingenuity or looting of a tanzanian resource ?*, 2011, p. 9 (accessible en ligne :

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_ge_11/wipo_ipr_ge_11_topic10.pdf)

⁸⁵⁹ W. Abdelgawad, « The Bt brinjal case : the first legal action against Monsanto and its indian collaborators for biopiracy », *Biotechnology Law Report*, vol. 31, n° 2, 2012, p. 136-139.

⁸⁶⁰ Sur ces exemples, P. Kuruk, « Regulating access to traditional knowledge and genetic resources : the disclosure requirement as a strategy to combat biopiracy », *San Diego International Law Journal*, vol. 17, n° 1, 2015.

B/ Le déroulé de la procédure juridictionnelle

Par la suite, la procédure juridictionnelle doit encore accorder aux communautés les mêmes droits et la même considération qu'aux autres requérants.

Or, plusieurs rapports des Nations-Unies⁸⁶¹ font état d'insuffisances regrettables : discrimination à l'égard des autochtones, mauvaise connaissance des communautés autochtones et de leurs modes de vie, existence d'entraves pour accéder à la justice. À ce titre, des condamnations sont déjà intervenues pour protéger le droit au procès équitable et à la protection judiciaire des communautés, comme le montre la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁸⁶². Tout ceci explique la revendication portée par la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, en matière d'accès à la justice, de prendre « dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme » (art. 40). Pour pallier ces insuffisances, il est parfois créé des Commissions de vérité pour réhabiliter les communautés et leurs droits, mais ces institutions sont aussi imparfaites⁸⁶³.

Il résulte de tout cela que l'une des principales conditions d'effectivité de l'accès à la justice des communautés autochtones est l'inclusivité des systèmes de justice étatique, c'est-à-dire d'un service public proprement objectif et accessible.

§3. La remise en cause des moyens

Tous ces développements amènent à s'interroger sur l'adaptation des systèmes de justice traditionnels à la cause autochtone. En fait, en liant la justice substantielle et la justice procédurale, il n'est pas certain que les textes encadrant la biopiraterie conviennent parfaitement, *de lege lata*, à la situation autochtone.

⁸⁶¹ Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, *Questions autochtones. Droits de l'homme et questions autochtones*, 26 janvier 2004, doc. E/CN.4/2004/80 ; Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones : justice réparatrice, systèmes judiciaires autochtones et accès à la justice des femmes, des enfants et des jeunes ainsi que des personnes handicapées autochtones*, *op. cit.*, § 25 et s. ; Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, *Droit des peuples autochtones*, 2 août 2019, doc. A/HRC/42/37.

⁸⁶² IACHR, 17 juin 2005, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*.

⁸⁶³ Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *L'accès à la justice dans la promotion et la protection des droits des peuples autochtones*, *op. cit.*, § 78 et s.

Du côté de la propriété intellectuelle, les procédures juridictionnelles s'organisent autour de deux procédures principales : une procédure de contestation des brevets et une procédure de protection des brevets, en cas de non-respect.

La première est intéressante en ce qu'elle permet la révocation de titres de propriété intellectuelle infondés, lorsque les critères de brevetabilité ne sont pas réunis. De ce point de vue, plusieurs communautés ont pu obtenir gain de cause en démontrant qu'une invention n'était pas nouvelle, n'étant que la copie de connaissances existantes au sein des communautés – même si la procédure pourrait être améliorée par une intégration des exigences du droit de l'environnement dans le droit de la propriété intellectuelle (v. *supra* §1 B/). Par ailleurs, il y a lieu de relever que ces procédures permettent aussi d'obtenir gain de cause en matière d'obtentions végétales, comme le montre l'affaire indienne de la pomme de terre – PepsiCo⁸⁶⁴, qui a conduit à la révocation du titre de propriété intellectuelle en 2021⁸⁶⁵.

La deuxième est nettement moins enthousiasmante car les procédures mises en place pour garantir les droits intellectuels officiellement reconnus peuvent conduire certaines entités – pourtant à l'origine des actes de biopiraterie – à agir en justice pour faire respecter leurs droits intellectuels, prétendument violés par les communautés. En d'autres termes, ces procédures peuvent aboutir à ce que des communautés soient condamnées pour avoir fait usage de l'objet protégé, pourtant issu et/ou inspiré de leurs propres connaissances traditionnelles, lesquelles ont été appropriées formellement par les entreprises. La justice devient, dans ces cas, elle-même source de biopiraterie, ce qui conduit à une sorte d'« inversion » de la justice.

Pour les communautés, le droit de la propriété intellectuelle est inadapté à la prise en compte de leurs spécificités⁸⁶⁶ et peut conduire, en cas de non-reconnaissance de leurs droits, à « un risque de détournement et d'appropriation induite »⁸⁶⁷.

Du côté du droit de l'environnement, il y a lieu de relever que les exigences des textes de 1992 et de 2010 sont assez modestes. Le Protocole de Nagoya exige pour l'essentiel que chaque Partie veille à la possibilité de recours en cas de conflit, chacune d'elle devant prendre les

⁸⁶⁴ P. Mukherjee et U. Shah, « The PepsiCo dispute : a case of David versus Goliath ? », *Australian Journal of Asian Law*, vol. 20, n° 2, 2020, art. 8, p. 399-403.

⁸⁶⁵ PPFVRA, 3 déc. 2021, Kavitha Kuruganti vs Pepsico India Holdings Private Limited.

⁸⁶⁶ Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Rôle des langues et de la culture dans la promotion et la protection des droits et de l'identité des peuples autochtones*, 16 août 2012, doc. A/HRC/21/53, § 62.

⁸⁶⁷ Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones, *Promotion et protection des droits des peuples autochtones en ce qui concerne leur patrimoine culturel*, 19 août 2015, doc. A/HRC/30/53, § 58.

« mesures efficaces nécessaires » concernant l'accès à la justice ainsi que l'utilisation de mécanismes de reconnaissance mutuelle et d'application des décisions arbitrales et des jugements étrangers. Les Etats n'ayant pas voulu d'obligations trop contraignantes, l'instrument se contente de renvoyer à une évaluation des dispositifs par la Conférence des Parties. Pour le moment, les travaux de cette Conférence rendent compte d'une attention plus grande sur la justice substantielle. En ce sens, le Comité intergouvernemental spécial à composition non limitée pour le Protocole de Nagoya a relégué la question de l'accès à la justice au sens procédural à la dernière phase du déploiement du Protocole⁸⁶⁸. Plus récemment, le Comité d'application du Protocole de Nagoya⁸⁶⁹ a relevé que, en la matière, les règles appliquées par les Etats relevaient davantage du droit commun que d'un droit spécifique ; en fait, les défis à relever portent encore sur des choses « classiques », comme la définition de la communauté autochtone et locale, les droits de ces communautés, l'identification de ces communautés, leur organisation et l'identification des détenteurs de ces savoirs.

Le problème est que les procédures instituées ne peuvent être efficaces que si des droits sont reconnus aux communautés et c'est sans doute ici que la marge laissée aux Etats est le plus délétère. Elle conduit à opposer, dans le cadre contentieux, des entités détenant « officiellement » des droits à des communautés qui, possiblement, n'en ont pas en droit positif. Là, les points d'appui à mobiliser pour lutter contre la biopiraterie se réduisent, au point que certains n'hésitent pas parler un passage « de la microbiopiraterie (voler « graine par graine ») à la macrobiopiraterie (gérer le vol de la propriété de « toutes les semences à la fois ») »⁸⁷⁰. Au passage, il en est de même des connaissances connues et référencées de longue date qui appartiennent *de facto* au domaine public, ce qui empêche leur appropriation en tant que telle (par quiconque, y compris les communautés) ; dans ces cas, le juge doit faire preuve de volontarisme pour rétablir les communautés dans leurs droits⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité biologique, *Rapport de la deuxième réunion du Comité intergouvernemental spécial à composition non limitée pour le protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*, 26 juillet 2012, UNEP/CBD/COP/11/6, annexe 1.

⁸⁶⁹ Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité biologique, *Report of the Compliance Committee under the Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization on the work of its second meeting*, 21 août 2018, doc. CBD/NP/MOP/3/2, annexe I, §11 et s.

⁸⁷⁰ D. Rodriguez Goyes et N. South, « Land-grabs, biopiracy and the inversion of justice in Colombia », *British Journal of Criminology*, vol. 56, n° 3, 2016, p. 558-577.

⁸⁷¹ V. l'affaire du murumuru : S. Vezzani, « Protection of traditional knowledge of agricultural interest in international law », in *The inherent rights of indigenous peoples in international law*, A. Di Blase et V. Vadi (dir.), Romatre-Press, 2020, p. 279-327, spec. p. 287 et s.

En définitive, l'effectivité de l'accès à la justice des communautés autochtones et locales en matière de biopiraterie paraît bien limitée. Le droit actuel paraît oublieux du fait qu'il y a une interdépendance du substantiel et du procédural. En effet, « les communautés ont besoin de plus que de simples règles prévoyant le partage des bénéfices au niveau du droit matériel ; elles ont également besoin d'un système d'application efficace »⁸⁷². Au fond, le vrai enjeu du sujet est de réhabiliter les communautés autochtones dans leurs droits mais aussi dans les Etats.

Section 2

L'action des peuples autochtones en droit international privé⁸⁷³

L'accès des peuples autochtones à la justice environnementale est un sujet peu balisé en droit international privé. Aucun texte n'en traite particulièrement, et rares sont les décisions sur ces questions⁸⁷⁴. Pour autant, les actions en cause, même à être inspirées du droit international public⁸⁷⁵, ne sont pas inconnues du droit international privé : action en responsabilité, en cessation, aux fins de remise en état, etc. Pourvu qu'elles n'emportent pas l'exercice de prérogative de puissance publique ou l'application de règles exorbitantes du droit commun, elles intègrent les catégories de rattachement du droit international privé, notamment celle relatives aux contrats ou aux délits et quasi-délits.

Le premier enjeu est disciplinaire. Si droit international privé est fondé sur la reconnaissance de l'altérité, elle est aussi un droit servant. En principe, il n'a pas pour objet ou pour effet de donner une solution sur le fond. Dans son acception stricte⁸⁷⁶, il détermine le juge internationalement compétent, le droit étatique applicable et les effets à donner à une décision

⁸⁷² J. de Werra, « Fighting against biopiracy : does the obligation to disclose in patent applications truly help ? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, n° 1, janv. 2009, p. 171.

⁸⁷³ Rédaction par Ludovic Pailler, *Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit privé et sciences criminelles, Membre du Centre de Recherche sur le Droit International Privé (EDIEC EA4185), Université Jean Moulin Lyon 3*.

⁸⁷⁴ V., sur l'action d'un village autochtone inuit contre des sociétés pétrolières dans le cadre d'un contentieux climatique, *Native village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863, 879-89 (N.D. Cal. 2009).

⁸⁷⁵ « Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause » (art.28.1 de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones, 12 sept. 2007).

⁸⁷⁶ Hors le droit de la nationalité et le droit des étrangers.

juridictionnelle étrangère. Ces éléments de présentation classique traduisent au moins deux biais primaires lorsque la focale est mise sur les peuples autochtones. D'une part, une vision coloniale du droit : la norme est produite par l'Etat ; il n'y a de conflit qu'entre les normes étatiques, lequel ne peut être résolu que par les institutions étatiques. Sauf à ce que les ordres juridiques des Etats sur le territoire desquels sont établis les communautés autochtones règlent eux-mêmes le sort de leurs systèmes institutionnels et normatifs, ces derniers n'auront pas droit de citer. Ceux-ci sont, à tout le moins, invisibilisés, alors qu'ils ont un point de vue à faire valoir, sur les questions environnementales en particulier. D'autre part, et non sans lien, le caractère servant du droit international privé n'emporte pas de neutralité absolue des méthodes qui le composent. Bien que les règles applicables soient rarement pourvues d'un objectif substantiel, elles sont le fruit d'arbitrages dont les tenants et les aboutissants sont substantiels, car influencés par la culture juridique ou des éléments politiques qui y ont présidé. Cela justifierait une étude dédiée, qui tire parti des études dé- ou post-coloniales qui émergent en droit international privé français⁸⁷⁷ pour proposer de nouveaux moyens de donner pleinement effet au pluralisme juridique dans le contexte international⁸⁷⁸.

À défaut de pouvoir mener ici des travaux d'une telle ampleur, qui requièrent potentiellement de reconstruire une théorie du droit international privé, l'ambition plus limitée de notre contribution sera d'identifier les différentes problématiques susceptibles d'émerger du droit positif applicable à l'action de peuples autochtones. Ce faisant, il ne faudrait pas en négliger l'intérêt, cette matière pouvant être comme instrumentalisée pour mener leurs combats, modifier l'état du droit et les mentalités. Par exemple, en portant leur combat contre des personnes privées ou publiques devant des juridictions étrangères au terme de stratégies internationales comme celles mise en œuvre en d'autres matières, au moyen d'actions au provisoire ou d'actions sur le fond. Elle peut être un ressort déterminant de procès stratégiques⁸⁷⁹. Il peut s'agir de contourner des juridictions nationales peu enclines à prendre en considération les peuples autochtones et leurs prétentions, de saisir les juridictions dans le ressort desquelles sont localisés des actifs du défendeur plutôt que celles des lieux à remettre en état ou, plus pragmatiquement, les juridictions d'une opinion publique plus sensible à la

⁸⁷⁷ S. Brachotte, *The Conflict of Laws and Non-secular Worldviews: A Proposal for Inclusion*, (Le droit international privé et les visions du monde non laïques : une proposition d'inclusion), dir. H. Muir Watt, École de droit de Sciences Po Paris, 2022.

⁸⁷⁸ V., par ex., R. Michaels, « Private International Law and the Legal Pluriverse », *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Research Paper Series* n°23/10.

⁸⁷⁹ V. notamment, sur cette thématique, *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement. Rapport final de recherche*, M. Hautereau-Boutonnet et E. Truilhé-Marengo (dir.), 2019.

cause défendue et plus proches des centres de décision pertinents. De façon plus indirecte, il peut encore s'agir d'échapper à l'application d'un droit jugé lacunaire ou biaisé, de tirer parti de règles procédurales ou substantielles étrangères jugées plus favorables ou plus efficaces.

De telles stratégies demeurent difficiles à mettre en œuvre pour les peuples autochtones. Dès avant les difficultés tenant à l'application du droit international privé lui-même, il est une question culturelle cruciale. Recourir au droit international privé, suppose déjà d'avoir quelques notions de ses ressorts. Cela requiert encore des autochtones qu'ils s'accoutument à une justice, à un système normatif, à des conventions sociales et de langage qui peuvent leur être totalement étrangère. La compréhension d'une vision des choses qui leur est étrangère, pour mieux faire valoir la leur, s'ajoute aux difficultés habituelles en la matière et qui traduisent le cloisonnement des ordres juridiques : la barrière de la langue et les coûts humains et financiers.

Dans l'application du droit international privé, l'accès des peuples autochtones à la justice environnementale se confronte à deux grandes difficultés qui émergent déjà de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones, que la France a signé : « Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les Etats ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme »⁸⁸⁰. La première est d'ordre procédurale (§1), l'autre, qui a trait à la prise en considération de la normativité autochtone, est d'ordre conflictuel (§2).

§1. La procédure applicable à l'action internationale des peuples autochtones

Les règles de procédure sont régies par la loi du juge saisi. Nos recherches n'ont pas permis de déceler l'existence de règles spécifiques à l'action des peuples autochtones. Pourtant, les règles procédurales déterminent la compétence internationale du juge saisi (B), mais également des questions procédurales préalables que ne manqueront pas de soulever l'originalité du demandeur (A).

⁸⁸⁰ Art. 40.

A/ Les questions procédurales préalables

Deux séries de questions se profilent. Les unes sont pratiques, et mettent en cause la garantie fondamentale de l'accès au juge, les autres sont d'ordre technique.

Sur le plan pratique, c'est la question des moyens d'agir devant une juridiction étrangère. L'accès concret au juge, protégé par l'article 6 de la convention EDH, l'article 47 de la charte des droits fondamentaux⁸⁸¹ ainsi que par l'article 40 de la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones. Les ressources financières et humaines des communautés autochtones sont-elles suffisantes pour soutenir une action internationale ? Ces actions peuvent être particulièrement coûteuses, non seulement à raison de l'éloignement géographique, qui emporte des frais de déplacement, mais également à raison de la sollicitation de conseils et avocats dans l'Etat dont le juge est saisi, des délais et de la complexité de procédures portant sur des relations privées internationales. L'investissement humain est également considérable. La déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones leur ouvre le droit d'« avoir accès à une assistance financière et technique, de la part des Etats et dans le cadre de la coopération internationale, pour jouir des droits énoncés dans la [...] déclaration »⁸⁸². Son effectivité est difficile à évaluer.

L'accès concret au juge se complique encore à raison de l'isolement des communautés autochtones. Les moyens de communication avec ces dernières peuvent être réduits, notamment à raison de l'indisponibilité des voies de communications électroniques quand ces dernières deviennent le mode principal de transmission des actes de procédure⁸⁸³.

Du point de vue de la technique juridique, deux questions surgissent. La première est relative aux parties. Par hypothèse, notre contribution se rapporte à la situation générale dans laquelle la communauté autochtone est demanderesse. Pour ce faire, encore est-il nécessaire qu'elle ait la personnalité juridique, de droit privé ou de droit public, sauf à recourir au pis-aller

⁸⁸¹ Comp., sur l'examen des modalités procédurales applicables au consommateur défendeur à l'aune du droit à un recours effectif, CJUE, 3 avr. 2019, C-266/18, ECLI:EU:C:2019:282, Aqua Med, pt.49 et s.

⁸⁸² Art. 39.

⁸⁸³ Comp., au sein de l'espace judiciaire européen, spéc. art.5 règl. (UE) 2020/1784 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes) (refonte) ; règl. (UE) 2023/2844 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et de l'accès à la justice dans les affaires transfrontières en matière civile, commerciale et pénale, et modifiant certains actes dans le domaine de la coopération judiciaire.

d'une action de groupe⁸⁸⁴. À supposer qu'une telle personnalité soit attribuée dans l'ordre juridique de l'Etat dans lequel la communauté est établie, le juge étranger saisi devra résoudre une question inédite, celle de la reconnaissance de la personnalité juridique conférée à une communauté autochtone. Elle devrait être facilitée par les exigences tirées de l'article 6 de la convention EDH, dans la mesure où un défaut de reconnaissance emporterait un obstacle excessif au droit d'agir devant le juge⁸⁸⁵, sauf à considérer l'alternative ouverte par l'action de groupe. L'argumentation pourrait être complétée de l'invocation de la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones qui, malgré son défaut de force contraignante, leur reconnaît, « le droit, à titre individuel ou collectif, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸⁸⁶, dont celui précité. Une fois reconnue comme personne juridique, la communauté autochtone jouira des mêmes droits que son équivalent dans l'ordre juridique dont le juge est saisi.

S'agissant du défendeur, il peut s'agir d'une personne publique ou privée. Que l'action soit portée contre une personne publique devant le juge d'un Etat membre n'est pas de nature à exclure l'application des règles de droit international privé de l'Union⁸⁸⁷, sauf à ce que soient en cause l'exercice de prérogative de puissance publique ou à ce que l'action en cause soit régie par des règles exorbitantes du droit commun⁸⁸⁸. En revanche, les principes du droit international coutumier offre à l'Etat défendeur le moyen d'échapper à l'action par l'invocation de son immunité de juridiction, laquelle est exclue par le juge français dès lors qu'est en cause un acte de gestion⁸⁸⁹. Lorsque le défendeur est une personne privée, la difficulté pourra consister dans l'identification d'un défendeur d'ancrage, c'est-à-dire d'un défendeur dont la localisation permette de saisir le juge le plus propice à satisfaire aux intérêts du demandeur. Plus prosaïquement, il s'agira de parvenir à lever le voile de la personnalité morale des filiales pour mettre en cause les sociétés mères preneuses de décision et généralement localisés dans des

⁸⁸⁴ V. *infra*.

⁸⁸⁵ Comp., s'agissant de la reconnaissance des sociétés étrangères, Crim., 12 nov. 1990, n° 89-81.851, *Bull.* n°377 ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n° 90-13.849, *Bull.* I n°207.

⁸⁸⁶ Art.1 ; comp., art.3 de la convention américaine relative aux droits de l'homme et art.6 de la déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones.

⁸⁸⁷ Art.1 règl. (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

⁸⁸⁸ V., s'agissant d'une action en responsabilité délictuelle relative aux activités de société de droit privé en matière de classification et de certification des navires, CJUE, 7 mai 2020, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, Rina, spéc. pt.32 et s.

⁸⁸⁹ Civ.1^{ère}, 25 févr. 1969, Sic. Levant Express Transport, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n°47.

Etats dont le droit présente des avantages. Les avancées législatives sur le devoir de vigilance devraient faciliter la tâche des peuples autochtones dans la mesure où certaines sociétés sont tenues de mettre en place des « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle »⁸⁹⁰.

La seconde question de technique juridique concerne l'action qui est exercée. Si la communauté autochtone demanderesse dispose de la personnalité juridique, elle pourra exercer les actions individuelles que lui ouvrent le droit susceptible d'être appliqué, et notamment des actions de prévention ou en réparation, par équivalent ou en nature. À défaut, l'action de groupe pourrait constituer un pis-aller. Elle requiert une mobilisation du plus grand nombre des membres de la communauté, mais là n'est pas la difficulté majeure. Le droit français ne lui réserve pas un accueil favorable dans la mesure où l'action ne peut être exercée que par une association de victimes ou une association de protection de l'environnement⁸⁹¹. En d'autres termes, les autochtones ne pourraient agir collectivement sans l'intermédiaire d'une telle association, malgré les termes précités de la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones.

B/ La détermination du juge internationalement compétent

La détermination de la compétence du juge d'un Etat membre à l'égard des peuples autochtones dépendra principalement du règlement « Bruxelles I » refondu⁸⁹². Il offre des opportunités stratégiques mais l'harmonisation envisagée des règles relatives au devoir de vigilance a remis en lumière le caractère incomplet de l'uniformisation des règles de compétence internationale.

En l'état du droit positif, la première situation à envisager est celle de la prorogation de compétence. La prorogation tacite intervient lorsque le défendeur comparant ne conteste pas la

⁸⁹⁰ Art. L. 225-102-4 Code de commerce ; comp., art.4 proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM(2022) 71 final.

⁸⁹¹ Art.L.142-3-1, IV, code de l'environnement. La proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe ne prévoit pas de supprimer l'intermédiaire d'un groupement associatif pour porter l'action des peuples autochtones.

⁸⁹² Règl. n°1215/2012, précité.

compétence du juge saisi *in limine litis*⁸⁹³. Elle reste peu probable. La prorogation expresse⁸⁹⁴, quant à elle, suppose que les parties aient conclu une clause d'élection de for. Dans l'hypothèse où l'action des peuples autochtones a sa cause dans un contrat conclu avec le défendeur, une telle clause n'est pas improbable. Le risque est alors que le choix du juge ait été unilatéral et soumis à l'adhésion de la partie faible qu'est susceptible d'être la communauté autochtone. Lorsqu'une telle convention est régie par la convention de La Haye de 2005, cette dernière offre au tribunal non élu la possibilité de priver la clause de son efficacité. Tel est notamment le cas lorsque « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du tribunal saisi »⁸⁹⁵. Ces dispositions pourraient être lues à la lumière de l'article 40 de la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones qui entend garantir « un accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et différends avec les Etats ou d'autres parties ». Elles n'ont pas leur équivalent lorsque la clause d'élection de for est soumise au règlement « Bruxelles I » refondu, sauf à faire jouer une exception d'incompatibilité avec la charte des droits fondamentaux et, plus particulièrement, son article 47⁸⁹⁶.

À défaut de prorogation de compétence, les solutions diffèrent selon la localisation du domicile du défendeur. Lorsque ce dernier a son domicile⁸⁹⁷ sur le territoire d'un Etat membre, s'appliquent les règles uniformes du règlement « Bruxelles I » refondu. En principe, le juge compétent est celui de l'Etat membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile⁸⁹⁸. Cette règle reçoit une adaptation en cas de pluralité de défendeurs établis sur le territoire de l'Union. Ils peuvent être attirés devant le juge du domicile de l'un d'eux afin de concentrer le contentieux⁸⁹⁹. Toutefois, le demandeur dispose d'une option de compétence ouverte par l'article 7 du règlement dont l'exercice n'est pas textuellement contraint mais qui présente une difficulté relative à la qualification juridique, sur laquelle nous n'insistons pas⁹⁰⁰. En matière

⁸⁹³ Art.26 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁸⁹⁴ art.25 règl. « Bruxelles I » refondu ; convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses d'élection de for.

⁸⁹⁵ Art.6, c, convention de La Haye de 2005.

⁸⁹⁶ V., en ce sens, L. PAILLER, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », in M. LAZOUZI (dir.), *Les clauses attributive de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p.33.

⁸⁹⁷ Sur la détermination du domicile, art.62 et 63 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁸⁹⁸ Art.4 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁸⁹⁹ Art.8.1 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹⁰⁰ V., notamment, sur le dernier état de la jurisprudence, L. Idot, « La distinction entre la « matière contractuelle » et la « matière délictuelle » revisitée par les actions en droit de la concurrence », *Rev. crit. DIP* 2021, p.440.

contractuelle, les règles de compétence ne sont guère intéressantes. Elles donnent compétence au juge dans le ressort duquel l'obligation caractéristique des contrats de vente de marchandises ou des prestations de service ou bien l'obligation litigieuse, pour les contrats qui ne correspondent à aucune de ces deux catégories, a été ou aurait dû être exécutée⁹⁰¹. Sauf le cas des peuples autochtones établis sur le territoire d'un Etat membre, et en particulier pour des contrats relatifs à l'exploitation de ressources ou à l'occupation de terres ancestrales, ce lieu ne sera pas localisé sur le territoire de l'Union.

En matière délictuelle, le juge compétent est en principe celui dans le ressort duquel est survenu le fait dommageable⁹⁰². Bien que les dommages survenus soient généralement localisés en dehors du territoire de l'Union, le chef de compétence n'en est pas moins pertinent. Car, en cas de délit complexe, la notion de fait dommageable se décompose⁹⁰³. Le juge dans le ressort duquel est survenu le fait dommageable est compétent pour statuer sur la réparation des seuls dommages sur le territoire de l'Etat membre dont il relève⁹⁰⁴. En revanche, le juge dans le ressort duquel est localisé le fait générateur du dommage sera compétent pour connaître de l'intégralité du dommage⁹⁰⁵. Le fait générateur d'un dommage causé à l'environnement pourrait bien être le lieu de prise de décision et non l'action concrète qui précède immédiatement la survenance du dommage⁹⁰⁶, même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer spécialement en ce sens. Le même lieu pourrait être retenu pour localiser le défaut d'une société à se mettre en conformité avec les obligations de vigilance que lui impose le droit substantiel auquel elle est soumise.

À défaut de domicile du défendeur sur le territoire d'un Etat membre, le règlement « Bruxelles I » refondu renvoie aux règles nationales de compétence internationale. Si la règle de principe, *actor sequitur forum rei*⁹⁰⁷, ne peut s'appliquer, par hypothèse, demeure l'option de compétence en matière délictuelle et contractuelle, qui procède de l'extension de l'article 46 du code de procédure civile dans l'ordre international. Les défauts sont identiques à ceux du

⁹⁰¹ Art.7, 1°, règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹⁰² Art.7, 2°, règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹⁰³ CJCE, 30 nov. 1976, Mines de Potasse d'Alsace, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166, pt.19.

⁹⁰⁴ CJCE, 7 mars 1995, C-69/93, Fiona Shevill, ECLI:EU:C:1995:61, pt.30.

⁹⁰⁵ CJCE, 7 mars 1995, C-69/93, Fiona Shevill, ECLI:EU:C:1995:61, pt.25.

⁹⁰⁶ Comp., en matière d'atteinte aux droits de la personnalité, préférant le lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse « en tant qu'il constate le lieu d'origine du fait dommageable, à partir duquel la diffamation a été exprimée et mise en circulation » au lieu de l'édition ou de l'émission du contenu litigieux, CJCE, 7 mars 1995, C-69/93, Fiona Shevill, ECLI:EU:C:1995:61, pt.24.

⁹⁰⁷ Art.42 code de procédure civile, tel qu'entendu dans l'ordre international.

droit de l'Union. En matière contractuelle, le juge français sera compétent toutes les fois que la livraison de la chose ou la prestation de service est intervenue ou devait intervenir en France. En matière délictuelle, ce sont des règles comparables à celles découlant du règlement « Bruxelles I » refondu qui trouvent à s'appliquer.

Indépendamment de la matière en cause, l'article 42 du code de procédure civile, tel qu'étendu dans l'ordre international, permet d'attirer devant le juge français de l'un des défendeurs ceux des défendeurs domiciles sur le territoire d'un Etat tiers. Ce texte peut être utilement combiné avec son équivalent dans le règlement « Bruxelles I » refondu.

Enfin, le droit français confère des privilèges de juridictions. À défaut pour la compétence du juge français d'avoir pu être établie sur un autre fondement, elle peut l'être sur le fondement de la nationalité française du demandeur⁹⁰⁸ ou du défendeur⁹⁰⁹. Le droit de l'Union étend ces règles à au bénéfice l'ensemble des personnes domiciliées sur le territoire français, quelle que soit leur nationalité⁹¹⁰.

Reste à préciser le jeu de règles de compétence internationale qui peuvent être redoutables au sein de l'espace judiciaire européen : les règles de litispendance. Hors le cas d'application d'une clause d'élection de for, elles donnent une priorité indérogeable⁹¹¹ au juge d'un Etat membre premier saisi⁹¹². Ces règles peuvent être instrumentalisées par la partie qui serait naturellement défenderesse aux fins de préempter la compétence d'un juge qu'elle estimerait plus favorable à ses intérêts. Les autres règles présentent un danger moindre dans la mesure où elles donnent une faculté au juge d'un Etat membre second saisi de surseoir à statuer ou de se dessaisir. Ce sont les règles relatives à la litispendance internationale⁹¹³ ou à la connexité⁹¹⁴.

Le règlement « Bruxelles I » refondu a déjà fait l'objet de réflexions quant à sa modification, notamment s'agissant de l'applicabilité des règles uniformes, subordonnée à la

⁹⁰⁸ Art.14 code civil.

⁹⁰⁹ Art.15 code civil.

⁹¹⁰ Art.6.2 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹¹¹ Comp., révélant le fondement de ce caractère indérogeable, à savoir le principe de confiance mutuelle, CJCE, ass. plén., 9 déc. 2003, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Gasser.

⁹¹² Art.29 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹¹³ Art.33 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹¹⁴ Art.30 et 34 règl. « Bruxelles I » refondu.

localisation du défendeur sur le territoire d'un Etat membre⁹¹⁵. La proposition de directive sur le devoir de vigilance les a seulement renouvelées. L'enjeu est de garantir la possibilité de saisir le juge d'un État membre toutes les fois où la directive serait applicable, sauf à priver celle-ci d'effectivité à défaut de procédure de sanction disponible au sein de l'Union.

Trois adaptations seraient nécessaires⁹¹⁶. La première concerne les défendeurs domiciliés sur le territoire d'Etats tiers lorsqu'un défendeur d'ancrage aurait son domicile sur le territoire d'un Etat membre. Ouvrir le for des codéfendeurs⁹¹⁷ aux premiers permettrait notamment de garantir l'uniformité des conditions auxquelles est subordonnée la possibilité d'attirer devant un juge de l'Union l'ensemble des sociétés impliquées dans la même chaîne de valeur, nonobstant la localisation de leur siège. La deuxième adaptation tient à la création d'un for de nécessité. Il doit garantir la possibilité de saisir le juge d'un Etat membre ayant un lien suffisant avec la situation lorsque la saisine du juge d'un Etat tiers est impossible ou ne peut être raisonnable envisagée et qu'aucun autre juge d'un Etat membre n'est compétent⁹¹⁸. La troisième adaptation doit particulièrement servir l'harmonisation des règles relatives au devoir de vigilance. L'instrument envisagé serait applicable à des sociétés qui n'ont pas leur domicile sur le territoire d'un Etat membre et ont été constituées en application de la loi d'un Etat tiers⁹¹⁹ quand le juge compétent est déterminé, dans une telle hypothèse, par renvoi au droit national⁹²⁰. La difficulté tient à ce que les critères d'applicabilité de la directive s'attachent au territoire de l'Union quand la détermination du juge compétent requiert un facteur de localisation sur le territoire d'un Etat membre. Sans doute la règle devrait être subsidiaire et fondée sur le même critère que celui utilisé pour déterminer la compétence des autorités de contrôles envisagées⁹²¹ :

⁹¹⁵ V., notamment, B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER et I. JÄRVEKÜLG, « The Reform of the Brussels Ibis Regulation », *MPILux Research Paper* 2022(6); v. également le cycle de conférences sur « La refonte du règlement Bruxelles I bis », M.-E. ANCEL et P. de VAREILLES-SOMMIÈRES (*dir.*), 2023.

⁹¹⁶ V., en ce sens, les travaux du Groupe européen de droit international privé, recommandation du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) à la Commission européenne concernant les aspects de droit international privé du futur instrument de l'Union européenne sur le devoir diligence et la responsabilité des entreprises, 8 oct. 2021 ; recommandation du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) concernant la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, donnant suite à sa Recommandation à la Commission en date du 8 octobre 2021.

⁹¹⁷ Art.8.1 règl. « Bruxelles I » refondu.

⁹¹⁸ Comp. art.11 règl. (UE) n ° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁹¹⁹ Art.2.2 de la proposition de directive.

⁹²⁰ V. *supra*.

⁹²¹ Art.17.3 de la directive.

l'établissement d'une succursale sur le territoire d'un Etat membre et, à défaut, la localisation de la majeure partie du chiffre d'affaires net sur le territoire d'un Etat membre.

§2. Le droit substantiel applicable à l'action des communautés autochtones

L'accès à la justice environnementale des peuples autochtones suppose également que soient pris en considération leurs propres systèmes normatifs, outre l'enjeu tenant aux impensés coloniaux que pourraient receler les méthodes applicables. À défaut de pouvoir mener cette dernière étude dans ces lignes, nous concentrerons notre propos sur la détermination du droit applicable (A) et son identification (B).

B/ La détermination du droit applicable

Deux principaux instruments sont applicables à la détermination du droit applicable. Le règlement « Rome I »⁹²², lorsque sont en cause des obligations contractuelles, et le règlement « Rome II »⁹²³ s'agissant des obligations extracontractuelles. Le premier est fondé⁹²⁴ sur un principe qui n'est guère protecteur des peuples autochtones, celui de la liberté de choix du droit applicable par les parties au contrat⁹²⁵. Le panel des lois susceptibles d'être choisies est large puisque la seule contrainte est qu'il s'agisse d'un droit étatique ; sont exclus les corps de règles non-étatiques comme peuvent l'être certains systèmes normatifs autochtones. Le choix n'est contraint que dans deux hypothèses : le choix d'une loi étrangère alors que la situation est purement interne ; le choix de la loi d'un Etat tiers lorsque la situation est purement intérieure à l'Union. Dans les deux cas, est réservée l'application de dispositions impératives du droit objectivement applicable⁹²⁶. À défaut de choix du droit applicable, des règles de conflit de lois déterminent le droit applicable, notamment à raison de la qualification du contrat en cause⁹²⁷.

⁹²² Règl. (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁹²³ Règl. (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

⁹²⁴ Cons.11.

⁹²⁵ Art. 3.

⁹²⁶ Art. 3, paragraphes 3 et 4.

⁹²⁷ Art. 4 et s.

La règlement « Rome II » pose en principe l'application de la loi du lieu de survenance du dommage⁹²⁸ et restreint le choix de loi en ne le permettant, en principe, qu'une fois le différend né⁹²⁹. Toutefois, l'instrument prévoit une règle spéciale pour les dommages environnementaux⁹³⁰. Le demandeur en réparation peut choisir de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur s'est produit. La règle permet au demandeur d'opter pour la législation la plus favorable à la satisfaction de ses intérêts ainsi que d'échapper, de façon certaine, à l'application de règles lacunaires ou biaisées. Il pourrait s'agir d'opter pour l'application du droit français, lorsque le fait générateur est localisé en France et que l'action vise à mettre en cause la responsabilité d'une société soumise aux dispositions du code de commerce relatives au devoir de vigilance. Cette option sera à mettre en balance avec le maintien de l'application du droit de l'Etat de survenance du dommage, lorsque cela permet de donner effet au système normatif autochtone et de mieux faire valoir les valeurs que la communauté autochtone défend spécialement et qui ont été méconnues.

Les deux instruments réservent deux mécanismes qui permettent d'échapper à l'application du droit désigné applicable. Le premier intervient en amont. Les lois de police, soit des dispositions impératives dont l'application est jugée cruciale pour la sauvegarde des intérêts publics d'un Etat⁹³¹, dérogent aux règles de conflit de lois elles-mêmes. Elles sont d'application immédiate. Celles du for doivent être appliquées⁹³², quand seul le règlement « Rome I » prévoit la faculté pour le juge de donner effet aux lois de police de l'Etat sur le territoire duquel les obligations contractuelles doivent être ou ont été exécutées lorsqu'elles rendent l'exécution du contrat illégale. La jurisprudence n'a pas encore permis de mettre au jour des lois de police en matière environnementale. Et la discussion s'est ouverte sur ce point s'agissant de l'article 22.5 de la proposition de directive relative au devoir de vigilance. Ce dernier dispose que « Les Etats membres veillent à ce que la responsabilité prévue dans les dispositions de droit national transposant le présent article soit de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un Etat membre ». Du point de vue la technique du droit international privé, le propos est confus. Il manque d'établir que les règles responsabilité en cause sont des lois de police. Cette qualification, même si elle pourrait écarter l'application

⁹²⁸ Art. 4.

⁹²⁹ Art. 14.

⁹³⁰ Art. 7.

⁹³¹ V., pour une définition textuelle, art.9.1 règl. « Rome I ».

⁹³² Art. 9.2 règle. « Rome I » ; art.16 règl. « Rome II ».

du système normatif autochtone, a le mérite de garantir l'application des règles seules à même d'engager la responsabilité du preneur d'ordre par une levée du voile sociale qu'oppose la constitution de filiales.

En aval de la règle de conflit de lois, chacun des deux instruments permet d'écarter l'application du droit désigné lorsqu'il produit un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat membre dont le juge est saisi⁹³³. S'agissant des peuples autochtones établis sur le territoire français, il n'est pas certain qu'ils puissent faire intégrer leurs propres valeurs dans l'ordre juridique français pour s'opposer à un résultat incompatible avec leurs propres systèmes normatifs. S'agissant des peuples autochtones établis sur un territoire autre que celui dont le juge est appelé à statuer, ils ne pourront se prévaloir que des règles essentielles dans l'ordre juridique dont le juge relève et des droits qui y sont reconnus comme fondamentaux. Dans les deux cas, il est encore incertain que le juge accepte de lire le contenu de son ordre public international à l'aune de la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones dans la mesure où elle est dépourvue de force contraignante. Reste le caractère fondamental de la protection de l'environnement pour l'ordre juridique français. Il est consacré par l'intégration de la charte de l'environnement au bloc de constitutionnalité, la jurisprudence de la Cour EDH interprétant l'article 8 de la convention EDH⁹³⁴ et l'article 38 de la charte des droits fondamentaux, bien que ce dernier ne confère aucune prérogative individuelle. Un ordre public international écologique⁹³⁵ pourrait émerger de ces fondements.

B/ L'identification du droit applicable

Les développements précédents repose sur la conception stato-centrée du droit international privé. Il ne donne application, en tant qu'élément de droit, qu'à des règles de droit reconnues comme telles par un Etat dont la loi est désignée applicable. Et le juge saisi doit donner application au droit étranger comme le ferait le juge étranger lui-même. Les systèmes normatifs autochtones ne sont pas exclus par essence mais seulement lorsqu'il leur manque cette reconnaissance dans l'ordre juridique de l'Etat sur le territoire duquel la communauté est implantée. Un ordre juridique étranger pourrait-il considérer comme juridique le système

⁹³³ Art.21 règl. « Rome I »; art. 26 règl. « Rome II ».

⁹³⁴ Cour EDH, 9 déc. 1994, n°16798/90, Lopez Ostra c. Espagne, §51.

⁹³⁵ Comp., N. Belaïdi, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Dijon, 2004.

normatif autochtone que l'Etat sur le territoire duquel la communauté est implantée ne reconnaît pas comme tel ? C'est poser à nouveau la question du pluralisme juridique.

Commençons par la question la plus simple, celle de la reconnaissance des systèmes normatifs autochtones par les Etats sur le territoire desquels la communauté est implantée. Elle soulève un débat de fond relatif à la déconsidération des institutions et règles autochtones par les ordres juridiques coloniaux qui leurs sont postérieurs et les ont supplantés. Ce débat peut être soutenu par des arguments techniques qui discréditent l'existence d'un ordre juridique autochtone à défaut pour ce dernier d'être suffisamment structuré et organisé, à raison de ses lacunes, notamment en matière de responsabilité environnementale, sans compter les difficultés à établir le contenu d'un droit le plus souvent coutumier. Pour autant, les droits indigènes bénéficient d'une certaine reconnaissance. Elle peut résulter de conventions internationales qui dépassent la seule question des droits subjectifs des peuples autochtones pour considérer le droit objectif autochtone, sans toutefois le qualifier véritablement de droit. Tel le cas de la convention de l'Organisation internationale du travail de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux. Son article 8 stipule qu'en « en appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier ». Cependant, elle n'a été ratifiée que par un faible nombre d'Etats, dont la France ou le Canada ne font pas partie. La reconnaissance est mieux affirmée dans certains instruments internationaux qui ont le défaut d'être dépourvus de portée normative, comme la déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones⁹³⁶ et la déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones⁹³⁷.

C'est dans le droit national qu'une véritable reconnaissance se fait jour. Elle peut résulter de l'existence de règles de conflit internes de loi⁹³⁸, et plus particulièrement encore, s'agissant de la France, d'un transfert de compétence aux autorités locales. L'exemple le plus poussé est celui de la Nouvelle-Calédonie dont le Congrès s'est vu transférer des compétences législatives⁹³⁹, notamment en matière civile, tandis que les provinces ont compétence en matière d'environnement⁹⁴⁰. Il n'est pas totalement pertinent dans la mesure où le Congrès comme les provinces ne sont pas des institutions autochtones. La France reconnaît également l'existence, dans certains territoires ultra-marins, de statuts personnels distinct du statut civil de

⁹³⁶ Art. 3, 4 et 5.

⁹³⁷ Art. 6.

⁹³⁸ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, 2 vol., IRJS Editions, 2013.

⁹³⁹ Art. 76 et 77 de la constitution.

⁹⁴⁰ Art. 21, III, 4°, loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

droit commun⁹⁴¹. La notion de statut civil a été largement interprétée s'agissant de la Nouvelle-Calédonie⁹⁴². Elle vaut « pour l'ensemble du droit civil »⁹⁴³, en ce compris le droit de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle. Par ailleurs, la coutume kanak régit « les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier »⁹⁴⁴. Toutefois, les règles de conflit internes font prévaloir le droit commun dans les relations mixtes⁹⁴⁵.

À l'étranger, plusieurs constitutions nationales reconnaissent directement l'existence des droits indigènes, notamment celles d'Amérique du Sud⁹⁴⁶. C'est le cas de la Bolivie⁹⁴⁷, du Canada⁹⁴⁸, de la Colombie⁹⁴⁹, de l'Équateur⁹⁵⁰ ou du Mexique⁹⁵¹. D'autres laissent le soin aux institutions législatives de le faire, comme en Argentine⁹⁵² quand les dernières ignorent les normes autochtones⁹⁵³. Outre la labellisation par le droit national, le droit international privé de l'Union requiert, pour désigner un droit autochtone applicable, qu'il s'agisse de celui d'une unité territoriale doté de ses propres règles en matière d'obligations contractuelles⁹⁵⁴ ou extracontractuelles⁹⁵⁵. Cette unité sera alors considérée comme un Etat pour déterminer le droit applicable. À défaut, les normes autochtones ne seront applicables qu'à deux conditions : que soit désigné applicable le droit de l'Etat sur le territoire duquel la communauté est implantée ; que les règles de conflit internes de lois de cet Etat désignent ces normes comme applicables. Là encore, la relevance des normes autochtones dépend du droit étatique. Et ce dernier

⁹⁴¹ Art. 75 de la constitution.

⁹⁴² Comp., « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (art.1 Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître).

⁹⁴³ C. cass., avis, 16 déc. 2005, n°05-00.026, Bull. civ. n°9.

⁹⁴⁴ Art.18 loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁹⁴⁵ Art.9, al.1, loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁹⁴⁶ D. A. Iturralde G., « Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas », *Revista IIDH* 2005, vol.41, p.17.

⁹⁴⁷ Art.2 de la Constitution de 2009.

⁹⁴⁸ Sect. 35 des lois constitutionnelles canadiennes de 1867 à 1982.

⁹⁴⁹ Art.246 de la Constitution de 1991.

⁹⁵⁰ Art.57, 10°, de la Constitution du 20 oct. 2008.

⁹⁵¹ Art.2, A, III, de la constitution de 1917.

⁹⁵² Art.75, 17°, de la Constitution de 1853.

⁹⁵³ La constitution norvégienne dispose uniquement en faveur de la protection de la langue, culture et mode de vie du peuple Sâme (art.108). La constitution suédoise protège leur droit de développer une vie culturelle et sociale qui leur soit propre (art.2, al.5) et leur droit de se consacrer à l'élevage de rennes (art.17, al.2).

⁹⁵⁴ Art.22 règl. « Rome I ».

⁹⁵⁵ Art.25 règl. « Rome II ».

comporte, à cet égard, une composante potentiellement discriminatoire, dans la mesure où le critère d'applicabilité tient le plus souvent à l'ascendance qu'à la prise en considération d'une communauté politique⁹⁵⁶. La loi bolivienne offre un exemple intéressant. Après avoir affirmé l'égalité hiérarchique des justices autochtones et étatiques⁹⁵⁷, elle prévoit trois critères d'applicabilité du droit autochtone⁹⁵⁸. Le critère territorial permet de soumettre à la *Jurisdicción Indígena Originaria Campesina* les faits juridiques survenus ou dont les effets se produisent dans le ressort juridictionnel d'un peuple autochtone sous réserve que ne soient pas en cause une matière exclue comme le droit minier, le droit des hydrocarbures, le droit forestier et le droit agraire⁹⁵⁹. Demeure une incertitude relative à la qualification d'unité territoriale.

De lege feranda, des projets de lois relatifs au droit international privé proposent de donner au droit autochtone un rôle bien plus prégnant⁹⁶⁰. Au Pérou, un avant-projet de réforme du code civil comprend une disposition, intégrant le livre dédié au droit international privé, qualifiant de lois de police les droits des communautés ou peuples autochtones des Andes et de l'Amazonie sur les ressources naturelles situés sur leurs terres, leur savoirs ancestraux, la conservation de la diversité biologique, l'usage durables des ressources et les variétés végétales⁹⁶¹. Un projet comparable a été publié en Colombie⁹⁶². Ces propositions, qui font prévaloir les normes autochtones dans l'ordre international, ne font qu'inverser l'ordre actuel des choses, sans véritablement construire une articulation, voire une combinaison des droits en concours. Elles ont par ailleurs le défaut, si elles devaient être adoptées, de ne contraindre que les juges de l'Etat ayant adopté de telles dispositions, à l'exclusion des juridictions européennes, pour exemple, sauf à pour ces dernières à considérer qu'elles révèlent l'existence de lois de police étrangères⁹⁶³.

⁹⁵⁶ V., en ce sens, J. Borrows, « Les traditions juridiques autochtones au Canada », janv. 2006, spéc. p.147 et s., disponible sur [https://publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf], dernière consultation le 30 déc. 2023.

⁹⁵⁷ Art.3 Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional.

⁹⁵⁸ Art.8.

⁹⁵⁹ Art.10 et 11.

⁹⁶⁰ M. J. Ochoa Jiménez, « Exploring a Minefield; Private International Law in Latin America, Its Neocolonial Character, and Its Potentialities », *Critical Analysis of Law* 2021, p.87, spéc. p.105 et s.

⁹⁶¹ Anteproyecto de reforma del código civil peruano, Grupo de trabajo de revisión y mejora del código civil peruano de 1984, G. F. Cruz (*dir.*), mars 2019, spéc. p.318.

⁹⁶² Art.5, *Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para Colombia*, Instituto Antioqueño de Derecho Internacional Privado, 2021.

⁹⁶³ Art.9.3 règl. « Rome I ».

À défaut pour le droit autochtone de pouvoir être appliqué en tant qu'élément de droit, doit être relevée la possibilité de le prendre en considération en tant qu'élément de fait. Il constitue alors l'hypothèse de la règle de droit étatique, propre à faire produire l'effet juridique prévu par cette dernière. À titre d'exemple, un tabou autochtone pourrait constituer, pour les parties à un contrat, un cas de force majeure au sens de l'article 1218 du code civil français. À cet égard, il convient de relever une particularité du règlement « Rome II » qui ne manque pas d'intéresser l'effet qui peut être donné aux systèmes normatifs autochtones. Son article 17 permet au juge de tenir compte « en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». Les règles visées peuvent renvoyer « à toute la réglementation ayant un lien avec la sécurité et le comportement »⁹⁶⁴. Parce qu'elle n'emploie pas le vocable droit, réservé aux droits étatiques, mais vise plus largement et plus particulièrement des règles de comportement, les normes autochtones pourraient être prises en considération pour déterminer les faits générateurs de responsabilité et déclencher l'application des règles de responsabilité du droit applicable. En dehors de ce texte, les normes autochtones peuvent être prises en considération plus largement, notamment pour l'application et l'interprétation du droit applicable. Certaines lois étrangères le commandent, comme le droit équatorien⁹⁶⁵, ce qui obligera le juge saisi à faire de même lorsqu'il doit appliquer ce droit national.

⁹⁶⁴ Cons.34 règl. « Rome II ».

⁹⁶⁵ Art.24 Código de Orgánico de la Función Judicial.

Conclusion

Etudier la justice environnementale en contexte autochtone nous permet de constater que la connaissance occidentale du monde n'est qu'une des nombreuses modalités de compréhension de celui-ci. Comme le souligne le professeur en sociologie Boaventura De Sousa Santos « la diversité du monde est infinie : elle inclut des manières très différentes d'être, de penser, de ressentir, de concevoir le temps, d'appréhender les relations des êtres humains entre eux et celles entre les humains et les non-humains, de regarder le passé et le futur, d'organiser la vie collective, la production des biens et des services, et les loisirs. Cette diversité d'alternatives reste largement gaspillée parce que les théories et les concepts développés dans le Nord et repris dans tous les lieux de transmission du savoir ne reconnaissent pas ces solutions de rechange ou, quand ils le font, ne les valorisent pas comme des contributions valides pour construire un monde meilleur. Ainsi, à mon avis, ce n'est pas d'alternatives dont nous avons besoin mais plutôt d'une manière alternative de penser les alternatives »⁹⁶⁶.

Si la construction et l'élaboration du droit occidental a conduit à penser les cosmovisions et les savoirs autochtones comme n'étant pas crédibles, comme étant inférieures, voire non existantes⁹⁶⁷, notre étude identifie toutefois des points de rencontre entre le droit étatique et les normativités autochtones peuvent être identifiés en matière environnementale. Même si ces points de connexions sont au stade embryonnaire, certaines solutions sont mises en avant pour mieux prendre en compte les normativités autochtones. Le degré d'adaptation du droit français aux spécificités autochtones dépend en grande partie de la marge d'autonomie qui est concédée aux collectivités d'outre-mer.

En outre, compte tenu des lacunes des processus d'évaluation environnementale étatique et des visions divergentes des acteurs sur la portée du consentement préalable, libre et éclairé, au Canada, certaines nations autochtones ont entrepris de se réappropriier les processus de consultation et d'évaluation environnementale, en parallèle à ceux de l'État et sur le fondement de leur droit à l'autodétermination et du principe du consentement préalable, libre et éclairé. Il s'agit de la mise en place de protocoles unilatéraux par des nations et communautés autochtones établissant les règles que doivent suivre les promoteurs et les autorités gouvernementales afin

⁹⁶⁶ B. De Sousa Santos, *Épistémologies du Sud, Mouvements citoyens et polémiques sur la science*, Paris, Desclée de Brouwer, 2016, p. 31 cité par A. Geslin, *op. cit.*

⁹⁶⁷ Certains auteurs, à l'image du professeur Boaventura De Sousa Santos, critiquent violemment ce processus en le qualifiant d'« épistémicide », *op. cit.*, p. 45, p. 108.

de les consulter sur un projet donné. Par le biais de ces protocoles de consultation, les peuples autochtones se sont approprié le langage juridique occidental pour protéger de manière effective leur droit de participation en matière environnementale. Ces protocoles sont des moyens qui, indirectement, ont le potentiel pour tenir compte des traditions juridiques autochtones.

La recherche comparative a également permis de mettre en évidence un processus qui est à l'œuvre dans les différents ordres juridiques visant à adapter les actions en justice au contexte autochtone. Cette adaptation est le résultat des revendications autochtones, plus spécialement en Amérique du Sud et au Canada où ils sont devenus des acteurs directs dans le processus d'élaboration du droit.

En outre, l'intégration du paradigme du pluralisme juridique au sein des constitutions latino-américaines a permis de reconnaître formellement l'existence des normativités autochtones, donnant ainsi un fondement solide aux juges pour opérer une interprétation des droits dans une approche interculturelle. Une telle interprétation est également favorisée par l'entrée en vigueur de la Convention internationale n°169 en 2009, par l'adoption de la Déclaration de l'ONU de 2007 et par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, les tribunaux se sont transformés en un terrain privilégié pour faire valoir les droits individuels et collectifs des peuples et communautés autochtones. En Amérique du Sud et en Europe du Nord, contrairement à l'expérience canadienne, les Autochtones ont développé une véritable *stratégie de judiciarisation* des conflits environnementaux et territoriaux en raison d'une multiplicité des recours judiciaires disponibles. Pour le peuple Sâme, la mobilisation du droit international des droits de l'homme devant le juge national a permis de lutter contre les injustices environnementales et territoriales.

Sur le continent latino-américain, c'est la justice constitutionnelle qui s'est montrée particulièrement efficace pour trancher ces conflits dans la pratique. Toutefois, dans le cas péruvien, cette stratégie de judiciarisation a pu desservir les droits des peuples autochtones car des régressions en la matière ont pu être validées par le juge constitutionnel.

L'adaptation des actions en justice au contexte autochtone s'est traduite dans certaines situations par la reconnaissance d'une coexistence entre la justice autochtone autonome et la justice environnementale étatique. Si la justice environnementale étatique occupe toujours une place prédominante pour régler les conflits environnementaux et territoriaux, le rôle et la place de la justice autochtone environnementale doivent être interrogés et évalués. L'articulation

harmonieuse et complémentaire entre la justice environnementale étatique et la justice environnementale autochtone reste donc à construire. D'autant que, comme l'avait affirmé la Cour interaméricaine, un effort de la part des Etats est nécessaire en « ce qui concerne les peuples autochtones, il est essentiel que les Etats assurent une protection efficace qui tienne compte de leurs particularités, de leurs caractéristiques économiques et sociales, ainsi que de leur situation de vulnérabilité particulière, de leur droit coutumier et de leurs valeurs, usages et traditions »⁹⁶⁸.

A côté de stratégies juridictionnelles, les peuples et les communautés autochtones ont développées des stratégies de gouvernance territoriale en vue d'une justice environnementale autodéterminée notamment à travers l'administration ou la co-administration d'aires protégées. Rendre les territorialités autochtones visibles reste toutefois un défi pour la France.

La reconnaissance des juridicités autochtones est une des solutions adoptées dans la plupart des Etats étudiés du continent latino-américain. En adoptant le paradigme du pluralisme juridique et épistémologique, il ne s'agit pas de rejeter les savoirs occidentaux en tant que tels, mais d'admettre, à égalité, les constructions d'autres savoirs. Pourtant, reconnaître ce pluralisme n'est pas suffisant pour garantir le droit d'accès à la justice environnementale ; encore faut-il que la décolonisation du droit ne reste pas que de façade. En effet, les régimes juridiques mis en place pour se conformer à l'obligation de consultation et au principe du consentement préalable, libre et éclairé s'avèrent décevants en raison de leur complexité et de leur portée très limitée.

L'interprétation des tribunaux permet difficilement d'asseoir un droit de veto. Les tribunaux n'affirment pas non plus que les autorités ont l'obligation de remplir toutes les demandes des groupes autochtones faites dans le cadre de ces processus de consultation. Le consentement aux mesures est d'ailleurs rarement requis. L'obligation de consulter serait plutôt un processus qui vise une mise en balance des intérêts, des concessions mutuelles. En effet, lorsque les savoirs traditionnels autochtones entrent en conflit avec les réglementations juridiques existantes, leur respect et leur prise en compte ne sont que rarement appliqués.

Afin d'améliorer l'accès à la justice environnementale des peuples et communautés autochtones plusieurs défis restent à relever. La recherche a permis d'identifier des limites du droit d'accès à la justice en évoquant l'exemple de la lutte contre la biopiraterie, domaine

⁹⁶⁸ CourIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sen. n° 125 (2005), Série C, 17 juin 2005, § 63.

symptomatique des difficultés générales que peuvent rencontrer les peuples autochtones pour agir en justice afin de demander la protection de leurs droits. En effet, les obligations existantes quant à l'accès à la justice en matière de biopiraterie sont assez maigres. Les instruments du droit de l'environnement et ceux de la propriété intellectuelle mobilisables en matière de biopiraterie contiennent plus de dispositions substantielles que de dispositions procédurales. Les difficultés d'accès à la justice sont exacerbées en droit international privé, qui se caractérise par une absence de règles spécifiques à l'action des peuples autochtones. Les mécanismes d'accès au juge dans le contentieux de droit international privé sont difficilement conciliables avec le contexte autochtone, ils supposent déjà d'avoir quelques notions techniques dans ce domaine. Cela requiert des autochtones qu'ils s'accoutument à une justice, à un système normatif, à des conventions sociales et de langage qui peuvent leur être totalement étrangers. La compréhension d'une vision des choses qui leur est étrangère, pour mieux faire valoir la leur, s'ajoute aux difficultés habituelles en la matière et qui traduisent le cloisonnement des ordres juridiques : la barrière de la langue et les coûts humains et financiers.

En effet, l'une des difficultés rencontrées par les peuples autochtones dans l'accès à la justice réside notamment dans la barrière de la langue. La Cour interaméricaine a d'ailleurs considéré que l'interdiction de l'usage d'une langue minoritaire – qui est un élément de l'identité autochtone – constituait une atteinte à la dignité de la personne en tant que membre de la communauté⁹⁶⁹. Il s'agissait en l'espèce de membres de la communauté *garifuna*, au Honduras, qui, durant leur détention dans un centre pénitentiaire, s'étaient vu interdire l'usage de leur langue maternelle. La Cour a, à cette occasion, affirmé le droit des peuples autochtones d'utiliser la langue de leur choix lorsqu'ils devaient s'exprimer devant des instances judiciaires ou pénales.

Si de plus en plus d'Etats de la région reconnaissent des droits aux communautés autochtones, notamment sous l'influence du droit international⁹⁷⁰, la barrière de la langue constitue parfois un obstacle majeur. En effet, quand il ne s'agit pas directement de la

⁹⁶⁹ CourIDH, *Caso López Álvarez c. Honduras*, Sen. n° 141 (2006), serie C, 1er février 2006, § 163.

⁹⁷⁰ L'article 30 de la Convention 169 de l'OIT est très claire en la matière, particulièrement dans son second alinéa : Art. 30 : « 1. Les gouvernements doivent prendre des mesures adaptées aux traditions et aux cultures des peuples intéressés, en vue de leur faire connaître leurs droits et obligations, notamment en ce qui concerne le travail, les possibilités économiques, les questions d'éducation et de santé, les services sociaux et les droits résultant de la présente convention. 2. A cette fin, on aura recours, si nécessaire, à des traductions écrites et à l'utilisation des moyens de communication de masse dans les langues desdits peuples ».

connaissance de langue, c'est le caractère technique du langage de spécialité qu'est le droit qui peut s'avérer dirimant dans la perspective de l'accès à la justice.

Si des solutions ont bien été envisagées par les Etats, force est de constater que les moyens mis en œuvre sont insuffisants. Pour permettre cet accès des communautés autochtones aux procédures judiciaires, elles peuvent être accompagnées de traducteurs, d'interprètes ou d'experts culturels⁹⁷¹. Mais ces derniers sont insuffisamment nombreux au regard des importants besoins de ces communautés. Néanmoins, ces mesures s'inscrivent dans une démarche positive pour ces communautés. Les traducteurs judiciaires peuvent aider ces représentants de communautés vulnérables à dépasser les barrières linguistiques et culturelles en les accompagnant à l'occasion des différentes étapes du processus juridictionnel. Les experts culturels jouent un rôle différent. Leur démarche est juridique, mais également anthropologique puisqu'ils vont devoir évaluer, par exemple, si la responsabilité d'un membre d'une communauté autochtones peut être mise en cause pour une violation de la réglementation nationale alors qu'il se serait conformé aux prescriptions de la justice autochtone.

Une des limites en matière de prise en compte des savoirs autochtones par le droit est liée à l'altérité langagière à laquelle sont confrontés les acteurs du droit, notamment les avocats et les juges. La question de la compréhension et de la traduction de ces savoirs se pose nécessairement dans tous les systèmes juridiques occidentaux. En effet, dans le cadre des litiges devant les juges les concepts autochtones de la terre, du territoire et des ressources naturelles et de la façon de faire les choses doivent être traduits en quelque chose d'identifiable dans le droit. Tant qu'ils ne font pas l'objet d'une telle traduction, ils ne pourront pas être reconnus et mis en œuvre par les juges. La condition obligatoire de la traduction limite ainsi l'application du pluralisme juridique.

Pourtant, certains concepts autochtones sont difficilement traduisibles ou compréhensibles dans le contexte des traditions juridiques occidentales. L'absence de traduction conduit les juges à leur refuser une quelconque légitimité. Admettre le fait que certains concepts autochtones sont intraduisibles permettrait de mieux à même à rendre compte de cette altérité⁹⁷².

⁹⁷¹ L. Rodríguez, « El Uso del Peritaje Cultural-Antropológico como Prueba Judicial en América Latina: Reflexiones de un Taller Internacional », *Revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*, vol. 2, n° 1, 2017, pp. 103-112.

⁹⁷² A. Geslin, « L'apport des Postcolonial Studies à la recherche en droit international », in A. Geslin, C. M. Herrera, M.-C. Ponthoreau (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, coll. Nomos et Normes, Kimé, 2020, p. 183 et s.

Le recours direct aux communautés autochtones elles-mêmes peut constituer la voie à suivre pour appréhender ces concepts et leur reconnaître la légitimité nécessaire dans le droit positif. Si la situation demeure le plus souvent insatisfaisante dans la pratique, des progrès peuvent parfois être identifiés, notamment dans les garanties du droit à bénéficier d'un interprète pour les autochtones confrontés à une procédure juridictionnelle⁹⁷³.

Un autre défi pour le droit est d'éviter une interprétation des savoirs autochtones comme des savoirs figés dans le passé, archaïques, obsolètes et contrastant fortement avec les savoirs et la science occidentales. Ils correspondent à un ensemble de systèmes de connaissances complexes fondés sur la vision du monde des peuples et communautés autochtones et reflète les systèmes uniques de cultures, de langues, de valeurs, de gouvernance et de dispositions juridiques de ces peuples ainsi que leur histoire. La connaissance de ces savoirs, associée aux savoirs scientifiques, permettrait de dégager des solutions fondées sur la nature pour faire face aux effets délétères causés par le changement climatique.

En matière d'accès à la justice environnementale, la question de la charge de la preuve est centrale. Une difficulté qui se pose spécifiquement dans le domaine environnemental et territorial réside dans la complexité de prouver l'usage immémorial des peuples autochtones des terres revendiqués. L'absence de formalisation de leurs droits territoriaux reste un défi à relever. L'émergence des cartographies participatives et des plateformes mises en place par les ONG permettent de rendre visible les territoires autochtones rendus invisibles par l'Etat colonisateur.

La complexité de la preuve à apporter en cas de dommages environnementaux et notamment la preuve du lien de causalité doit également être soulignée. Il peut parfois être difficile d'isoler les dommages lorsqu'il existe plusieurs causes et que les effets sont cumulatifs ou se produisent à une certaine distance dans l'espace et dans le temps. En outre, l'auteur du dommage dispose généralement de davantage d'informations techniques et scientifiques sur les activités qui l'ont provoqué. À cela s'ajoutent les dépenses engagées par la victime pour rassembler des preuves. Tout cela peut constituer un obstacle à l'accès à la justice. La charge de la preuve doit incomber à la partie la mieux placée pour la fournir.

⁹⁷³ Voir. S. Valencia Quiceno, « Avances jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de México sobre el derecho de las personas indígenas a tener un intérprete durante los procesos judiciales », in A. A. Naudi, N. E. Yaksic, (éd.), *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*, Mexico, tirant lo blanch, 2023, pp. 203-232

Le défi le plus général que les Etats et les acteurs du droit doivent relever est celui d'éviter toute instrumentalisation du principe de développement durable souvent consacré dans les textes constitutionnels. A l'heure des changements globaux, les transitions écologique et énergétique ne doivent pas être mises en œuvre par les pouvoirs publics en sacrifiant les terres, les territoires, les ressources naturelles, ainsi que les savoirs des peuples et communautés autochtones car « malgré les conventions et déclarations internationales sur les droits des peuples autochtones, la situation continue d'être caractérisée par la discrimination, l'exclusion sociale et la pauvreté »⁹⁷⁴.

⁹⁷⁴ C. Stallaert, C. V. Kleinert, C. Núñez Borja, « Acceso a la justicia y formación de intérpretes en lenguas indígenas. Una propuesta de cooperación triangular con enfoque decolonial », *Revista de Investigación Educativa*, vol. 30, enero-junio de 2020, p. 61.

Recommandations :

À l'issue de notre étude, plusieurs recommandations peuvent être formulées afin d'améliorer le droit d'accès à la justice environnementale des peuples et communautés autochtones en France :

1. Reconnaître l'existence des peuples autochtones et leur droit à l'autodétermination
2. Remettre en question les postulats sur lesquels sont fondés la possession des terres par l'Etat, en reconnaissant l'illégalité des textes juridiques fondés sur le principe de *terra nullius*
3. Reconnaître les ordres juridiques autochtones en matière de tenure foncière
4. Encourager l'intégration des savoirs autochtones dans la procédure d'élaboration des politiques publiques pouvant avoir des effets sur les terres et les territoires autochtones
5. Admettre la justiciabilité des droits à la culture, à la terre, au territoire et aux ressources naturelles reconnus par le droit international
6. Encourager le développement des Protocoles bioculturels communautaires, ces derniers permettant une connexion du droit international à une normativité locale.
7. Reconnaître le droit à la consultation au sujet de toute mesure législative ou administrative susceptible d'avoir une incidence sur leurs droits, en vue d'obtenir leur consentement préalable, libre et éclairé, notamment avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.
8. Une intégration formelle du consentement libre, préalable et éclairé dans les procédures
9. Admettre la recevabilité des preuves présentées par les groupes autochtones fondées sur les traditions et les savoirs autochtones
10. Encourager l'intégration des savoirs traditionnels autochtones aux processus d'évaluation environnementale afin de renforcer l'analyse, d'améliorer la prise de décision et de contribuer à de meilleurs résultats du projet tant pour les communautés autochtones que pour l'ensemble de la population
11. Encourager la traduction des documents présentés dans le cadre de la procédure d'évaluation environnementale dans les langues autochtones ainsi que leur diffusion, par les moyens les plus appropriés, auprès des représentants des communautés autochtones

12. Adapter la procédure de l'enquête publique en matière environnementale au contexte autochtone. Désigner un interprète auprès du commissaire-enquêteur et prolonger la durée de l'enquête au minimum de 3 mois.
13. Encourager l'assouplissement des conditions de l'intérêt à agir des communautés autochtones devant le juge national dans les procès environnementaux
14. Favoriser la justice itinérante portant sur les conflits environnementaux et territoriaux
15. Renverser la charge de la preuve dans les procès environnementaux et territoriaux. La charge de la preuve ne doit pas peser sur les peuples autochtones. Elle doit incomber à la partie adverse (dans la majorité des cas, il s'agit de l'Etat et des entreprises multinationales).
16. Reconnaître la gratuité des actions en justice ou octroyer une aide juridictionnelle automatique dès lors que ces actions sont présentées par des Autochtones en protection de leurs droits individuels et collectifs
17. Adopter une interprétation interculturelle des droits fondamentaux. Dans le cadre des conflits environnementaux et territoriaux, les tribunaux ordinaires saisis ne sauraient rendre de décisions justes et impartiales sans une compréhension interculturelle des particularités des peuples autochtones et de leurs institutions et systèmes juridiques.
18. Encourager l'institutionnalisation d'une participation obligatoire des anciens des communautés autochtones, des autorités culturelles traditionnelles et/ou des anthropologues pour éclairer le juge ordinaire lorsqu'il doit trancher des litiges environnementaux et territoriaux impliquant les peuples et les communautés autochtones
19. Encourager l'enseignement des normativités autochtones au sein des établissements d'enseignement supérieur
20. Encourager les formations en droit des peuples autochtones dispensées aux fonctionnaires de l'Etat, notamment ceux exerçant en outre-mer
21. Favoriser la recherche éthique basée sur le consentement libre, préalable et éclairé des peuples autochtones et dont les résultats bénéficieraient aux populations autochtones et répondraient à leurs besoins et à leurs projets de vie
22. Encourager la recherche autochtone autonome à travers un système de financement direct en réduisant les exigences bureaucratiques
23. Encourager les recherches participatives en matière environnementale avec la collaboration des représentants des peuples et communautés autochtones

24. Développer des mécanismes de co-gestion voire de gestion exclusive des ressources naturelles par les peuples et les communautés autochtones

TABLE DES MATIERES

<i>Remerciements</i>	
<i>Sommaire</i>	
<i>Table d'abréviations</i>	
<i>Introduction générale</i>	
I. <i>Objet de la recherche et les problématiques retenues</i>	
II. <i>Méthodologie retenue</i>	
1. Méthode comparative.....	
2. Méthode analytique.....	
3. Approche pluridisciplinaire.....	
III. <i>Les difficultés rencontrées</i>	
IV. <i>La justice environnementale en contexte autochtone : éclairages terminologiques</i>	
A/Définition de la notion de justice environnementale.....	
B/ La Justice environnementale et les concepts de terre(s), territoire(s), ressources naturelles, savoirs traditionnels autochtones.....	
1. Territoire : significations juridiques, sociologiques et autochtones.....	
2. La relation particulière entre les peuples autochtones et la Terre.....	
3. Les juridicités autochtones devant le juge.....	
4. Le droit des peuples autochtones à réparation pour les terres, les territoires et les ressources spoliés.....	
5. La question de la restitution des terres autochtones et la sécurité des droits fonciers.....	
6. La reconnaissance des territorialités autochtones par le biais de la personnalité juridique de certains éléments dits « naturels ».....	
7. La notion de savoirs traditionnels autochtones.....	

8. Les ressources naturelles du sous-sol de la compétence exclusive de l'Etat.....

V. *L'exercice de la justice environnementale en France dans la perspective autochtone*.....

A/ Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones de Guyane française par les peuples autochtones de Guyane française eux-mêmes.....

1. Affirmation et description du droit à l'autodétermination des peuples autochtones de Guyane française par eux-mêmes (Manifeste pour le « Droit rond – Droit soleil »).....
2. Le Protocole de consultation des villages Wayana de Guyane française : une véritable Charte du partenariat.....
3. Organe représentatif des peuples autochtones de Guyane française : Sénat coutumier ou AHAAG?.....
4. Les Statuts de l'AHAAG.....

B/ Décolonisation et justice environnementale. Le cas du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie).....

1. A l'origine du besoin de justice environnementale, les ombres du passé.....
 - a. Colonisation et déstructuration de la société kanak.....
 - b. De la colonie aux années 2000 : la rationalité exogène de la protection de la nature.....
2. Le CEPIL, une histoire de justice environnementale.....
 - a. La nécessité de modernisation du droit de l'environnement loyaltien.....
 - b. La légitimité retrouvée du droit endogène Kanak.....

PARTIE I

La participation des peuples autochtones au processus décisionnel en matière d'environnement

Chapitre 1. La reconnaissance de l'obligation de consulter les peuples autochtones en droit international.....

Section 1 : Les contours de l'obligation de consulter dans le but de parvenir à un consentement préalable, libre et éclairé (ci-après CPLE).....

§1 La définition du principe du CPLE.....

§2 L'intégration du CPLE dans les instruments juridiques internationaux environnementaux.....

Section 1 : L'interprétation du CPLE par la Cour interaméricaine des droits de l'homme.....

§1. L'affirmation d'un droit au consentement.....

§2. Le champ limité du droit au consentement au projet de développement d'envergure.....

Chapitre 2. Le bilan mitigé du respect de l'obligation de consulter les peuples autochtones dans les systèmes juridiques internes.....

Section 1. Le droit à la consultation et sa mise en œuvre contrasté dans les Etats d'Amérique du Sud.....

§1. Une régression dans la mise en œuvre au Pérou.....

§2. Une mise en œuvre renforcée en Équateur.....

§3. Une mise en œuvre limitée en Bolivie.....

Section 2. Une mise en œuvre inachevée de l'obligation de consultation au Canada.....

§1. L'obligation constitutionnelle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder les peuples autochtones.....

§2. L'incorporation des obligations constitutionnelles de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder dans la législation québécoise.....

§3. Les stratégies de réappropriation du CPLE.....

Section 3. Une mise en œuvre embryonnaire de l’obligation de consultation en Europe...

§1. Une obligation reconnue mais insuffisamment appliquée dans les ordres juridiques scandinaves.....

§ 2. L’absence d’une obligation générale de consultation dans l’ordre juridique français.....

A/Absence de reconnaissance des droits des peuples autochtones en France.....

B/ Une mise en œuvre incomplète et différenciée *via* les des droits environnementaux à l’information et à la participation.....

PARTIE II

La nécessaire adaptation des actions en justice : une garantie essentielle du droit d’accès à la justice environnementale des peuples autochtones

Chapitre 1. L’adaptation des actions en justice au contexte autochtone.....

Section 1. La coexistence de la justice étatique environnementale avec la justice autochtone dans les Etats de l’Amérique du Sud.....

§1. Les interactions possibles entre la justice étatique et la justice autochtone en Colombie...

A/ Le caractère prépondérant de la justice environnementale étatique.....

1. La multiplicité des recours judiciaires disponibles.....

2. L’efficacité pratique de la justice constitutionnelle.....

B/ Le caractère inexploré de la justice environnementale autochtone.....

1.L’existence d’un droit de l’environnement autochtone.....

2.Les potentialités d’une juridiction environnementale autochtones.....

§2. Approche sociologique des limites de la justice autochtone en Bolivie pour trancher les litiges fonciers.....

1. Vers un accès à la terre égalitaire.....
2. Les conflits au sein d'une communauté productrice de quinoa royale.....
3. Une nouvelle géomorphologie du pouvoir local.....
4. Inflation des conflits et décloisonnement des systèmes de justice.....
5. Fragilisation de l'arbitrage des autorités communautaires locales.....
6. Impact sur l'écologie.....

Section 2. Les outils mobilisés pour adapter et pour améliorer le droit d'accès à la justice environnementale.....

§1. La création des juridictions spécialisées en matière environnementale et foncière.....

A/ Le fonctionnement des juridictions spécialisées

B/ Le rôle des tribunaux environnementaux chiliens dans l'accès à la justice environnementale.....

1. Un rôle concurrencé par la justice constitutionnelle.....
2. Un rôle reconnu, mais à améliorer.....

§3. La mobilisation réussie des instruments juridiques internationaux devant le juge national.....

Section 3. L'aménagement insuffisant des droits d'accès au juge et à la justice environnementale dans l'ordre juridique français.....

§1 En Nouvelle-Calédonie.....

§2 En Guyane française.....

Chapitre 2. Une effectivité limitée du droit d'accès à la justice environnementale.....

Section 1 : Les actions en justice des peuples autochtones dans le système juridique canadien.....

§1. La justice environnementale au Canada : une introduction à la structure fédérative et aux recours ordinaires applicables.....

A/ La compétence fédérale en matière environnementale.....

B/ La compétence provinciale en matière environnementale.....

C/ La compétence fédérale relative aux « Indiens et aux terres réservées » : le paragraphe 91(24) de la loi constitutionnelle de 1867.....

D/ Les droits fondamentaux de la personne : une compétence législative partagée.....	
§ 2. Les droits mobilisés par la justice environnementale au Canada.....	
A/ Les droits humains au cœur de la justice environnementale.....	
B/ La justice environnementale dans les régimes de protection de l’environnement au Québec.....	
§3. L’accès à la justice modulé par la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et des droits issus des traités.....	

Section 2 : Les limites de l’action des peuples autochtones en matière de lutte contre la biopiraterie.....

§1. Le choix des moyens.....	
A/ La nature des moyens.....	
B/ le domaine des moyens.....	
C/ le territoire des moyens.....	
§ 2. La mise en œuvre des moyens.....	
A/ L’engagement de l’action en justice.....	
B/ Le déroulé de la procédure juridictionnelle.....	
§ 3 : La remise en cause des moyens.....	

Section 3. L’action des peuples autochtones en droit international privé.....

§1. La procédure applicable à l’action internationale des peuples autochtones.....	
A/ Les questions procédurales préalables.....	
B/ La détermination du juge internationalement compétent.....	
§ 2. Le droit substantiel applicable à l’action des communautés autochtones.....	
A/ La détermination du droit applicable.....	
B/ L’identification du droit applicable.....	

Conclusion.....

Recommandations.....