



Formalisation juridique des usages sur la zone lagonaire en Nouvelle-Calédonie

Rapport de synthèse

Volet 1 : Etude des structures juridiques adaptées aux comités locaux de gestion émergeant dans le cadre des dossiers UNESCO et COGERON

Volet 2 : Outils juridiques de formalisation des droits d'usages traditionnels sur le domaine marin

Carine DAVID, Maître de conférences
en droit public

Guillaume ZAMBRANO, stagiaire

Raphaël CASADO, stagiaire

Université de la Nouvelle-Calédonie

Sven MENU

GIE Océanide (Gestion Intégrée de
l'Environnement en Océanie)

Mai 2011

Remerciements

Je tiens à remercier les stagiaires qui ont travaillé sur cette étude,
Guillaume Zambrano et Raphaël Casado.

Je tiens également à remercier toute l'équipe qui a œuvré sur ce programme pluridisciplinaire et particulièrement son coordinateur, Marc Léopold, pour sa patience et sa grande faculté de mobilisation des effectifs.

Enfin, je remercie le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement pour son soutien tout particulier au volet juridique de ce programme.

SOMMAIRE

Volet 1 - Etude sur les structures juridiques adaptées aux comités locaux de gestion émergeants dans le cadre des dossiers UNESCO et COGERON..... 6

PARTIE I LE DROIT FRANÇAIS ET LE CORPUS JURIDIQUE DE NOUVELLE-CALEDONIE 16

Chapitre 1 Les aires protégées 16

Chapitre 2 Les contrats publics 20

Chapitre 3 Les structures associant les collectivités et les partenaires privés 21

PARTIE II STRUCTURES ORIGINALES 43

Chapitre 1 La fiducie..... 43

Chapitre 2 Le trust public 45

CONCLUSION 488

Volet 2 - Outils juridiques de formalisation des droits d'usages traditionnels sur le domaine marin 5151

PARTIE I – LA FORMALISATION DES USAGES, UNE SOLUTION SOUHAITABLE AU REGARD DU DROIT COMPARE 56

Chapitre 1 La reconnaissance de droits d’usages exclusifs 56

Chapitre 2 L’utilisation des AMP en tant qu’outils de réservation 6268

PARTIE II - UNE SOLUTION CONFORME AU DROIT POSITIF 69

Chapitre 1 Une solution conforme au principe d’égalité 69

Chapitre 2 Une solution imposée par le droit international..... 7779

CONCLUSION 8689

BIBLIOGRAPHIE 8891

TABLE DES REFERENCES 93

ANNEXE 1 – POSSIBILITES DE ZONAGE A L’INTERIEUR D’UNE RESERVE 98101

ANNEXE 2 - LE MODELE AUSTRALIEN 103

ANNEXE 3 – LE MODELE CANADIEN 153

En s'inscrivant dans le cadre fixé par les études anthropologiques, socio-économiques et relatives aux ressources halieutiques, l'étude juridique avait pour objectif de déterminer les solutions s'offrant aux autorités provinciales pour gérer et, le cas échéant, formaliser les usages existant sur le domaine public maritime sur la zone d'étude de VKP.

Une étude comparée prenant en compte des situations similaires, à savoir la présence d'une revendication sur le domaine public maritime par une population autochtone pour la reconnaissance de droits a été réalisée. Elle portait principalement sur l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada et les Etats-Unis. Elle a fait ressortir deux éléments récurrents :

- Il n'est généralement pas besoin de transférer des droits de propriété aux populations autochtones, mais plus simplement de leur reconnaître des droits d'usage sur le domaine public maritime, si besoin en leur octroyant des droits exclusifs ;
- L'outil privilégié pour se faire est l'aire marine protégée (AMP).

A partir de ce double constat, l'étude a résidé dans :

- La vérification de la compatibilité d'une telle solution avec les règles de droit international : celle-ci apparaît comme imposée par le droit international (notamment par la Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, la convention sur les droits de la mer de 1982 ou encore la Déclaration de Cancun sur la pêche responsable de 1992).
- La vérification de la conformité d'une telle solution avec le principe d'égalité des usagers du domaine public en droit français : il apparaît à cet égard que la mise en place d'AMP auxquelles n'auraient accès que les tribus riveraines en vue de satisfaire leurs besoins de subsistance et les usages coutumiers ne porte pas atteinte au principe d'égalité des usagers du domaine public, en application de la règle fixée par le Conseil constitutionnel selon laquelle il est possible d'opérer des distinctions entre des personnes se trouvant dans des situations différentes, ce qui est le cas des populations autochtones et des riverains du domaine public.

- L'étude de la nécessité de faire évoluer le cadre réglementaire et législatif en vigueur en Province nord : il s'avère que le récent Code de l'environnement de la Province nord de 2008 contient des dispositions satisfaisantes pour mettre en œuvre la solution préconisée, notamment au regard de son préambule et des dispositions relatives aux aires naturelles protégées, et plus particulièrement celles relatives aux aires de gestion durable.

Ces premiers points font l'objet du volet 2 de l'étude sur les « **Outils juridiques de formalisation des droits d'usages traditionnels sur le domaine marin** ».

Au préalable, un premier volet de l'étude a consisté à évaluer les formes juridiques envisageables afin de permettre une participation des populations locales à la gestion du domaine public maritime. Un grand nombre de formes juridiques ont été envisagées et comparées. Il en ressort la nécessité de mettre en place des structures légères, n'étant pas forcément dotées de la personnalité juridique (ex : comité de gestion), au regard des revendications finalement faibles des populations pour la mise en place d'une gestion participative sur le lagon. Il a toutefois été suggéré d'étendre la possibilité aux tribus et aux groupements de droit particulier local (GDPL) de signer des conventions de gestion avec la Province afin de participer à la gestion du lagon, ce qui n'est pas possible en l'état actuel de la réglementation provinciale.

VOLET 1

ETUDE SUR LES STRUCTURES JURIDIQUES ADAPTEES AUX COMITES LOCAUX DE GESTION

EMERGEANTS DANS LE CADRE DES DOSSIERS UNESCO ET COGERON

Carine DAVID

Maître de conférences en droit public

Université de la Nouvelle-Calédonie

Sven MENU

Président du Gie Océanide

Gestion Intégrée de l'Environnement en Océanie

1. Contexte : La présente étude s'inscrit dans le cadre du projet COGERON, dépendant du programme national LITEAU, financé par le Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer. Le projet scientifique pluridisciplinaire COGERON, associe l'IRD, l'UNC, l'IFREMER et l'IAC, ainsi que les provinces Nord (zone VKP) et Iles (Ouvéa). L'étude juridique alimentera les autres actions de ce projet qui vise à organiser la cogestion des lagons de Nouvelle-Calédonie sur deux sites pilotes, Ouvéa en province des îles Loyauté et la zone Voh-Koné-Pouembout en province Nord.

2. Les représentants de la province Nord, de la province Sud, de la province des îles Loyauté et du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie participant au groupe de travail local de l'IFRECOR, se sont accordés sur un cahier des charges pour une étude juridique répondant aux différentes attentes des collectivités en matière de gestion participative sur le domaine public maritime. Dans ce cadre, il a été proposé que l'IFRECOR serve de plate-forme à ces discussions et cofinance l'étude.

3. Globalement, dans le cadre du programme COGERON, l'étude juridique vise à formaliser sur le plan juridique et organisationnel une gestion partagée de la zone lagunaire (environnement et ressources) en Nouvelle-Calédonie.

4. Cette étude comprend deux volets complémentaires :

- L'un destiné à déterminer les structures / formes juridiques les plus adaptées aux divers comités locaux de gestion en recherchant si les formes juridiques disponibles en droit positif permettent de répondre aux spécificités socio-culturelles des populations présentes en Nouvelle-Calédonie et aux enjeux de gestion actuels, ainsi qu'aux aspirations des populations locales.
- L'autre vise à analyser les possibilités de reconnaissance institutionnelle des zones de droits d'usage.

5. La présente étude constitue le volet 1 de l'étude, le volet 2 étant financé par le ministère au titre du programme national LITEAU III.

Tableau comparatif des caractéristiques
des différentes formes juridiques des structures de gestion

	Personnalité morale	Création	Fonctionnement	Indépendance / à la collectivité	Place pour la participation	Textes disponibles en NC ?
Etablissement public	Oui	Délibération assemblée provinciale	Lourd	Non (tutelle)	Faible	Oui
Syndicat mixte	Oui	Délibérations des ass. des collectivités	Lourd	Non	Nulle	Oui
GIP	Oui	Convention constitutive +approbation	Lourd	Autonomie de gestion relative	Nulle	Oui
Organisme public ad hoc	Oui	A déterminer	Lourd	A déterminer	Faible	Oui
Conseil de gestion	Non	A définir en NC	Acceptable	Autonomie de gestion	Acceptable	Non
Prud'homie	Oui	Par décret	Lourd car compétences étendues	Autonomie importante	Importante	Non
Association	Oui	Statuts	Acceptable	Dépend du fonctionnement de l'association	Importante	Oui
GDPL	Oui	Convention entre les membres	Acceptable	Entière	Importante	Oui
Comité consultatif	Non	Convention avec coll.	Simple	Acceptable	Importante	Oui

6. Outre le fait que la Nouvelle-Calédonie et l'Etat peuvent jouer un rôle essentiel d'harmonisation et de coordination en posant des règles cadres ayant trait à l'environnement, les provinces, conformément à l'article 20 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, sont titulaires d'une compétence de droit commun et disposent sur leur territoire géographique de larges prérogatives environnementales. Si cette compétence dite de droit commun, ou résiduelle, pose principalement le problème de l'exhaustivité et de la délimitation précise de la compétence provinciale, les articles 45 et 46 de la même loi organique incluent expressément dans cette dernière la réglementation et l'exercice des droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques sur leur domaine public maritime (eaux intérieures et territoriales).

7. La Nouvelle-Calédonie, en vertu de l'article 20 de la loi organique précitée, exerce quant à elle ses compétences dans les îles qui ne sont pas comprises dans le territoire d'une province. Les provinces et la Nouvelle-Calédonie sont ainsi amenées, parmi d'autres acteurs, à jouer un rôle majeur notamment dans le cadre de l'inscription d'une partie remarquable des récifs coralliens et des écosystèmes associés de Nouvelle-Calédonie sur la liste du Patrimoine Mondial de l'UNESCO. Ce dossier a permis d'initier et de développer, à l'échelle de l'ensemble du territoire, un processus complexe de gestion participative contribuant à définir les premières bases d'une gestion « concertée » et « partagée » de l'environnement marin lagunaire et récifal. Le projet COGERON vise à étudier le renforcement de cette dynamique sur la zone Voh-Koné-Pouembout où un besoin de gestion « concertée » du milieu lagunaire se manifeste du fait de l'apparition de risques nouveaux liés à l'activité minière (sociaux, économiques, environnementaux...).

8. Cette gestion participative tend à s'appuyer sur une nouvelle forme de partenariat et de gouvernance impliquant une très grande diversité d'acteurs institutionnels, administratifs, coutumiers et socio-économiques. Ce partenariat, pour prendre corps et devenir effectif, engendre de facto l'émergence de diverses structures chargées avant tout d'incarner de nouveaux espaces de paroles, d'échanges, de reconnaissance, de discussions, de réflexions, de prises de décisions, et de participer à l'orientation, à la définition et à la mise en œuvre des mesures de gestion, de protection et de conservation du milieu marin in situ (plans de gestion...).

9. **Enjeux :** A l'échelle de la Nouvelle-Calédonie, les mutations de gouvernance sont importantes, le cadre politique et les transferts de compétences donnant lieu à des innovations organisationnelles dynamiques et hétérogènes. Les enjeux de gouvernance induits par les projets UNESCO et COGERON sont néanmoins à appréhender avec pragmatisme et objectivité. La diversité des contextes (provinces Sud, Nord et Iles, projets miniers, espaces habités et fréquentés par une grande diversité d'acteurs, espaces habités principalement par des populations kanak et fréquentés par une grande diversité d'acteurs, espaces habités et fréquentés principalement par des populations kanak, autres...) est à l'origine d'une diversité de ces structures en termes de composition, d'organisation, de rôle et d'attribution.

10. La composition de ces structures, ou comités locaux de gestion, doit assurer non seulement la représentativité mais aussi la légitimité des acteurs parties prenantes. Parallèlement à la compétence juridique des institutions et collectivités concernées, c'est bien l'ancrage local couplé à la valeur identitaire, sociale et économique globale du milieu lagunaire et récifal qui fonde une légitimité prioritaire en terme de participation à la gestion. Cette approche retient implicitement l'idée d'un lien de dépendance (économique, sociale, culturelle et/ou existentielle) vis-à-vis d'un site naturel (et de son état) situé à proximité de la localisation des acteurs. En d'autres termes, l'approche reconnaît une forme de « territorialité » aux acteurs locaux riverains, non sur la base de propriété exclusive (le milieu marin reste un domaine public), mais sur la base d'une légitimité reconnue à participer activement à l'élaboration de plans de gestion et à leur mise en œuvre. A cet égard, l'étude comparée menée parallèlement à la présente étude laisse apparaître que dans la grande majorité des Etats, la revendication foncière a laissé la place à une reconnaissance des usages locaux sur le domaine maritime.

11. Une distinction entre les différents acteurs amenés à être impliqués dans la gestion de l'espace marin lagunaire semble ainsi répondre à des réalités historiques, socioculturelles, géographiques, juridiques et économiques. Cette distinction, retenue implicitement par l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN) dans son rapport d'évaluation du dossier d'inscription des récifs calédoniens au Patrimoine Mondial de l'UNESCO (Rapport de l'UICN au Comité du Patrimoine Mondial, Mai 2008), se réfère : aux « communautés kanak » : groupes d'acteurs les plus restrictifs dont les droits coutumiers sont appelés à être reconnus et respectés, aux « acteurs locaux » : groupes plus larges comprenant les « communautés kanak » et les acteurs légitimes du point de vue de leur localisation géographique (les habitants de la zone), à « tous les acteurs » : l'ensemble des

habitants de la zone, les acteurs usagers du milieu, les acteurs économiques, les associations, les institutions, etc.

12. Afin que les comités de gestion reflètent l'organisation sociale des espaces géographiques qu'ils couvrent et assurent la pleine participation de tous les acteurs, la priorité doit être donnée au travail de proximité selon plusieurs logiques :

- concertation et structuration des acteurs locaux coutumiers : reconnaissance d'une légitimité à participer à la gestion du bien au titre de la prise en compte des liens culturels reconnus par l'Accord de Nouméa.
- représentation des citoyens riverains de la zone, engagés et structurés à poursuivre le même objectif que le gestionnaire principal dans un but d'intérêt général.
- implication des « acteurs extérieurs » multiples. L'implication d'autres acteurs pouvant être considérés comme « acteurs extérieurs » n'est pas moins importante, mais intervient dans un deuxième cercle de manière légèrement décalée dans le temps afin de mieux connaître en amont les contraintes réelles imposées, ou tout au moins revendiquées, par les acteurs locaux, afin d'anticiper les blocages potentiels. Les acteurs dits « extérieurs » sont ceux, soit, qui ne sont pas riverains du site marin, soit, qui n'ont pas de lien de dépendance vis-à-vis du site en question.

13. Le milieu marin lagunaire et côtier étant juridiquement un domaine public, une des grandes innovations réside dans la capacité des dispositifs à prendre en compte de manière adaptée le fonctionnement de la coutume, les modes de gestion coutumiers lorsqu'ils sont opérationnels et les modalités de production de normes, ainsi que les usages en vigueur d'un point de vue plus général. En somme, malgré le caractère public du domaine public maritime, l'appréhension et les usages des sociétés locales kanak sur le milieu marin restent profondément liés aux fondements culturels et identitaires des clans et des chefferies, codifiant oralement les systèmes de gestion coutumiers locaux.

14. L'érosion des savoirs traditionnels et des modes d'usage du milieu ainsi que la nouvelle approche participative et multipartenaire obligent aujourd'hui à revisiter ces systèmes de gestion et à construire collectivement des normes à la fois culturellement acceptables mais aussi scientifiquement efficaces en termes de conservation et de

protection de l'environnement. Cette construction collective, devant aboutir à des plans de gestion adaptés, doit reposer sur des bases fondamentales impliquant :

- la mise en œuvre effective de l'essence même de l'Accord de Nouméa notamment orienté vers une pleine reconnaissance de l'identité kanak ;
- la capacité à s'adapter aux différentes temporalités (administrations et coutumiers) avec une grande souplesse et réactivité ;
- l'installation d'un long dialogue à toutes les échelles sociales et administratives (clans, tribus, chefferies, acteurs socio-économiques, institutions...) ;
- la distinction des acteurs parties prenantes selon leur légitimité à l'échelle d'un espace géographique déterminé (communautés kanak, acteurs locaux habitants et usagers des lieux, tous les acteurs notamment institutionnels et socio-économiques...) ;
- la construction d'un dialogue au sein des structures coutumières existantes et opérationnelles (conseils des clans, conseils de tribus, conseils des anciens, conseils de districts, conseils d'aire coutumiers, sénat coutumier...) ;
- la construction d'un dispositif à des échelles sociales et territoriales différentes et emboîtées (tribus, grandes chefferies, pays coutumiers, communes, intercommunalités...) ;
- la création de comités locaux de gestion composés d'acteurs représentatifs et légitimes ;
- la recherche d'un compromis pertinent entre les différents processus de décision sur le milieu marin, qu'ils soient institutionnels ou coutumiers.

15. Les modalités coutumières de prise de décision sont souvent les suivantes : des personnes compétentes sur une zone ou sur un domaine particulier émettent des recommandations ou des interdictions, les groupes de la communauté en sont informés et peuvent éventuellement les discuter, la décision finale est ensuite prise collectivement au consensus et devient exécutive lorsque le chef en a pris acte, cela à l'échelle du clan, de la tribu ou de la chefferie.

16. La diversité des enjeux et des contextes évoqués ci-dessus entraînent nécessairement une diversité des comités de gestion par rapport à leur composition,

leur rôle, leurs prérogatives et leur mode de fonctionnement. Ces comités peuvent donc être de nature différente et appartenir aux catégories suivantes :

- **Catégorie 1** : des structures très légères, composées principalement des représentants des différents clans et tribus rattachés à un espace géographique relevant éventuellement d'un district/pays coutumier et d'une grande chefferie. Ces comités, incarnant des échelles pertinentes liées aux organisations sociales et territoriales coutumières, sont soit des structures ad hoc soit des structures coutumières déjà existantes et opérationnelles (conseil des anciens, conseil de tribu, conseil de district...). Ils peuvent jouer, selon la volonté des acteurs impliqués, un rôle d'espace de discussion, de consultation, de réflexion et de proposition, de relais entre la province et d'autres structures coutumières (districts, tribus, clans...) ainsi que de prise de décision. Toute forme d'autonomie de fonctionnement (personnalité juridique, budget propre...) de ces comités n'est ni indispensable ni appropriée, notamment pour la mise en œuvre des plans de gestion. Ils doivent néanmoins absolument être au cœur du processus d'élaboration de ces plans de gestion.
- **Catégorie 2** : des structures ad hoc accueillant une grande variété d'acteurs de droit commun, de droit coutumier, de droit privé et de droit public (institutions, collectivités, acteurs socio-économiques, coutumiers...) et agissant à une échelle plus grande (plusieurs districts/pays coutumiers, commune(s)). Ces structures peuvent être orientées, selon le choix des acteurs en présence, vers un organisme autonome de prise, de validation et de mise en œuvre de décisions ou vers un statut plus léger de plateforme de concertation, de consultation, d'échange et de proposition.
- **Catégorie 3** : des structures ad hoc de coordination de l'ensemble des comités locaux de gestion pour garantir une approche globale et cohérente, à l'échelle du territoire, de la gestion participative des différents sites constituant le bien en série inscrit au Patrimoine Mondial de l'UNESCO. Cette catégorie est aujourd'hui incarnée par un projet de création d'un groupement d'intérêt public (GIP) intervenant dans divers secteurs de la protection de l'environnement (terrestre et marin). Nous verrons que d'autres formes sont également envisageables.

17. Il devient dès lors nécessaire de jauger la capacité du droit positif français et surtout des règles de droit applicables en Nouvelle-Calédonie à répondre concrètement aux enjeux actuels d'organisation de la gestion participative du milieu marin lagunaire pour construire la légitimité de structures pluri-acteurs ne remettant pas en cause

l'arbitrage des collectivités publiques et incarnant les différents modes de fonctionnement en présence.

18. Cela implique un inventaire des structures proposées et, pour chacune d'entre elles, une évaluation de leur capacité à répondre aux besoins exprimés par les acteurs concernés.

Partie I LE DROIT FRANÇAIS ET LE CORPUS JURIDIQUE DE NOUVELLE-CALEDONIE

19. Les instruments juridiques évoqués dans cette partie sont issus du droit français, applicable ou non en Nouvelle-Calédonie, mais également des formes juridiques propres à la Nouvelle-Calédonie.

20. Il convient avant toute chose de préciser qu'en droit positif, la mise en place d'une cogestion sur le domaine public maritime, se fait dans la grande majorité des cas dans le cadre d'aires protégées ou d'instruments équivalents, auxquelles il faudra tout d'abord s'intéresser (Chapitre 1.).

21. La participation de la population à la gestion du domaine public maritime peut prendre diverses formes et repose sur deux éléments indissociables et indispensables : un élément matériel, à savoir le contrat (Chapitre 2) et un élément structurel (Chapitre 3), à savoir la structure juridique à même de participer à la gestion du domaine public maritime.

Chapitre 1 LES AIRES PROTEGEES

22. L'UICN définit une aire protégée comme « une aire terrestre et/ou marine dédiée à la protection et à la conservation de la diversité biologique et de ses ressources naturelles et culturelles associées, et gérée à travers des instruments juridiques ou d'autres moyens appropriés ». (UICN, Guidelines for Protected Areas Management Categories, Cambridge, UK and Gland, Switzerland, 1994, pp. 1-261).

23. Divers instruments juridiques internationaux (Protocole de Barcelone du 10 juin 1995...) imposent le recours à un organe de gestion opérationnel (moyens humains et matériels) lors de la création d'une aire protégée. Si l'on suit cette logique, une gestion effective d'un espace s'articulerait donc autour de deux préalables indispensables :

24. une structure de gestion légitime et représentative des différents intérêts et modes de fonctionnement et d'organisation des moyens de gestion conséquents et efficaces.

25. Les principales catégories juridiques d'aires protégées terrestres et marines prévues par le Code français de l'Environnement sont évoquées ci-après. On les retrouve, pour certaines d'entre elles dans les codes de l'environnement des provinces Nord et Sud. On rencontre :

- **les parcs nationaux** : leur gestion et administration sont confiées à un établissement public national à caractère administratif spécifique à chaque parc (article L.331-2 du Code français de l'Environnement) ;
- **les réserves naturelles** : leur gestion peut être confiée par voie de convention à des établissements publics, des groupements d'intérêt public ou des associations régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel, à des fondations, aux propriétaires de terrains classés, ou à des collectivités territoriales ou leurs groupements (article L.332-8 du Code français de l'Environnement).
- **les parcs naturels régionaux** : l'aménagement et la gestion des parcs naturels régionaux sont confiés à un syndicat mixte au sens du titre II du livre VII de la cinquième partie du code général des collectivités territoriales (article L.333-3 du Code français de l'Environnement).

26. **les parcs naturels marins** : la gestion de cette récente catégorie d'aires marines protégées est assurée par « l'Agence des aires marines protégées » et par un « conseil de gestion » propre à chaque parc (article L.334-4 du Code français de l'Environnement).

27. **Les arrêtés de biotopes** : Les arrêtés préfectoraux de protection de biotope sont régis par les articles L411-1 et 2 du Code français de l'Environnement et par la circulaire du 27 juillet 1990 relative à la protection des biotopes nécessaires aux espèces vivant dans les milieux aquatiques. La protection de biotopes est menée à l'initiative de l'Etat par le préfet de département. Le Code de l'Environnement n'accompagne les arrêtés de biotopes d'aucune structure spécifique de gestion. Si aucune gestion n'est prévue dans le cadre d'un arrêté de biotope, il est souvent constitué un comité scientifique ou consultatif de suivi avec plusieurs partenaires dont la direction régionale de l'environnement, les associations et les communes concernées...

28. **Les sites Natura 2000** : La dimension européenne de Natura 2000 implique le recours à des structures de gestion plus souples et moins contraignantes que celles mises en place dans le cadre des aires marines protégées traditionnelles.

29. **Les réserves de biosphère** : Dans le cadre du Programme de l'UNESCO sur l'homme et la biosphère (MAB - Man and Biosphere), les réserves de biosphère sont établies pour promouvoir une relation équilibrée entre les êtres humains et la biosphère. La France compte une dizaine de réserves de biosphère (l'atoll de Taïaro en Polynésie française, la vallée du Fango en Corse, la Camargue...). Ces réserves s'appuient le plus souvent sur des espaces protégés existants comme les parcs nationaux, les parcs naturels régionaux, les réserves naturelles...

30. On retrouve un certain nombre de ces instruments aux articles 211-6 du Code de l'Environnement de la province Sud et 213-6 du Code de l'Environnement de la province Nord. Ainsi, les dispositions provinciales prévoient la possibilité de créer des aires protégées :

- réserve naturelle intégrale,
- réserve naturelle,
- aire de gestion durable des ressources,
- parc provincial.

31. Le Code de l'Environnement de la province Nord prévoit également des réserves de nature sauvage et des aires de protection et de valorisation du patrimoine naturel et culturel.

32. La gestion de ces aires est en principe assurée par les services provinciaux. Toutefois, leur aménagement et leur gestion peuvent être confiés par délibération de l'assemblée de province à un établissement public, un groupement d'intérêt public, une association régie par la loi du 1er juillet 1901 ayant pour objet statutaire la protection de l'environnement, une fondation¹, un ou plusieurs propriétaires des terrains inclus dans une aire protégée², une collectivité ou un groupement de collectivités ou à un syndicat mixte.

¹ Seulement en province Sud.

² Lesquels doivent alors être regroupés en association.

33. Différentes structures juridiques, destinées à assurer la gestion des catégories d'aires protégées, sont donc identifiées par les codes de l'environnement évoqués ci-dessus (France, provinces Sud et Nord).

34. Il s'agit notamment :

- des établissements publics ;
- des groupements d'intérêt public (GIP) ;
- des associations ;
- des fondations ;
- des collectivités territoriales ou leurs groupements (syndicats mixtes par exemple) ;
- des conseils de gestion au sein des parcs naturels marins ;
- les propriétaires ou ayant-droits des terrains classés ;
- des comités consultatifs de suivi.

35. On le voit donc, il existe plusieurs modes de gestion des aires marines protégées. Comme tout service public, une aire marine protégée peut être gérée par une personne publique ou par une personne privée. Dans le premier cas, la gestion peut être effectuée en régie, ou être confiée à une entité publique (établissement public, groupement d'intérêt public, groupement de collectivités de type syndicat mixte...). La gestion en régie consiste pour une personne publique à exploiter elle-même un service public. Ce mode de gestion est largement pratiqué aujourd'hui par les provinces de Nouvelle-Calédonie en matière de protection de l'environnement. Il ne sera toutefois pas développé dans le cadre de cette étude dans la mesure où il s'agit justement de proposer des modes de gestion alternatifs.

36. On peut identifier deux grandes catégories d'outils juridiques permettant aux collectivités territoriales de s'associer avec des partenaires privés pour l'accomplissement de leurs missions de service public ou d'intérêt général, à savoir :

37. d'une part, la délégation, à un partenaire privé, de la gestion d'une activité de service public. Les outils juridiques disponibles prennent alors la forme de contrats publics (délégation de service public, régie intéressée, contrat d'affermage, convention...). Ce sera l'objet du point 2.2..

38. d'autre part, le recours à une structure existante ou la création d'une structure « ad hoc » associant des collectivités territoriales et des partenaires privés pour la réalisation de projets communs d'intérêt général. Ces structures peuvent être soumises au droit public ou au droit privé. Ces structures seront évoquées dans le point 2.3..

Chapitre 2 LES CONTRATS PUBLICS

39. Les contrats administratifs peuvent prendre diverses formes.

40. On rencontre tout d'abord les marchés publics. En l'espèce, il pourrait s'agir d'un marché public de prestation de service, à savoir la gestion d'une zone du domaine public maritime en échange d'un prix. Toutefois, d'une part, l'idée de prestation de service paraît totalement étrangère à la protection d'une aire marine protégée qui relève plus d'une mission, d'autre part, les règles inhérentes aux marchés publics, notamment s'agissant de la mise en concurrence, se révèlent tout à fait inadaptées au cadre de la gestion des aires marines protégées.

41. Les contrats de délégation de service public (concession de service public, régie intéressée, contrat d'affermage,...) sont des outils juridiques qui permettent à une personne publique (Etat, collectivités...) de confier la gestion d'un service public à une personne privée selon des critères de rémunération impliquant un mode de rémunération assuré substantiellement par l'utilisateur du service public. Ces types de contrats publics ne correspondent pas à la logique de gestion de zones protégées, dont l'objectif majeur est la protection de l'environnement.

42. Enfin, plus adaptée est la convention qui permet aux collectivités de contracter assez librement avec une structure de son choix pour fixer les modalités de gestion de la zone concernée. Ce mode de contractualisation est notamment prévu par les Codes provinciaux de l'environnement.

43. Notons toutefois qu'il n'est pas forcément besoin de contracter et que la forme de participation peut simplement résider dans une participation à la prise de décision, sous forme d'avis notamment. Dans ce cas, il suffira à l'autorité provinciale de constater par arrêté la composition de la structure intervenant pour avis, sans que celle-ci n'est nécessairement la personnalité juridique.

Chapitre 3 LES STRUCTURES ASSOCIANT LES COLLECTIVITES ET LES PARTENAIRES PRIVES

44. Ces conventions sont donc conclues avec un partenaire amené à intervenir dans la gestion de l'aire marine protégée. Celui-ci peut prendre diverses formes, de droit public comme de droit privé.

Section 1 Les structures de droit public

45. Au niveau de l'organisation institutionnelle, les aires marines protégées sont généralement administrées sur la base d'un organe délibératif, d'un organe exécutif et d'un organe consultatif qui ne permet que rarement la participation effective des acteurs locaux.

46. La structure de gestion s'appuie presque toujours sur un organe directeur qui sera chargé de la prise de décision quotidienne. Ce dernier emprunte le plus souvent la forme d'un conseil d'administration. Cependant, la création de conseils d'administration n'est pas encore généralisée et beaucoup d'aires marines protégées restent gérées de manière très centralisée.

Paragraphe 1 Centralisation de la gestion

47. En France, le rattachement direct des aires marines protégées au ministère de tutelle se rapproche de la règle. Ce mode de gestion implique une prise de l'ensemble des décisions au niveau central sans réelle gestion participative. Cette réalité est parfois atténuée par l'existence d'un « comité consultatif » chargé de donner son avis sur les décisions prises par l'organe décisionnel. **Il s'avère toutefois que ce système ne répond pas pleinement à la notion de gouvernance qui nécessite une implication des acteurs locaux dans la gestion du territoire.**

48. La gestion décentralisée d'une aire « protégée » repose sur un organisme, plus ou moins indépendant de l'administration centrale, qui est soit déjà existant, soit créé spécifiquement pour l'occasion. Au regard d'une gestion centralisée et directe, la décentralisation rapproche l'organe décisionnel des réalités locales.

49. Ces organismes de gestion décentralisés peuvent être privés ou publics, ces dernières étant globalement beaucoup plus utilisées pour la gestion des aires marines protégées. La gestion et l'administration de tels espaces peuvent ainsi relever de la responsabilité soit d'une institution locale existante, soit d'une structure ad hoc créée spécialement pour assumer cette tâche.

- **Organisme ad hoc de droit public : établissement public, syndicat mixte et groupement d'intérêt public**

50. La mise en place d'un organisme ad hoc de droit public présente l'intérêt d'attribuer la personnalité juridique et morale ainsi que l'autonomie financière à l'aire protégée concernée.

1) Ainsi, les parcs nationaux français sont par exemple gérés par **des établissements publics** à caractère administratif (Article L331-2 du Code de l'Environnement). Un service public est organisé en établissement public lorsqu'il est considéré qu'une personnalité morale de droit public distincte de celle de l'Etat ou de la collectivité locale dont il relève est nécessaire. C'est une personne publique spécialement créée pour gérer un service public. L'établissement public dispose d'un patrimoine et d'un budget propres, peut passer des contrats et agir en justice, et jouit de la capacité de recevoir des dons et legs. Il dispose d'un organe délibérant (conseil d'administration) et d'une autorité exécutive (président du conseil d'administration ou directeur général). Le conseil d'administration incarne l'organe décisionnel, au sein duquel sont représentés l'Etat, les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements, le personnel et les usagers, les associations de protection de l'environnement, les propriétaires, les habitants et les exploitants, les professionnels et les usagers (Article L331-8 du Code de l'Environnement).

51. Il est fréquent que la personne publique de rattachement (Etat ou collectivité locale) choisisse elle-même, outre ses propres représentants, les représentants des

usagers, les personnalités et l'autorité exécutive. L'autonomie des établissements publics doit ainsi être relativisée.

52. Leur **dépendance** est d'ailleurs confirmée par leur régime de tutelle. Leurs actes demeurent soumis au procédé de l'approbation préalable relevant de l'administration de rattachement. Le recours à l'établissement public répond aux motivations les plus variées : responsabilisation des décideurs, meilleure efficacité de l'activité, participation du personnel et des usagers. **On est toutefois généralement éloigné de la recherche d'une démocratie participative et d'une structure de gestion légitime et représentative des différents intérêts et modes de fonctionnement et d'organisation.**

53. 2) Autre possibilité, l'aménagement et la gestion des parcs naturels régionaux sont confiés à **un syndicat mixte** (Article L333-3 du code de l'environnement) au sens du titre II du livre VII de la cinquième partie du Code Général des Collectivités Territoriales. Le syndicat mixte est un établissement public. Cet organisme peut être constitué par accord entre des institutions d'utilité commune interrégionales, des régions, des ententes ou des institutions interdépartementales, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale, des communes, des syndicats mixtes définis à l'article L. 5711-1 ou à l'article L. 5711-4 du Code Général des Collectivités Territoriales, des chambres de commerce et d'industrie, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics, en vue d'œuvres ou de services présentant une utilité pour chacune de ces personnes morales. **Un tel établissement public ne peut donc accueillir des partenaires privés et n'est donc pas adapté à la composition des comités de gestion qui se développent en Nouvelle-Calédonie.**

54. 3) Créés depuis 1982 par diverses lois, les **groupements d'intérêt public (GIP)** semblaient n'être à l'origine qu'une variété d'établissements publics (origine publique, mission de service public, contrôle par l'Etat). Le Tribunal des conflits a préféré les qualifier de « personnes publiques soumises à un régime spécifique »³. Les GIP sont donc une quatrième catégorie de personnes publiques, distincte des trois premières que constituent l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics.

55. Leur originalité majeure consiste à associer des personnes publiques et privées, ou des personnes publiques entre elles, à la réalisation d'une mission de service public.

³ Tribunal des conflits, 14 février 2000, GIP « habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris », *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA)*.

Il s'agit d'un cadre de coopération stable, d'un espace de partenariat public/privé doté de la personnalité morale et donc de l'autonomie juridique et financière. Le GIP apparaît comme fortement inspiré du groupement d'intérêt économique qui existait depuis 1967. Il a néanmoins été libéré des principaux inconvénients du GIE qui restreignaient très largement l'entrée des établissements publics dans ces structures de groupement, en raison notamment de l'exigence d'un objet économique. Le GIP présente l'avantage de concilier les principes fondamentaux régissant les personnes morales de droit public en matière de contrôle essentiellement, et la souplesse de gestion indispensable à une structure de coopération, notamment lorsque des personnes morales de droit privé en sont membres.

56. Dès lors qu'il y a nécessité d'instaurer une coopération stable entre plusieurs organismes chargés d'une mission de service public, la structure du GIP doit être choisie préférentiellement à d'autres statuts, notamment à celui d'association. Elle évite en effet les inconvénients du recours à la formule associative, souvent critiquée par les organes de contrôle.

57. Dès lors que l'organisation d'un service public nécessitant l'association de moyens privés et publics pour satisfaire l'intérêt général exige la personnalité morale, le recours au GIP permet, dans un cadre de coopération sécurisé, de se doter d'avantages certains par rapport au simple cadre conventionnel : autorité propre, budget propre, capacité à agir en justice.

58. Le GIP peut apparaître comme un juste milieu entre :

- le formalisme lourd des établissements publics ;
- le reproche de démembrement et de dérive de l'action publique lié au recours à l'association ;
- l'inquiétude liée au recours au statut de société pour satisfaire au service public du fait d'un but lucratif quasi-exclusif ;
- le cadre peu adapté des Groupements d'intérêt économiques (GIE), notamment dans le cadre de prestations de services, qui a justement conduit le législateur à inventer le GIP ;
- l'absence pénalisante de personnalité morale dans le cadre d'une convention plurilatérale

59. La présence d'au moins une personne morale de droit public est indispensable à l'existence d'un GIP, quel qu'il soit. On peut y trouver notamment, selon les cas, l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics nationaux ou locaux. **Si les personnes morales de droit public doivent posséder la majorité des voix**, le GIP peut comporter des personnes morales de droit privé de toute nature (associations...). **Les personnes physiques sont cependant exclues de ces groupements** (ce qui constitue une différence majeure avec l'association). C'est une constante implicite de l'ensemble des textes qui insistent sur la notion de « personne morale ».

60. **Cependant une personne physique peut entrer dans un GIP par le biais d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.**

61. 4) Aucune réserve naturelle française n'est gérée par un **organisme public ad hoc**. La pratique institutionnelle a privilégié le recours à des organismes publics existants ou à des associations, particulièrement pour les aires protégées terrestres. Mme Cans⁴ fait remarquer que « l'outil établissement public ad hoc, inspiré de la législation des parcs nationaux, n'est pas adapté aux réserves naturelles : **un tel organisme, qui supposerait la mise en place d'un conseil d'administration, et une organisation de l'établissement public à peu près analogue à celle des parcs nationaux, semble excessivement lourd.** ».

62. Ce raisonnement est transposable aux comités locaux de gestion (Patrimoine Mondial et Cogeron) en voie de formation en Nouvelle-Calédonie et appartenant aux catégories 1 et 2 évoquées précédemment (cf. § 1.2). **La création d'un établissement public lourd et coûteux pour la gestion de structures très légères (comités à l'échelle d'un district coutumier ou d'une ou plusieurs communes...) n'est pas opportune au regard des enjeux, de l'échelle territoriale et géographique ainsi que des acteurs impliqués.** Si un GIP permet d'alléger un peu le formalisme lourd des établissements publics, le fait que les personnes physiques soient exclues de ces groupements et que les personnes morales de droit public (Etat, collectivités locales...) doivent posséder la majorité des voix est susceptible d'entrer en contradiction avec la composition actuelle de certains comités de gestion accueillant notamment des représentants de la société civile (personnes physiques) et une majorité de coutumiers.

⁴ Cans C., « Réserves naturelles et autres protections spéciales des espaces naturels », in *Jurisclasseur Environnement*, Fasc. 540, 2001, p.20.

- **Organisme de droit public existant**

63. Le recours aux organismes publics existants est nettement plus fréquent en France que le recours aux organismes publics ad hoc. Cela concerne surtout :

1) **les collectivités locales** : la gestion environnementale du domaine public maritime est déjà assurée en régie par les provinces de Nouvelle-Calédonie. Les communes interviennent aussi dans leurs domaines de compétences. Cependant, les récents comités de gestion doivent permettre de garantir une forme de partage de ces prérogatives avec d'autres acteurs dotées de réelles légitimités. **Ces comités doivent donc être extérieurs aux collectivités tout en ayant un lien étroit avec elles.**

2) **les organismes de gestion d'aires protégées terrestres qui étendent leur gestion aux zones marines adjacentes** (parcs naturels nationaux et régionaux, Office National des Forêts, universités, syndicats mixtes de collectivités locales...) : **l'absence de tels organismes à proximité des sites marins et terrestres où sont implantés aujourd'hui les comités locaux de gestion rend cette hypothèse peu intéressante pour la Nouvelle-Calédonie.**

64. 3) **l'Agence des aires marines protégées**, créée par la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006, est un établissement public national à caractère administratif chargé notamment d'animer le réseau des AMP françaises (parcs nationaux, réserves naturelles et sites Natura 2000 ayant une partie maritime, parcs naturels marins, parties maritimes du domaine relevant du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres). L'Agence est particulièrement mandatée pour gérer les parcs naturels marins, nouvelle catégorie juridique d'aire marine protégée créée par la même loi n° 2006-436 du 14 avril 2006.

65. La volonté d'adapter les instruments de gestion de l'environnement à des espaces donnés et particuliers conduit à instituer des agences organisées sous forme d'établissements publics autonomes permettant la participation des intéressés mais restant sous la tutelle du Ministère de l'Environnement. Ces agences, telle que l'Agence des aires marines protégées, peuvent être considérées comme une forme autonome de services extérieurs du Ministère de l'Environnement.

66. Le milieu marin a longtemps été mis à l'écart du droit dont les outils de gestion étaient principalement axés sur le milieu terrestre. Les espaces marins protégés se sont vus alors annexés aux dispositifs existants de protection des milieux terrestres. En

matière de gouvernance, le milieu marin se distingue nettement du milieu terrestre, principalement encadré par la maîtrise foncière de l'espace par des acteurs publics ou privés⁵.

67. La protection réglementaire ou conventionnelle cible ainsi surtout les droits réels et personnels des occupants des espaces naturels. Le régime juridique du milieu marin, fondé sur la domanialité publique, consacre le principe de son libre accès et le caractère de res nullus⁶ de ses éléments constitutifs⁷. Le caractère public du domaine maritime justifie par conséquent l'omniprésence de l'Etat et le rôle secondaire des acteurs privés et des collectivités locales dans sa gestion. La gestion des usages se traduit notamment par une approche très sectorielle (pêche, transport, environnement...) dépourvue de toute logique intégrée.

68. Les parcs naturels marins sont soumis à une gestion centralisée confiée à l'Agence des aires marines protégées, seule à disposer de la personnalité juridique. Ce mode de gestion est rééquilibré par un conseil d'administration national de l'Agence, assumant les fonctions d'organe directeur ouvert à une large représentation d'acteurs non étatiques, et par un « **conseil de gestion local** », propre à chaque parc naturel marin et accueillant une minorité d'acteurs étatiques.

69. En vertu de l'article L.334-4 du Code de l'Environnement, le conseil de gestion « est composé de représentants locaux de l'Etat de façon minoritaire, de représentants des collectivités territoriales intéressées et de leurs groupements compétents, du représentant du ou des parcs naturels régionaux intéressés, du représentant de l'organisme de gestion d'une aire marine protégée contiguë, de représentants d'organisations représentatives des professionnels, d'organisations d'usagers, d'associations de protection de l'environnement et de personnalités qualifiées ». La composition de cette structure, fixée par chaque décret de création d'un parc naturel marin, peut varier en fonction du contexte. Cette souplesse permet de s'adapter à certaines réalités locales.

70. Ni l'Agence ni le conseil de gestion ne peuvent se prévaloir d'un pouvoir réglementaire, qui reste concentré entre les mains des autorités compétentes (ministères...). Ces dernières sont donc pleinement associées au processus (autorisations d'occupation du DPM, licences de pêche, autorisations de mise en

⁵ Mabile S., *les parcs naturels marins consacrés par le législateur*, RJE 3/2006, pp. 251-264.

⁶ C'est-à-dire n'appartenant à personne.

⁷ Eau, faune et flore.

exploitation...)). Le rôle du conseil de gestion est surtout de développer et renforcer la concertation entre les acteurs parties prenantes en faisant converger la diversité des intérêts en présence. Principalement consultatives, les prérogatives du conseil de gestion sont orientées vers l'élaboration du plan de gestion et vers la formulation d'un avis sur toutes les questions intéressant le parc.

71. Ce pouvoir consultatif est considérablement renforcé par une procédure originale d'avis conformes prévue à l'article L.334-5 du Code de l'Environnement. Cet article stipule que « lorsqu'une activité est susceptible d'altérer de façon notable le milieu marin d'un parc naturel marin, l'autorisation à laquelle elle est soumise ne peut être délivrée que sur avis conforme de l'Agence des aires marines protégées ou, sur délégation, du conseil de gestion ».

72. Le conseil de gestion, sans être dotée de la personnalité juridique, est donc toutefois en mesure de jouer un rôle important dans la dynamique de gestion d'un parc naturel marin, notamment en termes de :

- **rapprochement des acteurs dans leur diversité en incarnant un espace de rencontres, de paroles, d'échanges, de réflexions et de concertations ;**
- **définition des mesures de protection, de connaissance et de développement durable à mettre en œuvre au sein du parc naturel marin. Ces mesures, matérialisées par le plan de gestion, peuvent être suivies ou non par l'autorité administrative compétente. Cette dernière sera néanmoins fortement incitée à respecter le plan de gestion, fruit d'un large consensus entre les acteurs.**

73. **5)** Il existe encore aujourd'hui sur les côtes méditerranéennes, l'une des plus anciennes institutions maritimes : **la prud'homie de pêche**. Issue des communautés de métiers médiévales, la prud'homie de pêche a vu son statut évoluer au cours de l'histoire. Eloquent est la liste des lettres par lesquelles les Rois ont confirmé les prérogatives de la Prud'homie de Marseille, l'une des plus anciennes. Supprimée à la Révolution comme l'ensemble des corporations, l'institution prud'homale est, avec le soutien de Mirabeau, à nouveau confirmée par l'Assemblée Constituante.

74. Le régime juridique des prud'homies est toujours régi par le décret du 18 novembre 1859 qui consacre leur existence, tout en les intégrant au sein de l'administration des pêches. Ce texte a été modifié à maintes reprises.

75. Le décret du 15 janvier 1993 fixe quant à lui les limites territoriales des prud'homies⁸. A travers ce texte sont définies les limites de 33 prud'homies réparties dans trois régions : Languedoc Roussillon (11), Provence Alpes Côte d'Azur (18) et Corse (4).

76. Cette expérience de gestion des pêches acquise au cours des siècles a permis à ces communautés de pêcheurs de vivre de leur métier tout en préservant des territoires de pêche souvent exigus. Elle constitue l'un des rares modèles de gestion des pêches hérité du passé et qui soit encore en vigueur aujourd'hui. Les compétences prud'homales sont actuellement définies par le décret modifié du 18/11/1859 qui réglemente la pêche en Méditerranée.

77. Ce décret modifie légèrement les statuts prud'homaux tout en précisant et confirmant leurs prérogatives réglementaires, juridictionnelles et disciplinaires⁹ :

- **Compétence réglementaire** : Le décret du 19/11/1859 prévoit que les prud'hommes puissent notamment « régler entre pêcheurs la jouissance de la mer » et « prendre toutes les mesures d'ordre et de précaution » dans le périmètre de la prud'homie. Une lecture juridique des textes en vigueur permet de conclure à la possibilité de réglementer l'ensemble des métiers dont la pratique est autorisée en Méditerranée pourvu que cette réglementation ne s'oppose pas à la réglementation générale et qu'elle respecte certains principes fondamentaux (principe de proportionnalité, liberté du commerce et de l'industrie). Les règlements, adoptés par la majorité des pêcheurs membres de la prud'homie, doivent être approuvés par l'administration des affaires maritimes. Une fois régulièrement adoptés, et sous réserve qu'ils fassent l'objet d'une publicité suffisante (affichage en mairie, dans les capitaineries...), rien ne s'oppose à ce qu'ils acquièrent une force obligatoire envers tous les pêcheurs professionnels ou de loisirs, dans le ressort de la prud'homie. Les compétences sont limitées au territoire prud'homal.
- **Compétence juridictionnelle** : les prud'homies sont habilitées à juger des conflits civils entre pêcheurs et ont le statut de juges au sein d'une juridiction spécialisée et reconnue comme telle par le code de l'organisation judiciaire. Le « Tribunal de pêche » est compétent pour juger des réparations civiles entre

⁸ Uniquement d'un point de vue longitudinal, les limites n'étant fixées ni vers la terre, ni vers le large dans ce texte.

⁹ Mabile S., *Etude pour la prud'homie de pêche de St Raphaël*, Mai 2007(pp. 1-19).

patrons pêcheurs issues de conflits relatifs à des faits de pêche dans le territoire de la prud'homie. Les jugements ne sont susceptibles d'aucun appel ni cassation. Aucun texte ne prévoit explicitement le principe du double degré de juridiction.

- **Compétence disciplinaire** : les prud'hommes ont la faculté de prononcer des amendes à l'encontre de tout patron pêcheur qui ne respecterait pas la réglementation prud'homale dans les limites de la prud'homie. Cette procédure disciplinaire reste distincte d'une éventuelle procédure pénale qui relève des tribunaux correctionnels. Dans ce cadre disciplinaire, les pêcheurs condamnés gardent la faculté d'exercer un recours, soit hiérarchique auprès de l'administration des affaires maritimes, soit contentieux devant le tribunal administratif. Les prud'hommes sont de même reconnus comme des gardes jurés et ont à ce titre la compétence pour constater les infractions à la police des pêches maritimes sur l'ensemble du territoire de la prud'homie dont ils relèvent.

78. Malgré le silence du décret modifié de 1859 sur la nature juridique de la prud'homie, il semblerait que l'application de la méthode du « faisceau d'indices » aille dans le sens du caractère public de cette structure :

- son origine résulte d'un acte administratif (décret de 1859) ;
- son but est d'intérêt général, susceptible d'être un « but de service public » ;
- elle est soumise au contrôle de l'administration (Ministère chargé de la pêche et affaires maritimes). La prud'homie est placée depuis le décret de 1859 (art. 52) sous la tutelle « exclusive » de l'administration des affaires maritimes ;
- elle est investie de prérogatives de puissance publique (pouvoir juridictionnel, disciplinaire et réglementaire).

79. D'un point de vue jurisprudentiel, l'arrêt de principe du Tribunal des conflits « Canal de Gignac »¹⁰ renforce cette hypothèse. La Cour de Cassation a également reconnu implicitement la qualité d'établissements publics des prud'homies¹¹.

80. Les prud'homies de pêche seraient donc des établissements publics spécialisés, dotés de la personnalité morale, d'un budget et de recettes propres, susceptibles d'ester en justice. Elles font parties du groupe dit des « institutions corporatives » dont

¹⁰ Tribunal des Conflits, 9 décembre 1899, Association Syndicale du canal de Gignac.

¹¹ Cassation, Civile 2, 21 décembre 2000, n° 98-17.403, Société Comurhex SA c/ Prud'homie de Bages Port-la-Nouvelle.

l'existence est fondée sur celle d'un groupe humain particulier. Au sein de cette catégorie, on retrouve non seulement les chambres professionnelles (de commerce, d'industrie, d'agriculture, de métiers) ou les associations syndicales de propriétaires mais également des organismes privés tels que les ordres professionnels (ordre des avocats, ordre des médecins) ou les fédérations sportives, mais qui ne disposent pas de prérogatives de puissance publique comparables à celles de la prud'homie.

81. La prud'homie est dirigée par 3 à 5 prud'hommes pêcheurs, qui tirent leur légitimité de l'élection. L'article 5 du décret de 1859 précise les conditions d'inscription sur la liste électorale en vue des élections. Il impose notamment une période d'embarquement minimum pour être éligible, de 6 mois pour les prud'homies du Var, de Banyuls et de Collioure et de 9 mois pour les autres prud'homies. Certains règlements locaux ajoutent une condition de résidence.

82. Bien que constituant le maillon le plus proche du terrain pour participer à une gestion durable de la pêche, préserver l'environnement marin et définir des règles adaptées aux réalités d'un groupe humain particulier, la prud'homie ne peut répondre aux enjeux actuels d'organisation de la gestion participative du milieu lagunaire calédonien. La prud'homie dispose en effet de prérogatives de puissance publique (réglementaires, juridictionnelles et disciplinaires) lui octroyant de lourdes responsabilités et une marge de manœuvre considérable dans la gestion des activités de pêche à l'échelle d'un espace géographique déterminé. Malgré la tutelle de l'administration des affaires maritimes, cette structure de droit public assume des fonctions similaires à celles des pouvoirs publics et peut donc quasiment se substituer à ces dernières dans de nombreux domaines.

83. Ces larges prérogatives exigent une organisation et des modalités de fonctionnement assez lourdes. De même, l'organisation interne de la prud'homie vise à encadrer exclusivement l'activité de la pêche et n'est donc pas pensée pour accueillir et réunir des acteurs pluriels aux intérêts divers. Cet établissement public ne peut donc répondre à la nature et aux contraintes des comités locaux de gestion émergeant en Nouvelle-Calédonie et orientés vers la construction de la légitimité de structures légères pluri-acteurs ne remettant pas en cause l'arbitrage des collectivités publiques et incarnant les différents modes de fonctionnement en présence.

84. En France, les réserves naturelles sont majoritairement gérées par des organismes publics existants. Dans ce cas, le Ministre chargé de l'Environnement représenté par le Préfet peut, après avis des maires des communes concernées, passer des conventions avec un établissement public ou une collectivité locale, ainsi qu'avec des organismes de droit privé (fondations, associations...). Sur les trois réserves naturelles existantes en Méditerranée et s'étendant au milieu marin, une est confiée à un établissement public dépendant de la Collectivité territoriale Corse (réserve naturelle des Bouches de Bonifacio), une autre à un département (réserve naturelle de Cerbères Banyuls) et la troisième à un syndicat mixte d'un Parc naturel régional (réserve naturelle de Scandola). La gestion par des organismes de droit public est donc très répandue pour les aires marines protégées. Les collectivités locales restent les principales bénéficiaires de ces transferts de gestion, alors que leurs pouvoirs en termes de création et de planification sont limités.

85. La gestion par des organismes de droit privé reste en revanche très marginale en milieu marin.

Section 2 Les structures de droit privé

86. Très peu d'aires marines protégées sont actuellement gérées par des organismes de droit privé du fait principalement de l'appartenance juridique de la mer au domaine public maritime.

87. L'administration des aires marines protégées est confiée surtout aux autorités spécialisées dans la protection de l'environnement.

88. En France, la possibilité de confier la gestion des réserves naturelles à des associations est prévue par la loi. Largement utilisée en milieu terrestre, cette formule reste quasi inexistante en milieu marin. Comme le précise Sébastien Mabile¹², « sur la façade atlantique, la réserve naturelle terrestre des « Sept Iles » qui a été étendue à la zone marine adjacente est toutefois gérée par une association (Ligue pour la protection des oiseaux) ». L'auteur évoque également « l'expérience du Parc marin de la Côte Bleue

¹² Mabile S. *les aires marines protégées en méditerranée, outils de développement durable*, Université Aix-Marseille-Paul Cézanne, Faculté de droit et science politique, juin 2004.

qui fut géré pendant près de 20 ans par une association regroupant les collectivités locales concernées (communes, département et région) et des représentants des pêcheurs professionnels. L'association fut supprimée suite à la création d'un Syndicat mixte en 2000».

Paragraphe 1 Les associations

89. Depuis 2005, la gestion des réserves naturelles est assurée par :

- un comité consultatif, dont la création devient obligatoire, même lorsque l'acte de classement ne l'a pas prévu ;
- un conseil scientifique ;
- la désignation obligatoire d'un gestionnaire ;
- l'élaboration obligatoire d'un plan de gestion, jusqu'alors facultatif.

90. La désignation du gestionnaire repose sur l'article L.332-8 du Code de l'Environnement, dans sa rédaction issue de la loi du 27 février 2002. Comme déjà évoqué précédemment, cet article dispose que la gestion des réserves naturelles "peut" être confiée par voie de convention à des établissements publics, à des groupements d'intérêt public, à des associations de la loi de 1901 ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel, à des fondations, aux propriétaires des terrains classés et à des collectivités territoriales ou à leurs groupements. Ces dispositions sont plus ou moins reprises dans les codes provinciaux de l'environnement.

91. Le caractère inadapté de la forme juridique des établissements publics et des groupements d'intérêt public, au regard des comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie, a été abordé ci-dessus.

92. La mise en place de la gestion de la réserve passe donc le plus souvent par l'établissement d'une convention de gestion, dont les bénéficiaires sont limitativement énumérés. L'accord conclu peut ou non s'accompagner de la création d'une personne juridique nouvelle, par exemple une association spécifiquement créée pour assurer la gestion de la réserve, sous réserve qu'elle réponde à l'exigence d'avoir pour objet statutaire "principal" la protection du patrimoine naturel¹³.

¹³ Du Saussey Ch. et Prieur M., Bureau juridique de la FAO, *Examen des législations nationales relatives aux zones marines et côtières protégées*, PNUE, Athènes, 1980 (document UNEP/IG.20/INF.3, 2 juillet 1980), p.27.

93. L'article R. 332-19 du Code de l'environnement rappelle que le préfet désigne, parmi les personnes mentionnées à l'article L. 332-8 du Code de l'Environnement, après avis du comité consultatif, un gestionnaire de la réserve naturelle avec lequel il passe une convention. Cette convention désigne le gestionnaire et lui confie la **gestion effective** de la réserve naturelle.

94. Le rôle du gestionnaire a été défini par la circulaire n° 97/1 du 7 octobre 1997, dont les principaux éléments sont désormais repris à l'article R. 332-20 du Code de l'environnement. Le gestionnaire :

- assure la conservation et, le cas échéant, la restauration du patrimoine naturel de la réserve ;
- veille au respect des dispositions de la décision de classement, en faisant appel à des agents commissionnés à cet effet par l'autorité administrative ;
- établit un rapport annuel d'activité ;
- rend compte de l'application du plan de gestion ;
- rend compte de l'utilisation des "crédits" qu'il reçoit ;
- établit un bilan financier de l'année écoulée ;
- établit un projet de budget pour l'année suivante.

95. Ces missions supposent le gardiennage et la surveillance de la réserve naturelle, l'entretien général de la réserve, la réalisation et l'entretien du balisage et de la signalisation conformes à une charte signalétique homogène pour l'ensemble des réserves naturelles, l'observation régulière de la faune, de la flore et du patrimoine géologique, le contrôle scientifique continu du milieu naturel, la réalisation de travaux de génie écologique visant à la conservation, l'enrichissement du patrimoine naturel et la reconquête du fonctionnement de l'écosystème, la réalisation et l'entretien des équipements d'accueil et d'éducation du public et de promotion de la réserve, l'accueil du public, sa sensibilisation et son information.

96. Les associations, très rarement utilisées dans la pratique pour la gestion des espaces marins rattachés au domaine public maritime, se voient néanmoins confiées, lorsqu'elles sont identifiées comme gestionnaires d'une réserve naturelle, un rôle important de **gestion effective** qui dépasse les simples attributions consultatives. Comme prévu par le droit (article R. 332-20 du Code de l'environnement), l'association

gestionnaire est ainsi pleinement responsable de la conservation et de la restauration du patrimoine naturel de la réserve ainsi que de la mise en œuvre du plan de gestion. Ces fonctions reconnues juridiquement exigent une forte capacité de gestion de l'association ainsi qu'une organisation interne très opérationnelle et efficace. **Or, les comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie ne disposent pas d'une telle capacité de gestion. De même, le fait d'enfermer ces comités dans une organisation associative assez contraignante (conseil d'administration, assemblée générale, bureau, trésorerie, système de votes...) pour ne leur accorder qu'un rôle consultatif ne présente finalement pas un grand intérêt.**

97. Le recours à une association, structure de droit privé, pour intervenir dans la gestion d'un espace situé sur le domaine public maritime pose notamment des problèmes sérieux par rapport à la position des pouvoirs publics au sein de l'association. Les autorités administratives compétentes sur le DPM doivent préserver leurs prérogatives et être au cœur du dispositif de gestion d'une aire marine protégée.

98. Une personne publique peut ainsi créer et participer à la gestion d'une association. Ce principe est reconnu par le Conseil d'Etat dans un avis du 11 mars 1958 : les personnes morales de droit public peuvent adhérer à des associations au même titre que les personnes physiques ou les personnes morales de droit privé, sous réserve que l'objet poursuivi par ces associations réponde à un intérêt général. Néanmoins, cette liberté d'association connaît plusieurs limites. Les collectivités publiques ne peuvent pas créer et confier à une association la gestion d'une activité qui, par sa nature, ne peut être assurée que par la collectivité territoriale elle-même. L'association ne doit pas constituer un démembrement de la personne publique, permettant de détourner les règles de gestion administrative en vigueur. Une circulaire du premier ministre du 27 janvier 1975 et une autre du 15 janvier 1988 rappellent l'interdiction de principe, pour les collectivités publiques, de constituer des associations para administratives dont l'activité constituerait un démembrement de leurs services.

99. Le caractère « parapublic » d'une association résulte de faisceaux d'indices démontrant son absence d'autonomie réelle par rapport à la collectivité publique qui agit à travers elle. Quatre critères principaux permettent de détecter cette « transparence » :

- la création publique ;

- la composition publique ;
- le financement et les moyens de fonctionnement publics ;
- l'exercice d'une mission de service public.

100. La transparence de l'association est grave de conséquences. Elle caractérise, d'une part, une gestion de fait de fonds publics en l'absence d'une véritable séparation de l'ordonnateur et du comptable. Les actes de l'association peuvent ainsi constituer des actes administratifs. Une forte implication des pouvoirs publics peut être considérée comme un indice permettant de qualifier l'activité de l'association de service public.

Paragraphe 2 Les comités locaux et régionaux des pêches maritimes

101. Née lors de la crise économique des années 1930, l'organisation interprofessionnelle des pêches maritimes et des élevages marins a été instituée, dans sa configuration actuelle, par la loi du 2 mai 1991. Au sein de cette structure pyramidale, le Comité National des Pêches Maritimes et des Elevages Marins (CNP MEM) en est l'échelon national. Organisme paritaire, il regroupe tous les professionnels des pêches et des élevages marins, de la production à la transformation. Interlocuteur des pouvoirs publics et des élus, il est composé d'élus professionnels et de représentants syndicaux issus de tous les types de pêche.

102. Les comités locaux et régionaux des pêches maritimes sont des organismes de droit privé, dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, chargés de missions de service public et investis à cette fin de prérogatives¹⁴. Ils sont placés sous la tutelle du Préfet de région pour les comités locaux et régionaux, du ministre chargé de la pêche maritime pour le comité national. Sans rentrer dans les détails, l'organisation et le fonctionnement de ces comités sont beaucoup trop rigides et contraignants pour être adaptés à des structures aussi légères que les comités locaux de gestion de N-C.

Paragraphe 3 Les SCIC

103. L'accroissement des besoins en matière de cohésion sociale, d'environnement et de revitalisation des territoires, conjugué à un processus continu de décentralisation et à

¹⁴ CE, 8 juin 1998, *Comité national des pêches maritimes*, Rec. CE 1998, tables, pages 686 et 739, conclusions Girardot.

une multiplication des partenariats entre acteurs publics et acteurs privés favorise l'émergence d'initiatives socio-économiques innovantes.

104. C'est dans ce contexte que de nouvelles formes d'entreprises collectives sont apparues, notamment les sociétés coopératives d'intérêt collectif (Scic). Elles représentent potentiellement des réponses innovantes pour des projets qui entendent concilier efficacité économique, nouvelles formes de coopération et utilité sociale. Les Scic sont des sociétés coopératives dont la forme est commerciale : ce sont des coopératives sous la forme de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée. **Cette vocation commerciale s'éloigne donc beaucoup trop de la nature des comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie.**

Paragraphe 4 Groupement de droit particulier local (GDPL)

105. Parallèlement aux récents codes de l'environnement des provinces Sud et Nord, la Nouvelle-Calédonie s'est dotée, dès les années 1980, d'un outil juridique original, le Groupement de Droit Particulier Local (GDPL). Il s'agit d'une structure juridiquement reconnue, d'une forme particulière, qui regroupe des individus attachés entre eux par des liens coutumiers (au sein d'une famille, d'un clan, d'une tribu). En principe, le GDPL est composé de membres de statut coutumier, mais il existe de plus en plus d'exceptions.

106. La plupart des GDPL fonciers se sont constitués à partir des années 1990 en vue de bénéficier des attributions foncières, effectuées par l'Adraf, sous le régime du droit coutumier. Selon les personnes à l'origine des revendications, les GDPL ont pu prendre plusieurs formes : tribale, lorsque toute une tribu est représentée, ou clanique et polyclanique lorsque, un ou plusieurs clans composent le GDPL.

107. Personne juridique à part entière, immatriculée au registre du commerce, le GDPL est, à partir de l'attribution, propriétaire de son foncier. Il le gère donc librement, c'est-à-dire en pratique que ses membres peuvent décider de s'y établir, de l'exploiter, ou de le mettre à disposition de tierces personnes qui souhaiteraient y réaliser un projet. Depuis 1999, le GDPL ne peut plus se séparer de son foncier que ce soit volontairement (vente, échange, donation...) ou involontairement (saisie, prescription, ...). Ses terres sont inaliénables.

108. Le GDPL est une structure qui s'adapte aisément à l'organisation coutumière spécifique à chaque secteur foncier. Il permet notamment aux alliances de s'exprimer au

travers d'une grande liberté dans la composition du GDPL, tout en respectant l'existence des clans et des tribus.

109. Une telle structure, malgré son caractère indissociable d'une logique de propriété foncière, peut dans certaines conditions, être utilisée à l'échelle du domaine public maritime. Toutefois, un des obstacles principal réside dans le fait que cette structure est ordinairement utilisée dans un cadre exclusivement coutumier et qu'il peut être difficile aux autres personnes d'accepter cette forme juridique plutôt qu'une autre. Néanmoins, dans certains cas, le GDPL peut s'avérer une structure satisfaisante. On pense particulièrement aux cas de « réserves coutumières » dans lesquelles on souhaiterait formaliser les usages, comme à Oundjo dans la zone VKP par exemple.

110. Dans ce cas, il peut être également possible de simplement confier la gestion d'une zone maritime à une tribu, voire à un clan. En effet, un arrêté de 1867 reconnaît la personnalité juridique de la tribu¹⁵. Par ailleurs, la délibération n° 116 du 14 mai 1980, fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière¹⁶ qui affirme le droit des clans d'accéder à la propriété coutumière et définit leur représentation.

Paragraphe 5 Les fondations

111. En France, la définition de référence d'une fondation est donnée pour la première fois par la loi n°87-571 sur le mécénat du 23 juillet 1987. Le mot "fondation" désigne à la fois la convention qui consacre la naissance de l'organisme qui porte ce nom, et la personne juridique qui naît de l'acte en question.

112. Pris dans ce deuxième sens, la fondation est un organisme de droit privé auquel, par dons, donation ou legs, une ou plusieurs personnes physiques ou morales, consacrent des biens ou des droits mobiliers ou immobiliers en vue de les affecter à une action sans but lucratif de type culturel, pédagogique, scientifique ou de bienfaisance. Ces biens ou ces droits constituent un ensemble que l'on dénomme un « patrimoine d'affectation ». La reconnaissance de « l'utilité publique » par décret pris en Conseil d'Etat, permet à la fondation de jouir de la personnalité morale, elle peut alors accomplir tous les actes de la vie civile qui ne sont pas en contradiction avec l'objet qu'elle poursuit.

¹⁵ Arrêté n° 147 du 24 décembre 1867, article 2, BO NC 1867, p. 350.

¹⁶ JONC, 2 juin 1980, p. 627

113. La création, le financement, les obligations comptables et la gouvernance d'une fondation reconnue d'utilité publique relèvent de procédures particulièrement contraignantes et probablement inadaptées aux comités locaux de gestion faisant leur apparition en Nouvelle- Calédonie. Malgré une grande liberté de combinaisons de fondateurs (personnes physiques ou morales privées ou publiques...), le fonctionnement d'une fondation est rattaché à des critères assez stricts.

114. Les principes qui guident l'administration en vue de la reconnaissance d'utilité publique sont notamment :

- **La spécialité** : il est fondamental de présenter un objet statutaire précis et des moyens d'action déterminés et adaptés aux enjeux.
- **L'indépendance** : la fondation étant une affectation irrévocable de biens, droits ou ressources, les fondateurs perdent irrévocablement la propriété et le contrôle des biens apportés en dotation. Le principe d'indépendance implique que le collège des fondateurs soit minoritaire au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.
- **La viabilité** (autonomie financière) : la dotation doit être en rapport avec la mission projetée pour assurer sa viabilité. En effet, seuls les revenus des placements de la dotation initiale peuvent être consommés.

115. Le financement d'une fondation reconnue d'utilité publique (RUP) est assuré par les revenus de la dotation et des ressources diverses. L'immobilisation d'un capital doit pouvoir dégager, sur la durée, les revenus annuels nécessaires à la poursuite de son objet. Une fondation a vocation à être pérenne. Le montant de la dotation doit être en cohérence avec les ambitions affichées, afin d'assurer la viabilité financière de la fondation. Le budget prévisionnel sur 3 ans exigé dans le dossier de création de la fondation RUP est à cet égard un document fondamental. Aucune loi n'apporte de précision sur le montant de la dotation initiale. Le Conseil d'État ne s'est jamais exprimé clairement sur ce montant; il considère néanmoins que la lourdeur de la démarche engagée ne se justifie que pour des projets significatifs. L'observation de la pratique semble relever le seuil à un million d'euros.

116. De même, le contrôle et la publication des comptes d'une fondation RUP sont obligatoires, à savoir :

- un contrôle des comptes par au moins un commissaire aux comptes avec suppléant ;
- une publication des comptes obligatoire ;
- un contrôle par la Cour des Comptes.

117. Depuis les nouveaux statuts types du 2 avril 2003, les porteurs d'un projet de fondation RUP peuvent opter pour l'une ou l'autre des deux formules suivantes : conseil d'administration ou conseil de surveillance avec directoire. Le fonctionnement et l'organisation d'une fondation RUP sont ainsi apparentés à ceux d'une association. La structure juridique de la fondation RUP exige un dispositif administratif et financier beaucoup trop complexe semble t-il pour les comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie.

Section 3 La généralisation des organes consultatifs

Paragraphe 1 Comités consultatifs : une meilleure représentation des intérêts locaux

118. Les comités consultatifs permettent d'assurer une représentation des intérêts locaux et de certains intérêts particuliers. Leur objectif est de permettre une meilleure prise en compte des acteurs locaux dans le cadre de la gestion d'une aire marine protégée. Leur rôle est essentiellement consultatif.

119. A titre d'exemple, il apparaît que lorsque l'acte de classement ne l'a pas prévu, le comité consultatif d'une réserve naturelle nationale est constitué par le préfet¹⁷ qui en assure la présidence¹⁸. Sa composition est fixée par l'article R. 332-15 du Code de l'environnement qui dispose qu'elle doit respecter "une représentation égale" :

120. de représentants des administrations civiles et militaires et des établissements publics de l'État concernés ;

- d'élus locaux représentant les collectivités territoriales ou leurs groupements ;
- de représentants des propriétaires et des usagers ;
- de personnalités scientifiques qualifiées et de représentants d'associations agréées ayant pour principal objet la protection des espaces naturels.

¹⁷ Art. R. 332-15 du Code de l'environnement.

¹⁸ Art. R. 332-16, al. 2 du Code de l'environnement.

121. La composition et les compétences du comité peuvent varier. D'une manière générale, le comité consultatif est chargé de « donner son avis sur le fonctionnement et la gestion de la réserve » et de se prononcer « sur le plan de gestion et d'aménagement de la réserve proposé par le gestionnaire et sur les conditions d'application des mesures prévues par la décision de classement ». Il peut « demander au gestionnaire la réalisation d'études scientifiques et peut recueillir tout avis en vue d'assurer la conservation, la protection ou l'amélioration du milieu naturel de la réserve ». Il peut aussi « déléguer l'examen d'une question particulière à une formation restreinte »¹⁹.

122. Outre leur pouvoir consultatif et de proposition, la composition et les compétences de ces comités se rapprochent de celles des conseils d'administration des Parcs nationaux. Le gestionnaire désigné y tient un rôle important, mais il n'en est pas toujours membre à part entière.

123. L'existence de ces organes est complémentaire de celle de l'organe décisionnel. Ils visent en effet à assurer la participation d'intérêts particuliers dans des domaines spécialisés et peu représentés au sein des conseils d'administration. Ainsi, les Parcs nationaux français se dotent-ils de conseils scientifiques dont le rôle est d'éclairer le gestionnaire dans sa politique de gestion du Parc.

Paragraphe 2 Natura 2000

124. La mise en œuvre du réseau Natura 2000 nécessite parfois la création de structures de gestion ad hoc plus souples et moins contraignantes que celles mises en place dans le cadre des aires marines protégées plus classiques.

125. En France, la gestion des sites Natura 2000 relève du niveau local avec une coordination de l'ensemble à un niveau national. Des organismes spécifiques sont prévus afin de favoriser la concertation entre acteurs pour la définition des mesures de gestion. Chaque site est obligatoirement géré par une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales. Un comité de pilotage, équivalent du comité consultatif d'une réserve naturelle, est chargé de veiller à la bonne application et au bon déroulement de la gestion du site. Il est composé de tous les acteurs concernés (associations, agriculteurs, collectivités, pouvoirs publics, chasseurs, pêcheurs, autres). La collectivité ou le groupement de collectivités nomme ensuite un opérateur technique,

¹⁹ Art. R. 332-16, al. 2 du Code de l'environnement.

personne physique en charge de l'animation du comité de pilotage et de la rédaction d'un document d'objectifs pour le site. Ce document réalise un état des lieux et fixe les objectifs de gestion de la réserve. Le travail est réalisé en collaboration avec les acteurs locaux.

Paragraphe 3 Arrêtés préfectoraux de biotope

126. Les arrêtés préfectoraux de protection de biotope sont régis par les articles L411-1 et 2 du Code de l'environnement et par la circulaire du 27 juillet 1990 relative à la protection des biotopes nécessaires aux espèces vivant dans les milieux aquatiques. 600 arrêtés préfectoraux de biotope couvrent plus de 300.000 hectares du territoire français. La protection de biotopes est menée à l'initiative de l'Etat par le préfet de département.

127. Les arrêtés de protection de biotope permettent aux préfets de département de fixer les mesures tendant à favoriser, sur tout ou partie du territoire, la conservation des biotopes nécessaires à l'alimentation, à la reproduction, au repos ou à la survie d'espèces protégées.

128. La procédure d'institution d'une protection de biotope ne nécessite pas d'enquête publique et peut être rapide à mettre en place si elle ne rencontre pas d'opposition manifeste. Elle permet d'adapter le règlement à chaque situation particulière. L'effet du classement suit le territoire concerné en quelques mains qu'il passe. Des arrêtés modificatifs peuvent être pris pour adapter la protection à la modification de l'environnement comme l'apparition de nouvelles menaces ou l'évolution de l'intérêt biologique.

129. Si aucune gestion n'est prévue dans le cadre d'un arrêté de biotope, il est souvent constitué un comité scientifique ou consultatif de suivi avec plusieurs partenaires dont la direction régionale de l'environnement, les associations et les communes concernées.

Partie II STRUCTURES ORIGINALES

130. La récente introduction de la fiducie en droit français laisse entrevoir des perspectives intéressantes en droit public. Il est à noter qu'à l'heure actuelle, la fiducie ne concerne que le droit privé et que le texte n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie.

Chapitre 1 LA FIDUCIE

131. Attendue depuis longue date, l'introduction en droit français d'un instrument juridique dont disposent de nombreux pays, à savoir la fiducie (équivalent au trust des pays anglo-saxons), a eu lieu avec la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. La fiducie est ainsi définie aux articles 2011 et suivants du code civil comme étant "l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires".

132. Cette opération a les effets d'un transfert de propriété limité dans le temps et dans l'usage.

133. La fiducie peut être établie par la loi ou par contrat, elle doit être expresse.

134. L'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie a permis d'assurer la protection des personnes physiques en imposant le recours à un acte notarié lorsque la fiducie porte sur un bien commun ou indivis. La réforme exige aussi que des mentions obligatoires supplémentaires soient insérées dans le contrat de fiducie, afin de garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de la portée de son engagement et, d'autre part, de s'assurer que si le constituant n'exécute pas son obligation, le bénéficiaire de la fiducie ne pourra conserver un bien dont la valeur est supérieure à la créance garantie sans indemniser le constituant.

135. Toute personne physique et morale, quel que soit son régime fiscal, peut constituer fiducie. Ainsi peuvent avoir la qualité de fiduciaires, outre les établissements de crédit, le Trésor public, la Banque de France, la Poste, l'institut d'émission des DOM,

l'institut d'émission d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations, les entreprises d'investissement ainsi que les entreprises d'assurance, également les avocats. Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

136. Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

137. Le contrat doit déterminer, à peine de nullité²⁰ :

- les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
- l'identité du ou des constituants ;
- l'identité du ou des fiduciaires ;
- l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;
- la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

138. Par ailleurs, la durée maximale est désormais de 99 années.

139. Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

140. La fiducie en tant que régime volontaire et contractuel, permet à toute une série de catégories de personnes d'être déchargée de la gestion de biens, tout en les attribuant à une personne de confiance (le fiduciaire) qui doit les gérer avec loyauté et attention (ou diligence) pour leur bénéfice.

141. Globalement, la fiducie permet soit de faire gérer des biens dans un objectif déterminé (fiducie-gestion), soit de constituer avec certains biens une garantie au profit d'un de ses créanciers (fiducie-sûreté), soit de transmettre un patrimoine (fiducie-

²⁰ Article 2018 du Code civil.

transmission). Dans ce dernier cas, toutefois, est prohibée la fiducie libéralité, c'est-à-dire la fiducie qui aurait pour finalité le transfert à titre gratuit, au terme d'une durée déterminée, des biens affectés à un ou plusieurs bénéficiaires.

142. Les éléments d'actifs et de passif qui sont transférés au fiduciaire forment un patrimoine d'affectation dit "patrimoine fiduciaire". Lors des débats au Sénat, il a bien été précisé que les biens remis en fiducie formeront un patrimoine autonome, qui ne sera plus celui du constituant, mais qui ne s'intégrera pas non plus à celui du fiduciaire. Dès lors, les procédures collectives qui pourraient être ouvertes au bénéfice du constituant ou du fiduciaire n'affecteront pas les biens remis en fiducie. En principe, et sauf dispositions contraires de la convention de fiducie qui peuvent mettre à la charge du fiduciaire tout ou partie de la charge du passif fiduciaire, le droit de poursuite des créanciers se trouve limité au seul patrimoine fiduciaire.

Chapitre 2 LE TRUST PUBLIC

143. L'introduction de la fiducie en droit français entraîne la remise en cause de certains postulats du droit de la propriété en France et facilite ainsi la mise en place d'un concept équivalent en droit public.

144. La création d'un concept proche du **trust** dans le cadre de la gestion domaniale publique autoriserait la mise en place de mécanismes permettant la prise en compte de la réalité de la relation entre les personnes et les biens. En effet, il serait ainsi possible de remettre la population au centre de la gestion domaniale en lui accordant la place du bénéficiaire. L'administration serait bien entendu le constituant et un groupe constitué sous une forme quelconque dotée de la personnalité morale (association, tribu, GDPL ou toute autre forme adéquate) à qui une partie des droits inhérents à la propriété sont transférés afin de lui permettre de gérer les biens dans l'intérêt général aurait la qualité de fiduciaire. La relation entre l'administration et la personne privée serait fondée sur l'obligation de prendre en compte l'intérêt général dans la gestion du bien. Tout manquement à cette obligation entraînerait la résiliation de la convention. En conséquence, l'administration se verrait retransférer les droits réels détenus par le fiduciaire.

145. Les bases de la fiducie reposent sur la loyauté, la fidélité et la propriété. Les fiduciaires sont soumis à un certain nombre d'obligations astreignantes, l'imposition desquelles permet de garantir une plus grande protection des bénéficiaires contre les agissements du fiduciaire. Leur but est d'obliger ce dernier à agir systématiquement dans l'intérêt des bénéficiaires, donc dans l'intérêt général.

146. Une telle possibilité est fondamentalement différente de la relation s'instaurant dans le cadre d'une occupation privative du domaine public ou une concession de service public, dans la mesure où la personne privée, qu'elle soit physique ou morale, se voit conférer automatiquement des droits réels étendus sur le domaine public. La transmission des droits réels sur le bien est effective mais reste soumise à une clause résolutoire, dans l'hypothèse où le fiduciaire ne respecterait pas l'affectation du bien ou les clauses du contrat.

147. Dans ce cadre, la doctrine propose également de modifier l'appréhension du concept d'intérêt général ou d'intérêt public dans une conception qui accepte une participation du public dans la gestion des biens et services publics. Cela passe par la notion d'intérêt commun. L'intérêt commun, au contraire de l'intérêt général qui est la base du concept juridique de l'État-nation, est en réalité un intérêt général qui n'est pas rendu abstrait dans le contrôle de l'État mais plutôt réapproprié par les individus qui coopèrent dans la production politique et sociale ; c'est un intérêt public qui n'est pas cantonné dans les mains de l'administration mais géré démocratiquement par la population.

148. Cette conception des choses publiques diverge fondamentalement de la tradition jacobine française mais permettrait de répondre aux revendications actuelles de la population pour une participation active à la prise de décision, ainsi qu'à la demande pour un environnement sain. En effet, la conception des biens et des services publics a été développée à la lumière d'une théorie juridique qui considère le domaine public comme patrimoine de l'État et le principe de l'intérêt général comme un attribut de souveraineté. La remise en cause d'une telle perception est reflétée par la revendication participative actuelle de la population.

149. Une volonté politique conjointe des autorités publiques et des tribunaux suffirait pour permettre la transposition d'une telle doctrine en France. Bien sûr, une autorité de contrôle de la bonne gestion des biens mis en trust serait nécessaire et il faudrait d'une part, lui octroyer une indépendance certaine, d'autant plus importante qu'elle aura

notamment à gérer des litiges avec les personnes publiques et d'autre part, la spécialiser dans son rôle.

CONCLUSION

150. Le recours, en France, à des structures de droit privé pour la gestion des aires marines protégées reste marginal. Le caractère public du domaine maritime rattache intrinsèquement ce dernier aux pouvoirs publics, pleinement responsables de son devenir. Tout en impliquant concrètement et activement les acteurs locaux, les autorités administratives doivent ainsi rester les « maîtres du jeu » pour orienter stratégiquement la gestion du DPM. En droit français, les structures de droit privé pouvant potentiellement intervenir dans le domaine de l'environnement et accueillir aussi bien des collectivités que des partenaires privés posent le problème de leur indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Ces derniers, au regard du droit, ne peuvent pas utiliser ces structures pour contourner certaines règles publiques contraignantes.

151. Seule la gestion de l'environnement terrestre fait appel plus fréquemment à des structures privées, principalement des associations. Ces associations se voient alors confier, conformément au cadre légal et réglementaire, un réel pouvoir de gestion et une forte responsabilité en matière de conservation et de protection des sites naturels concernés. Le dispositif organisationnel et fonctionnel assez rigide d'une association (conseil d'administration, assemblée générale, système de vote...) est notamment justifié par les prérogatives qui lui sont attribuées.

152. Les structures de droit public semblent ainsi plus adaptées aux enjeux de gestion du DPM.

153. Ces personnalités juridiques, principalement incarnées par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les GIP, se caractérisent néanmoins par une grande lourdeur en termes d'administration et d'organisation, incompatible avec la dimension très légère des comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie.

154. L'ensemble de ces structures, de droit privé ou de droit public, repose notamment sur des modalités de fonctionnement permettant difficilement au processus coutumier de prise de décision de suivre son cours. Les processus décisionnels sur le milieu marin sont variés selon la configuration sociale coutumière mais suivent globalement toujours le même principe : des personnes compétentes sur une zone ou sur un domaine particulier émettent des recommandations ou des interdictions, les groupes de la communauté en sont informés et peuvent éventuellement les discuter, la

décision finale est ensuite prise collectivement au consensus et devient exécutive lorsque le chef en a pris acte, cela à l'échelle du clan, de la tribu ou de la chefferie. Le système de vote, souvent à la majorité, mis en avant par les structures juridiques classiques de droit privé ou de droit public, ne dispose pas de la souplesse nécessaire pour accompagner ce mode coutumier de prise de décision.

155. Le GDPL, proposé par le corpus juridique de Nouvelle-Calédonie, pourrait être un outil original et intéressant permettant de garantir une prise en considération concrète de l'ensemble des modalités de fonctionnement coutumières.

156. Par ailleurs, les organes consultatifs auxquels les pouvoirs publics ont de plus en plus recours, par choix stratégique ou par obligation juridique, permettent de concilier les enjeux de gestion liés à la nature même du DPM et la nécessaire participation des acteurs dans toute leur diversité. Ces comités consultatifs, de par leur rôle consultatif, n'ont logiquement pas de personnalité juridique. Leur statut est donc extrêmement souple. Leurs attributions peuvent varier, allant de la réalisation du plan de gestion à la possibilité de se prononcer sur certaines questions dans le cadre d'une procédure d'avis conforme en passant par le renforcement de la concertation entre les acteurs parties prenantes et l'harmonisation des divers intérêts en présence. Cette souplesse permet de s'adapter à certaines réalités locales. L'existence de ces organes est complémentaire de celle de l'organe décisionnel. Ils visent en effet à assurer la participation d'intérêts particuliers dans des domaines spécialisés et peu représentés au sein des conseils d'administration.

157. Les comités locaux de gestion de Nouvelle-Calédonie doivent être impérativement au cœur du processus d'élaboration des plans de gestion des espaces lagonnaires concernés. Ces plans de gestion, tout en poursuivant des objectifs de développement durable, doivent être le reflet fidèle de la vie des gens vivant sur place (les gens du lieu). Ce rôle crucial de définition et d'orientation des mesures de gestion, de protection et d'organisation de l'espace peut être assumé par un comité de gestion consultatif sans personnalité juridique. Les codes provinciaux de l'environnement²¹ permettent de suivre cette direction en prévoyant la possibilité de créer un comité de gestion rattaché à l'une des catégories d'aires naturelles protégées et dont la composition et les attributions peuvent être fixées, selon le contexte, et donc de manière

²¹ Article 213-7 du Code de l'environnement de la province Nord et article 211-6 du Code de l'environnement de la province Sud.

adaptée, par l'assemblée de province. Ce comité, pourtant non doté de la personnalité juridique, est cependant en mesure de jouer pleinement le rôle qui lui revient, en accord avec les attentes des acteurs locaux. La mise en œuvre des plans de gestion, indissociable d'un dispositif humain et matériel conséquent, exige une capacité et une efficacité de gestion et d'organisation qui ne peut qu'être assumée par une structure ou un organisme très opérationnel.

VOLET 2

OUTILS JURIDIQUES DE FORMALISATION DES DROITS D'USAGES TRADITIONNELS

SUR LE DOMAINE MARIN

Carine DAVID

Maître de conférences en droit public

Université de la Nouvelle-Calédonie

Guillaume ZAMBRANO

Doctorant

Stagiaire au LARJE – Université de la Nouvelle-Calédonie

Raphaël CASADO

Etudiant de Master 2

Stagiaire au LARJE – Université de la Nouvelle-Calédonie

1. L'expérience acquise dans le cadre du projet COGERON a montré l'intérêt d'examiner les outils juridiques permettant la formalisation des usages traditionnels des ressources marines sur la zone VKP. L'objet de ce premier volet du rapport est donc de présenter un cadre juridique pour une telle formalisation, la question de l'exclusivité des zones de pêche ayant émergé en tant qu'enjeu de gestion dont il fallait tenir compte. Il apparaît en effet que certaines zones font l'objet d'un consensus informel en réservant l'usage à des communautés identifiées. Cette situation pourrait toutefois évoluer sous la pression du développement économique de la zone VKP et l'arrivée de nouveaux pêcheurs.

2. La question s'est donc posée de savoir si les zones de pêche exclusives existantes sur cette zone pouvaient faire l'objet d'une reconnaissance légale, dans l'hypothèse où la Province Nord souhaiterait s'engager dans une telle voie.

3. Les participants du programme COGERON ont souhaité disposer d'éléments juridiques afin de déterminer les modalités envisageables pour la formalisation des usages. Le présent rapport constitue la réponse aux interrogations soulevées.

4. L'étude a été menée en trois temps. Elle a tout d'abord consisté en une analyse de droit comparé prenant comme critère la présence d'une population autochtone, porteuse d'une revendication d'exclusivité sur la zone de pêche dont elle a habituellement l'usage (**Partie I**). Il a ensuite été nécessaire d'évaluer la possibilité de transposer les solutions étrangères en droit français, et plus particulièrement dans le contexte particulier de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que leur compatibilité avec le droit international a été évaluée (**Partie II**).

5. Il apparaît clairement à l'issue de cette étude que l'objectif de régulation des conflits d'usages et de formalisation des usages traditionnels, s'il devait s'avérer nécessaire, pourrait être le mieux atteint dans le cadre d'une Aire Marine Protégée. La création d'un parc marin autorisant l'usage traditionnel des ressources marines peut être menée dans le cadre d'une Aire de Gestion Durable (Cat. VI UICN). La catégorie VI de l'UICN correspond au classement en « Aires de gestion durable » de l'art. 212-6 CEPN. L'article 212-6 CEPN définit les aires de gestion durable comme « *une zone naturelle gérée afin d'assurer la protection à long terme de la diversité biologique et le maintien de la production de biens et/ou de services naturels satisfaisants les besoins de la population.* » La catégorie VI apparaît la plus ouverte car fondée sur l'exploitation

humaine des ressources en tant que moyen de la conservation. Mais ce n'est évidemment pas la seule catégorie disponible. Un parc marin sur la zone VKP peut panacher des zones de différentes catégories en fonction des objectifs poursuivis pour chaque zone. Le caractère flexible et malléable des règles du Code de l'Environnement en matière d'ANP apparaît adapté à la formalisation des usages traditionnels sur le lagon.

PARTIE I – LA FORMALISATION DES USAGES, UNE SOLUTION SOUHAITABLE AU REGARD DU DROIT COMPARE

6. L'analyse comparée a porté sur plusieurs pays qui ont apporté, de longue date, des solutions à la question de la formalisation des usages autochtones sur le domaine public maritime, à savoir l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les Etats-Unis et le Canada.

7. Un des enseignements essentiels de l'étude comparée réside dans la constatation que les solutions préconisées dans ces pays ne tendent pas vers un transfert du droit de propriété mais plutôt vers la reconnaissance, la préservation des droits d'usage élargis, voire exclusifs, au profit des communautés autochtones, et ce, par le biais de la mise en place d'aires marines protégées.

Chapitre 1 LA RECONNAISSANCE DE DROITS D'USAGES EXCLUSIFS

8. De manière générale, une comparaison des solutions apportées à la question des droits d'usages traditionnels sur le domaine marin dans les systèmes de Common Law (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande ou encore Etats-Unis) montre des convergences.

9. Ainsi, le domaine marin n'est jamais attribué en propriété à des communautés traditionnelles. La solution se tourne plutôt vers la reconnaissance des usages traditionnels et vers leur formalisation juridique, le plus souvent sous la forme d'un titre autochtone.

10. En Common Law, le titre autochtone sur la terre peut avoir plusieurs sources. La première est la reconnaissance par la Common law de l'occupation et de la possession exclusive en tant que source de droit²². Cette occupation peut être renforcée par une seconde source, l'existence d'un titre dans le droit autochtone lui-même antérieurement

²² En ce sens Cour suprême du Canada, *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313.

à la colonisation. Enfin, le titre autochtone peut découler d'un acte juridique accordant des droits aux populations autochtones postérieurement à la déclaration de souveraineté britannique²³. Ces différentes sources ont en commun d'accorder une part importante à l'occupation historique du territoire par les populations autochtones.

11. Autre convergence entre les pays étudiés, **un droit d'usage traditionnel exclusif n'est en théorie jamais reconnu sur le domaine maritime**. Seuls des droits d'usages non-exclusifs existent sur le domaine marin, en vertu du principe général selon laquelle la mer est libre. **En pratique, néanmoins, la reconnaissance d'un droit non-exclusif au profit de communautés traditionnelles doit se lire en combinaison avec les restrictions générales d'usages existant sur certaines zones marines protégées**. La combinaison entre le droit traditionnel non-exclusif et une restriction d'accès à des fins de protection emporte le même effet que la reconnaissance d'un droit réel au profit des communautés traditionnelles leur permettant d'exclure les tiers. En droit comparé, les conflits d'usage sur le domaine marin entre usagers traditionnels et les autres usagers trouvent donc leur solution dans la négociation et l'aménagement de règles de gestion de zones marines protégées. La non-reconnaissance de droits exclusifs s'explique principalement par les enjeux symboliques et politiques attachés aux revendications autochtones. Toutefois, le principe même de la reconnaissance de droits traditionnels sur la mer n'a d'intérêt pratique que dans une perspective de réservation de certaines zones marines au profit de communautés traditionnelles. La mer étant libre d'accès, un droit d'usage non-exclusif n'a que peu de portée pratique et ne fait que consacrer symboliquement un droit déjà existant.

12. La protection des usages traditionnels sur le domaine marin est souvent obtenue par le recours à un **droit réel *sui generis***. Le titre conféré ne s'apparente toutefois pas à un droit de propriété ou un usufruit de droit commun. Qu'il s'agisse d'un titre privé collectif ou d'un titre public fiduciaire, les caractéristiques ne correspondent que superficiellement aux qualités ordinaires d'un droit réel. Droit d'accès, droit d'usage, droit d'occupation, ces catégories classiques, s'accordent mal avec les droits coutumiers qu'elles sont censées traduire et avec la réalité des équilibres sociaux et politiques qui structurent la protection des usages traditionnels. La notion de droit réel ne suffit pas à décrire complètement la substance du titre autochtone. Le caractère réel des droits

²³ En ce sens, Judicial Committee of the Privy Council, *St Catherine's Milling & Lumber Co* (1888), qui considère que les droits fonciers autochtones sont issus de la proclamation royale de souveraineté de 1763 et les traités postérieurs d'acquisition des terres.

reconnus est contestable et s'apparente davantage à un droit de participer à l'administration du bien, qui est l'essence même du trust.

13. **L'inadaptation de la notion de droit réel pour la protection des usages traditionnels.** Le recours à la propriété privée suppose la création de personnes morales de droit privé détentrice du titre aborigène. Le titre aborigène s'apparente à un droit réel de propriété en ce qu'il permet d'exclure les prétentions des usagers concurrents. Il s'agit néanmoins d'un droit foncier *sui generis* largement dérogoire au droit commun : droit personnel plutôt que réel, droit collectif et non individuel, droit d'usufruit inaliénable. Cette solution présente l'avantage d'acclimater dans le droit civil occidental, les spécificités de la propriété telle qu'elle est pensée par les peuples autochtones.

14. Le caractère dérogoire du droit commun génère toutefois de fortes tensions liées à un sentiment de rupture d'égalité (cf *infra* Partie II). Le titre aborigène privé génère un droit communautaire qui opère une forme de discrimination positive. En outre, la concurrence avec le droit de propriété de droit commun génère une insécurité juridique pour les personnes privées. Par ailleurs, l'articulation avec la propriété coutumière reste floue, principalement du fait que le lien entre domanialité publique et propriété coutumière n'a pas été clairement défini.

15. Dérogoire au droit commun, le titre aborigène se rapproche plus naturellement de la propriété publique, inaliénable et collective par nature. Le recours à la propriété publique permet de faire l'économie de la création d'un titre privé *sui generis* dérogoire du droit commun, en logeant le titre dans la personne morale de l'Etat. Le débat sur l'identité du titulaire collectif se déplace vers l'identité de l'autorité réglementaire.

16. Par ailleurs, la préservation des droits d'usage sur les ressources marines s'exprime couramment sous la forme de réservations de quotas de pêche. A défaut de réservation de territoires, la protection des usages traditionnels peut en effet être assurée sous forme de garantie des usages. L'usage et la jouissance de ressources marines peuvent être sanctionnés par la délivrance de permis de pêche et l'octroi de quotas réservés aux membres de communautés traditionnelles. Cette dernière technique est très courante et permet de ménager un équilibre raisonnable entre les divers usagers. La délivrance de permis et de quotas est une forme de discrimination positive. C'est également un élément important pour le développement économique des

communautés traditionnelles par le financement de pêcheries. Transposé à la Nouvelle-Calédonie, une telle politique de quota pourrait aisément être conçu comme entrant dans le champ des politiques publiques de rééquilibrage, décidées par l'Accord de Nouméa (*Cf infra* Partie II).

17. A cet égard, les Etats-Unis d'Amérique offre un bon exemple de ce type de mécanisme. Le titre aborigène y est reconnu depuis 1823²⁴. Le principe fondamental définissant le statut des Nations Indiennes dans le système juridique des Etats-Unis est celui d'une relation entre nations souveraines. La Constitution²⁵ investit le pouvoir exécutif de la compétence pour engager des relations avec les tribus indiennes. La Cour Suprême a établi sur cette base le principe « *government-to-government* » en vertu duquel les tribus indiennes disposent de la souveraineté et détiennent un droit inhérent à l'autodétermination²⁶. Les tribus doivent être consultées pour tout acte fédéral qui les affecte directement. Le droit des Native Americans est ainsi principalement fondé sur les traités conclus entre 1778 et 1871²⁷. Les traités sont qualifiés de « *contrats entre Nations* ». Ces traités garantissent des droits, notamment le droit de chasser, pêcher²⁸ et l'accès aux sites sacrés. Plus récemment, en 1971, une loi concernant l'Alaska²⁹ a transformé les titres aborigènes en droit de propriété simple, accordé des compensations et reconnu les droits coutumiers pour pratiquer des activités traditionnelles de subsistance.

18. Mais c'est surtout la jurisprudence américaine des années 70 qui a permis l'affirmation des droits de pêche. Dans une première affaire concernant les droits de pêche sur la Columbia River³⁰, le juge Belloni a considéré que les traités historiques

²⁴ Cour Suprême des Etats-Unis, *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823) : The Discovery Doctrine consisted of two key elements: First, European nations assumed free title to lands they "discovered"; Native Americans on those lands, according to this doctrine, retained the right of occupancy (like tenants in an apartment building), but had never really been considered "owners" of the land. ("Discovery is the foundation of title, in European nations, and this overlooks all proprietary rights in the natives.") Second, the doctrine established a restriction on alienability of the tribes' occupancy rights, which meant that tribes could sell their limited rights of occupancy only to the discovering sovereign. Lire : Lindsay G. Robertson, « *Conquest by Law: How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands* », Oxford University Press, USA, 2005.

²⁵ U.S. Constitution, article 1er Section 8. Les Etats fédérés ne détiennent aucune autorité sur les Nations indiennes.

²⁶ Cf. Chief Justice Marshall, in. Cour Suprême des Etats-Unis *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831) : inherent powers of self-government.

²⁷ On dénombre 370 traités ratifiés par le Congrès. V. Kappler, *Compilation des traités*, vol. II, 1904. <http://digital.library.okstate.edu/Kappler/Vol2/Toc.htm>

²⁸ Par exemple : Treaty of Medicine Creek (1854) : « *The right of taking fish, at all usual and accustomed grounds and stations, is further secured to said Indians in common with all citizens of the Territory.* »

²⁹ Alaska Native Claims Settlement Act.

³⁰ US, Federal Court, *United States v. Oregon et Sohapp v. Smith* (302 F. Supp. 899) 1969.

conclus avec les tribus indiennes avaient réservé leurs droits d'usage traditionnels. Selon cet arrêt de 1969, les traités de 1855 constituent une limite pour l'exercice du pouvoir de police réglementaire par les autorités. Il en résulte que les tribus indiennes ont conservé le droit de pêcher à tous les endroits « *usuels et accoutumés* »³¹, **y compris les zones faisant partie d'une réserve naturelle protégée**. Une limitation réglementaire des droits traditionnels de pêche est néanmoins concevable si elle satisfait certains critères : non discrimination à l'égard des tribus indiennes, proportionnalité (les restrictions doivent être raisonnables et strictement nécessaires dans un but de conservation), droit à une « part juste et équitable »³² des quotas de limite des prises réservé aux tribus indiennes³³.

19. Une solution similaire s'est mise en place au Canada, concernant plus précisément la pêche marine. Le Canada a ainsi créé un « **permis de pêche communautaire** » suite à une série de décisions jurisprudentielles reconnaissant le droit des peuples autochtones de jouir des ressources naturelles traditionnellement utilisées. Les droits d'usage traditionnels des ressources par les populations autochtones bénéficient d'une garantie constitutionnelle depuis 1982.

20. L'Europe s'est engagée sur la même voie. Une communication de la Commission européenne de novembre 2008 sur l'Arctique affirme en matière de pêche que « *le principal objectif de l'UE consiste à garantir l'exploitation des ressources de pêche de l'Arctique à des niveaux supportables tout en respectant les droits des communautés côtières locales* »³⁴. Notamment, s'agissant des communautés autochtones, la Commission déclare que « *la chasse aux mammifères marins est essentielle pour la*

³¹ « all usual and accustomed » places...

³² « fair and equitable share »

³³ La condition de la « *part juste et équitable* » a été précisée ultérieurement par un arrêt rendu en 1974 par le juge Boldt (US. Federal Court, United States v. Washington (384 F. Supp. 312), « the Boldt Decision » 1974. Cet arrêt est désigné généralement comme l'arrêt Boldt. Son retentissement a été tel qu'il est considéré comme un des deux ou trois arrêts les plus importants en matière de droit des Premières Nations aux Etats-Unis. Lire : Tizon Alex, 25 years after the Boldt Decision: The fish tale that changed history, Seattle Times, February 7, 1999 ; SCHATZ BRIAN E., FISHING FOR A RULE IN A SEA OF STANDARDS: A THEORETICAL JUSTIFICATION FOR THE BOLDT DECISION, N.Y.U. Annual Survey of American Law, 2006–2007 ; Blumm, Michael C. and Steadman, Jane, Indian Treaty Fishing Rights and Habitat Protection: The Martinez Decision Supplies a Resounding Judicial Reaffirmation, (March 9, 2009). Natural Resources Journal, Vol. 49, 2009; Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-8. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1356223>. La décision a eu un énorme retentissement. Selon cet arrêt, la part juste et équitable représente la moitié des quotas de saumons disponibles à la pêche. La règle des 50% a par la suite été reprise par le juge Belloni dans l'affaire de la Columbia River et confirmée par la Cour Suprême. L'octroi de 50% des quotas est justifié par le fait que la pêche du saumon est un élément central du « *mode de vie* » indien et la condition *sine qua non* de la signature des traités de dévolution territoriale conclus par les tribus indiennes (Blumm & Steadman, 2009).

³⁴ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN L'UNION EUROPÉENNE ET LA RÉGION ARCTIQUE, COM(2008) 763 final.

subsistance des populations arctiques depuis les temps préhistoriques et le droit de maintenir leur mode de subsistance traditionnel est clairement reconnu. » Les droits traditionnels des populations arctiques sont ainsi préservés.

21. L'aspect le plus spectaculaire de la protection des droits d'usages traditionnels réside dans le fait qu'elle constitue un principe de niveau égal aux principes de protection environnementale. Il en résulte que les restrictions générales aux droits de pêche par la mise en place notamment de quotas ne font pas automatiquement disparaître les droits des communautés traditionnelles. Protection des droits d'usages traditionnels et protection environnementale doivent être mis en balance. La protection environnementale n'a pas la prééminence sur la protection culturelle des peuples autochtones. Une bonne illustration de cette logique peut être fournie par la réglementation de la pêche baleinière dans le cadre de la Commission Baleinière Internationale (CBI).

22. La chasse à la baleine est une activité extrêmement surveillée. La baleine est une espèce protégée. Plusieurs espèces sont classées en danger d'extinction par l'UICN. Pourtant, les droits de chasse des peuples qui pratiquent traditionnellement cette activité n'ont jamais été mis en cause. La CBI a créé en 1981 un «permis autochtone pour la chasse baleinière de subsistance»³⁵. Depuis 1985, la CBI estime que le nombre de prises s'élève au chiffre considérable de 7845 dans le cadre de ce permis autochtone³⁶.

³⁵ chasse à des fins de consommation autochtone locale, et menée par ou au nom de peuples aborigènes, indigènes ou autochtones qui partagent des liens communautaires, familiaux, sociaux et culturels forts en lien avec une dépendance traditionnelle à la chasse baleinière et à l'exploitation des baleines.

³⁶ Source : ABORIGINAL SUBSISTENCE WHALING CATCHES SINCE 1985, disponible à l'adresse : www.iwcoffice.org

Chapitre 2 L'UTILISATION DES AMP EN TANT QU'OUTILS DE RESERVATION

23. On l'a évoqué, les revendications autochtones d'exclusivité sur leurs territoires marins traditionnels se heurtent au principe de liberté de la mer. La mer est un bien commun (*res communis*) insusceptible d'appropriation privée. La notion juridique occidentale de propriété apparaît ainsi mal adaptée pour traduire le lien unissant les peuples autochtones à la mer. On l'a vu, de manière générale, les Etats ne renoncent pas à la souveraineté qu'ils détiennent sur l'espace maritime. La permanence de la souveraineté étatique sur le domaine marin face à des revendications territoriales autochtones est bien illustrée par la réaction de la Nouvelle-Zélande, de l'Australie et du Canada.

24. Ainsi, l'Australie a développé depuis une quinzaine d'années, la notion de Native Title [Titre Aborigène]. La Cour Suprême australienne a confirmé en 2002 la possibilité pour les communautés aborigènes de se voir reconnaître un titre aborigène sur le domaine marin. Le titre aborigène pourrait s'apparenter à un droit de propriété en ce qu'il comporte un droit d'accès, de circulation, d'usage et de jouissance. L'apparente similarité entre un titre aborigène et un droit de propriété n'est toutefois que superficielle dans la mesure où ce titre n'est jamais exclusif lorsqu'il est déclaré sur un espace maritime. Bien qu'étant allée très loin dans la satisfaction des revendications territoriales autochtones terrestre, l'Australie a maintenu une stricte non-exclusivité sur le domaine marin. La situation est identique au Canada. Les droits des Premières Nations sur leurs territoires sont reconnus constitutionnellement depuis 1982. Les droits de peuples autochtones à l'usage des ressources marines dont ils dépendent pour assurer leur mode de vie est protégé. Pourtant, le préambule de la loi canadienne sur les océans dispose en son alinéa premier que les océans font partie du « patrimoine de tous les canadiens »³⁷, réaffirmant ainsi le principe de liberté de la mer. Même dans ces pays très innovants en matière de protection des peuples autochtones, et qui se sont dotés de mécanismes juridiques très complexes en vue de la formalisation dans l'ordre juridique des usages traditionnels, la souveraineté étatique sur la mer n'est pas abandonnée au profit d'un droit de propriété privée.

³⁷ Loi sur les Océans (1996, ch. 31)

25. La notion de droit de propriété est en fait très inadaptée pour décrire les mécanismes de protection territoriale des espaces marins traditionnellement occupés par des communautés traditionnelles. L'absence de reconnaissance d'un droit réel de propriété privée ne signifie pas, toutefois, l'absence de mécanismes de réservation de l'espace. L'exclusivité contre les tiers qui est obtenue par l'effet de la propriété peut être également obtenue par l'effet de règles de police maritime restreignant l'accès des tiers à certaines zones, principalement par la création de réserves naturelles et aires marines protégées. La réservation de territoires marins au profit de communautés traditionnelles par le recours à la création d'une aire marine protégée est conforme aux lignes directrices édictées par l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN). L'UICN a adopté en 1996 des principes concernant les peuples autochtones et les aires protégées³⁸. Le principe n°2 des lignes directrices UICN dispose que « *les accords conclus [...] pour la création et la gestion de zones protégées touchant leur terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources doivent être fondés sur le plein respect de leurs terres, territoires, eaux, mers côtières et autres ressources.* » Plusieurs cas illustrent la complémentarité entre Aires Marines Protégées et droits des peuples autochtones à la protection de leur territoire marin.

26. Le Parc Marin de la Grande Barrière de Corail en Australie (GBRMP) en offre une bonne illustration. Plus de 70 communautés aborigènes vivent au sein du parc. Le plan de zonage de 2003 délimite plusieurs zones d'accès et d'usage plus ou moins restreint. Les communautés aborigènes jouissent d'une dérogation générale aux restrictions d'accès applicables aux allochtones. *De facto*, certaines zones du GBRMP leur sont pratiquement réservées. **L'avantage de cette formule est de préserver les droits des autochtones sans renoncement à la souveraineté étatique sur la zone marine.**

27. Le Canada a adopté en 2002 un nouveau cadre législatif pour la création des aires marines protégées qui tient compte des développements jurisprudentiels de la Cour Suprême en matière de droits de pêche traditionnels au profit des Premières Nations. Selon la loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada, les territoires revendiqués au titre des droits ancestraux qui sont compris dans un projet d'aire marine

³⁸ PRINCIPES ET LIGNES DIRECTRICES SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES ET TRADITIONNELS ET LES AIRES PROTEGEES, UICN - Union mondiale pour la nature / CMAP - Commission mondiale des aires protégées, WWF - Fonds mondial pour la nature, Résolution 1.53 du Congrès mondial de la nature (CMN), Montréal, 1996.

sont mis en réserve³⁹. Les mécanismes de satisfaction des revendications territoriales mis en place par le Canada ne s'appliquent pas aux revendications sur le domaine marin. La mer fait l'objet d'un traitement à part, qui se résout, en dernière hypothèse, par une mise en réserve.

28. La situation en Nouvelle-Zélande depuis une dizaine d'années est assez symptomatique. En réaction à un arrêt de la Court of Appeal du 19 juin 2003⁴⁰ reconnaissant la possibilité pour les communautés maoris de revendiquer des zones marines sur lesquelles elles pouvaient prouver une occupation continue, une loi de 2004 est venue garantir le caractère public des espaces marins contre d'éventuelles revendications Maoris.

29. L'adoption de cette loi a provoqué une grave crise politique entre la communauté maorie et l'Etat néo-zélandais. En 2006, l'ONU avait appelé à une modification de la loi afin que les droits des Maoris soient restaurés. En 2010, le gouvernement conservateur a modifié la législation, celle-ci prévoyant désormais que personne ne détient de droit de propriété sur le littoral mais que tout le monde dispose d'un droit d'usage. Le littoral est ainsi qualifié de « domaine public ». Cette appellation doit toutefois être entendue au sens de la *res communis*, sans lien avec la signification de cette même notion en droit français, laquelle implique une propriété de l'Etat. Cette loi restaure donc le droit pour les Maoris de demander à un tribunal de reconnaître un droit coutumier sur des zones littorales mais met un coup d'arrêt à toute reconnaissance légale d'un quelconque droit de propriété. Elle permet à la fois un libre accès du public au littoral et une reconnaissance de droits coutumiers.

30. Cette même tendance peut être relevée en Afrique de l'Ouest. En Mauritanie, le Parc National du Banc d'Arguin a été créé en 1976, en tant qu'Établissement Public à Caractère Administratif (EPA) par Décret présidentiel. Il est inscrit au patrimoine mondial, depuis 1989. La zone est également protégée au titre de la Convention de RAMSAR depuis 1982. La Loi relative au Parc National du Banc d'Arguin votée en janvier

³⁹ Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada, 2002, ch. 18 C-7.3. Article 4§2. « Sont également constituées, aux fins énoncées au paragraphe (1), des réserves lorsqu'un peuple autochtone revendique des droits ancestraux sur tout ou partie du territoire d'un projet d'aire marine de conservation et que le gouvernement fédéral a accepté d'engager des négociations à cet égard. »

⁴⁰ Court of Appeal of New Zealand, 19 June 2003, Ngati Apa v Attorney-General [2003] NZCA 117 : « The transfer of sovereignty in 1840 did not also vest in the British Crown the full beneficial ownership of New Zealand. Customary rights continue to exist at common law as a burden on the Crown's radical title (or, per Gault P, the equivalent of radical title in the statutory context of Te Ture Whenua Maori Act 1993) until lawfully extinguished ».

2000⁴¹ attribue au Parc une double mission, protéger les écosystèmes d'une part, mais également « favoriser un développement harmonieux des populations résidentes utilisatrices des ressources naturelles du Parc [ainsi que] maintenir l'intégrité et la productivité des ressources naturelles du Banc d'Arguin ». Au sein du parc vit une faible population Imraguen, pour un total d'environ 1 500 personnes. En vertu de la réglementation du Parc, ils disposent d'un droit d'exploitation exclusif des ressources halieutiques⁴². La limite de ce type d'approche réside dans la continuité des efforts nécessaires pour la mise en place de structures de dialogues entre populations locales et administration. Dans le cas du banc d'Arguin, il apparaît que « *depuis 1998, l'instauration officielle des ateliers de concertation permet la participation directe des habitants au processus de décision. Ce progrès récent constitue une technique d'information et de consultation, dans le but de sensibiliser les habitants à la nécessité d'une utilisation rationnelle des ressources naturelles. La démarche ne franchit pas pour autant le cap d'une gestion décentralisée ou d'une volonté d'autonomisation des acteurs.* » (Cazalet, 2007). Il convient de ne pas sous-estimer le facteur temps. La réservation des territoires est un processus qui réclame un dialogue réel.

31. Ces différents exemples montrent que la protection des territoires traditionnels marins reçoit un traitement spécial. La réservation des espaces est opérée par le recours à la création d'aires marines protégées. Les revendications autochtones d'exclusivité sur les territoires marins ne sont pas satisfaites par l'attribution de droits de propriété. Le particularisme juridique du droit de la mer exclut le recours à des techniques de droit privé. La réservation de territoires traditionnels marins dans le cadre d'aires marines protégées offre une exclusivité de fait, équivalente à l'exclusivité obtenue par le recours à un droit de propriété, mais sans abandon de souveraineté et contrôle étatique.

⁴¹ Loi 2000-024 du 19 janvier 2000 relative au Parc National du Banc d'Arguin. <http://www.environnement.gov.mr>

⁴² L'utilisation des bateaux à moteur est interdite. Les Imraguen pratiquent une pêche traditionnelle au filet. Néanmoins, depuis le début des années 90, la forte rémunération de l'aileron de requin séché les a orienté vers la capture de sélaciens destinés principalement au marché asiatique, posant ainsi des problèmes de renouvellement des stocks. Le Parc s'est donc orienté vers une approche participative tendant à associer les Imraguen dans la préservation des écosystèmes et des ressources, et améliorer ainsi leurs conditions de vie.

Chapitre 3 LE MODELE DE LA COGESTION PARTICIPATIVE

32. Sur le domaine public maritime, la reconnaissance de droits d'accès et d'usage exclusifs sur un territoire traditionnel tend à échapper au paradigme du droit de propriété, au profit d'une approche participative. Les peuples autochtones disposent d'un droit de participer à la gestion des ressources marines qui découle du droit à l'autodétermination. Il implique l'obligation pour les Etats de recueillir le consentement préalable, libre et éclairé des populations autochtones pour toute décision affectant potentiellement leur mode de vie.

33. Le principe de participation se concrétise dans le modèle de la cogestion. La cogestion participative du domaine public maritime fournit un modèle global de résolution des conflits d'accès et d'usage, en dépassement d'une approche fondée sur la privatisation de l'espace public. La cogestion participative permet de concilier la satisfaction des demandes de reconnaissance de droits privatifs et la permanence du caractère public de l'espace maritime. **Les Aires Marines Protégées sont le cadre privilégié de mise en œuvre de la cogestion participative des territoires marins traditionnels.**

34. Le principe de participation possède un double aspect : il s'agit à la fois d'une nécessité juridique au regard du respect des droits des peuples autochtones et de la lutte contre les discriminations, et à la fois un des principes cardinaux du droit de l'environnement. Le droit de participer à la gestion des ressources naturelles est devenu un standard du droit international. Ce nouveau standard est issu de la conjugaison du droit à l'autodétermination des peuples autochtones et du droit de l'environnement. En ce sens, les recommandations du 5ème Congrès international sur les aires protégées organisé par l'IUCN (World Parks Congress)⁴³ ont mis l'accent sur la nécessité d'impliquer davantage les populations autochtones dans la gestion des parcs, selon une approche de conservation communautaire (Community Conserved Areas). Similairement, la participation libre et éclairée des peuples traditionnels au processus décisionnels qui les affectent est devenu le principe clé de la politique de développement européenne.

⁴³ 5th World Parks Congress, Durban, 2003.

35. Le principe de participation opère une convergence des objectifs entre préoccupations sociales en faveur des peuples autochtones et préoccupations environnementales. Cette convergence peut être exprimée sous la forme d'un droit des peuples autochtones à un environnement sain. Comme le résume un auteur : « [La] participation [à la gestion des terres et des ressources naturelles] est le corollaire indissociable du droit des peuples autochtones et communautés locales à l'environnement : leur devoir de protéger et gérer durablement celui-ci » (Guignier, 2004).

36. D'un point de vue environnemental, les études en la matière soulignent les nombreux avantages d'une approche participative. Plus spécifiquement dans le domaine de la protection des récifs coralliens, une étude récente (McClanahan, Marnane, Cinner, & Kiene, 2006) retient que la création d'Aires Marines Protégées doit s'appuyer sur les communautés locales et les usages traditionnels, afin d'éviter la « polarisation » des conflits entre administration et population et une meilleure acceptation des objectifs de conservation. L'appui sur les communautés traditionnelles est un moyen d'assurer l'efficacité des mesures de protection⁴⁴. Selon la FAO, les systèmes fonciers coutumiers dans les Etats insulaires du Pacifique jouent un rôle de « pivot »⁴⁵ dans la mise en place d'une gestion participative des zones protégées (FAO, 2004).

37. Le modèle de cogestion implique la reconnaissance du double rôle environnemental et social des Aires Marines Protégées. Le modèle de cogestion amène en fait au dépassement de l'opposition entre production et conservation. Actuellement, les Aires Marines Protégées sont de moins en moins conçues comme de stricts

⁴⁴ McClanahan Timothy R., Michael J. Marnane, Joshua E. Cinner, William E. Kiene, A Comparison of Marine Protected Areas and Alternative Approaches to Coral-Reef Management, Current Biology, Volume 16, Issue 14, 25 July 2006, Pages 1408-1413 : « *Coral-reef conservation based on large MPAs with weak enforcement may be ill-suited to the social, economic, and cultural context of many communities [...] insistence on these conservation methods may lead to polarization between national-government regulators and local communities. In situations where the resources for proper enforcement are lacking, alternative management regimes that are better able to meet a range of community goals may achieve greater acceptance [...] than systems designed primarily for national interests of tourism and biodiversity conservation [...] a combination of MPAs and alternative systems of management, such as traditional systems, may provide the best overall solution for meeting conservation and community...* »

⁴⁵ « *Of particular significance in the Pacific context is the documented existence of customary marine tenure (CMT) or traditional management of the resources in the marine areas, in most if not all PICs. Indeed, the existing body of literature trumpets the potential role of customary marine tenure in PICs, or generally recommend that traditional practices form the basis of management approaches in the Pacific, particularly in coastal fisheries. Yet other reports herald the success of use of CMT in a number of these countries. Generally, it can be said that CMT or traditional management practices as found in the PICs would be relevant and should play a pivotal role in fisheries management. The push for use of CMT in contemporary fisheries management in the Pacific is consistent with global trends in CBFM [...] a majority of Pacific Constitutions expressly allow some form of CBFM, or otherwise do not expressly prohibit CBFM systems to be established* ».

sanctuaires, et de plus en plus comme un instrument de développement économique. Dans la mesure où la création d'une Aire Marine Protégée affecte les ressources des usagers traditionnels, ceux-ci doivent être impliqués dès l'origine du processus. **La plupart des études tendent à montrer que l'efficacité et le succès des Aires Marines Protégées, d'un point de vue environnemental, dépend de leur capacité à satisfaire les besoins économiques des usagers traditionnels** (Lam, 1998). Par comparaison, les aires protégées terrestres sont strictement divisées entre objectifs de production et objectifs de conservation. Les parcs marins tendent à se caractériser par un mélange des objectifs de conservation et production, qui remet en cause la pertinence de la dichotomie (Adams, Cavanagh, & Edmonds, 2009).

PARTIE II - UNE SOLUTION CONFORME AU DROIT POSITIF

38. Si la solution plébiscitée par le droit comparé est clairement la réservation de droit exclusifs (ou non) de pêche, reste à envisager la possibilité de transposer une telle solution en droit français et à vérifier sa compatibilité avec les engagements internationaux ratifiés par la France.

Chapitre 1 UNE SOLUTION CONFORME AU PRINCIPE D'EGALITE

39. Une restriction d'accès sur le domaine public au profit de communautés locales riveraines semble a priori conforme au principe d'égalité entendu comme un principe de non-discrimination⁴⁶.

40. Le domaine public est régi par le principe d'égalité des usagers du domaine public⁴⁷. L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale du littoral au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines. Par conséquent, l'activité de pêche est soumise au principe d'égalité hors les cas d'une concession d'occupation privative par acte unilatéral ou convention.

41. Le principe d'égalité des usagers du domaine public s'entend comme le principe selon lequel, tous les usagers communs du domaine public doivent être traités de la même manière, en application du principe général de l'égalité des citoyens devant la loi⁴⁸. Toutefois, la règle d'égalité n'implique pas nécessairement un traitement identique pour tous les usagers communs.

42. En effet, le principe d'égalité est un principe de non-discrimination. La discrimination consiste à traiter de manière différente des situations identiques. En conséquence, il n'y a pas de discrimination lorsque l'on traite différemment des situations qui présentent des différences objectives. Au contraire, une discrimination

⁴⁶ Le cas échéant, il reviendrait au tribunal administratif d'en contrôler la légalité. Il convient donc de se reporter à la jurisprudence administrative en la matière. En termes de méthodologie et afin de s'assurer en amont de la position de l'Etat sur de telles délibérations de la Province Nord au regard du principe d'égalité, il serait intéressant d'associer un représentant du Haut-commissariat en charge du contrôle de légalité aux discussions.

⁴⁷ CE. sect., 2 nov. 1956, Bibéron : Rec. CE 1956, p. 403, concl. C. Mosset.

⁴⁸ Jean Dufau, Fasc. 70 : DOMAINE PUBLIC . - Règles générales d'utilisation, JurisClasseur Propriétés publiques, Janvier 1994.

peut résulter du traitement identique de situations différentes. La caractérisation de différences objectives se fait par référence à des motifs d'intérêt général.

43. Le juge a par ailleurs admis à plusieurs reprises qu'une catégorie d'usagers bénéficiant d'un traitement privilégié puisse être créée à partir de la qualité de personne⁴⁹. Ainsi, il paraît envisageable qu'un **peuple autochtone** puisse être considéré comme se trouvant dans une situation particulière.

44. L'absence de caractère discriminatoire d'une restriction d'accès au profit des communautés locales peut être corroborée par d'autres textes applicables en Nouvelle-Calédonie

45. Ainsi, l'article 45 de la Loi organique statutaire de 1999 dispose expressément que les Provinces, dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire sur le domaine public maritime, adoptent les « *dispositions nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers* ». En ce sens, les principes généraux du Code de l'Environnement de la Province Nord indiquent que la collectivité s'efforce d'intégrer dans sa réglementation les modes de gestion coutumiers⁵⁰. La mise en place d'une aire naturelle protégée peut en conséquence tout à fait viser à la protection de « *valeurs culturelles* »⁵¹.

46. L'interprétation de l'article 45 doit en outre tenir compte des orientations définies par l'Accord de Nouméa de 1998. Cet Accord dispose que « *les domaines de l'Etat et du Territoire doivent faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit.* »⁵² L'intention des parties telle que révélée par cet Accord, a été clairement de ménager la possibilité pour les provinces d'attribuer des espaces maritimes à toute collectivité ou personne privée, en vue de rétablir des droits existants par le passé. Il est possible à partir de ces dispositions de développer le concept de « lien à la mer », en parallélisme avec la notion de « lien à la terre ».

⁴⁹ Comme celle de **contribuable local** (CE, sect., 5 oct. 1984, COREP Ariège).

⁵⁰ Article 110-4 CEPN : « La Province nord prend en compte l'existence de gestions spécifiques, **notamment coutumières**, de l'environnement, et souhaite poursuivre le travail engagé dans le but d'intégrer ces modes de gestion dans la réglementation. »

⁵¹ Art. 211-1 CEPN : « Une aire naturelle protégée de la Province nord est une **zone terrestre et/ou marine**, principalement dédiée et **gérée en vue de la protection et au maintien** de la diversité biologique, des ressources naturelles et des **valeurs culturelles qui y sont associées.** »

⁵² Pt. 1.4 : la Terre, ACCORDS DE NOUMEA, 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998 page 8039.

47. Rappelons que le respect de l'Accord de Nouméa est protégé constitutionnellement par l'article 77 de la Constitution qui indique que la loi assure « *l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre* ». Dans ce contexte, le principe d'égalité des usagers ne semble pas présenter un obstacle insurmontable à la mise en place d'une exclusivité d'accès à une zone marine protégée au profit de communautés locales, en raison de la différence objective de situation qui les caractérise par rapport à tout autre usager extérieur.

48. Par ailleurs, la Nouvelle-Calédonie est compétente pour légiférer en matière de domanialité publique, alors que la Province se voit attribuer la réglementation et l'exercice des droits de gestion, et de conservation des ressources naturelles⁵³.

49. **Ainsi, l'article 3 de la loi du pays du 11 janvier 2002** sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces dispose que « *l'accès des piétons aux rivages et aux plages est libre sauf si des motifs justifiés par des raisons de sécurité, de défense nationale, de protection de l'environnement ou **de respect des usages coutumiers de jouissance reconnus** nécessitent des dispositions particulières. L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des rivages et plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines.* ».

50. De son côté, la réglementation des Aires Naturelles Protégées (ANP) contenue dans le Code de l'environnement de la Province Nord (CEPN) recèle un certain nombre d'éléments intéressants permettant d'établir des zones d'accès public restreint sur le lagon. Les textes applicables autorisent explicitement la prise en compte d'éléments coutumiers et culturels dans l'établissement de ces aires protégées.

51. La reconnaissance d'un droit exclusif de pêche au profit d'une communauté locale peut en effet être effectuée, par la Province Nord, en vertu de ses compétences de

⁵³ Article 45 : Le domaine public maritime des provinces comprend, à l'exception des emprises affectées à la date de la publication de la présente loi à l'exercice des compétences de l'Etat et sous réserve des droits des tiers, **la zone dite des cinquante pas géométriques, les rivages de la mer**, les terrains gagnés sur la mer, le sol et le sous-sol des eaux intérieures, dont ceux des rades et **lagons**, telles que définies par les conventions internationales, ainsi que le sol et le sous-sol des eaux territoriales. Les îles qui ne sont pas comprises dans le territoire d'une province ainsi que le sol et sous-sol du plan d'eau du port autonome de la Nouvelle-Calédonie font partie du domaine public de la Nouvelle-Calédonie.

Sous réserve des compétences de l'Etat mentionnées au 3° du I de l'article 21 [compétence de défense], **les provinces réglementent et exercent les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques des eaux intérieures, dont celles des rades et lagons**, de leur sol et de leur sous-sol, et du sol, du sous-sol et des eaux surjacentes de la mer territoriale.

Les provinces prennent, après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers.

réglementation du domaine public maritime, dans le cadre de la création d'une aire naturelle protégée.

52. Le CEPN, à l'instar de la nomenclature UICN, présente six catégories distinctes d'aires naturelles protégées, terrestres ou marines, en fonction du mode de gestion envisagé. L'interprétation de la réglementation du CEPN relative aux aires naturelles protégées doit s'appuyer sur les lignes directrices établies par l'UICN en matière d'application des catégories⁵⁴. Les lignes directrices précisent que les catégories peuvent servir à « *clarifier le droit foncier* » et peuvent contribuer à « *établir des systèmes de gestion comme ceux des réserves autochtones* ». Ces catégories ne doivent notamment en aucun cas servir de prétexte pour « *expulser des gens de leurs terres ancestrales* »⁵⁵.

53. D'après les lignes directrices de l'UICN, la détermination de la catégorie doit impérativement se fonder sur le ou les objectif(s) premier(s) de la gestion. Ceci suppose que la province soit à même de décider du but principal de la gestion. En principe, le processus d'évaluation pour identifier la bonne catégorie doit impliquer les parties prenantes clés. Il convient toutefois de noter qu'identifier un objectif premier ne signifie pas que les autres buts ne sont pas importants : pratiquement toutes les aires protégées renferment de multiples valeurs. En pratique, il est conseillé que l'objectif premier de la gestion s'applique au moins aux trois-quarts de l'aire protégée.

54. Dans la mesure où les zones concernées par l'étude sont sujettes à une exploitation des ressources marines, la catégorie pertinente définie par l'UICN apparaît être la catégorie VI : « **Aire protégée avec utilisation durable des ressources naturelles** ». Les lignes directrices de l'UICN indiquent que l'objectif premier des aires protégées de la catégorie VI est de « [préserver] *des écosystèmes et des habitats, ainsi que les valeurs culturelles et les systèmes de gestion des ressources naturelles traditionnelles qui y sont associés.* » Cet objectif principal se décline en une série d'objectifs complémentaires, tels que : « *encourager les bénéfices sociaux et économiques pour les communautés locales* », « *contribuer au développement durable au niveau local [...] principalement au bénéfice des communautés locales et/ou des populations autochtones qui dépendent des ressources naturelles protégées* », « *collaborer à la distribution de bénéfices aux gens, surtout aux communautés locales qui vivent dans ou à proximité de l'aire protégée classée* ». Ces objectifs sont conformes à la situation

⁵⁴ Lignes directrices pour les catégories de gestion des aires protégées, (Résumé), Service de publications de l'UICN, disponible : www.iucn.org

⁵⁵ Ibid. p. 7.

spécifique de la zone VKP. L'originalité des aires protégées de catégorie VI, par rapport à toutes les autres formes de protection, est que dans ce cas, « *l'utilisation durable des ressources naturelles est considérée un moyen de conserver la nature* ». Les aires protégées de la catégorie VI visent à l'utilisation durable, contrairement à la situation dans les aires de nature sauvage de la catégorie Ib qui minimisent toute exploitation des ressources.

55. La catégorie VI de l'UICN correspond au classement en « Aires de gestion durable » de l'art. 212-6 CEPN. Cet article définit les aires de gestion durable comme « *une zone naturelle gérée afin d'assurer la protection à long terme de la diversité biologique et le maintien de la production de biens et/ou de services naturels satisfaisants les besoins de la population.* » Il pourrait également être envisagé un classement en catégorie V, correspondant à l'article 212-5 CEPN « aires de protection et de valorisation du patrimoine naturel et culturel ». Une aire de catégorie V est en règle générale plus marquée par l'empreinte de l'homme.

56. Notons néanmoins que la recommandation adoptée lors du Congrès mondial de la conservation à Amman, en Jordanie, en octobre 2000, contient des éléments relatifs à l'exploitation minière. Elle précise en effet que « *dans les catégories V et VI, la prospection et l'exploitation localisée ne soient acceptées que lorsqu'il est évident, compte-tenu de la nature et de la portée des activités proposées, que celles-ci sont compatibles avec les objectifs des aires protégées* ». Toutefois, ceci est une recommandation qui n'est en aucune façon contraignante pour les gouvernements ; actuellement, certains interdisent l'activité minière dans les aires protégées de catégories I-IV, d'autres ne le font pas.

57. Par ailleurs, de nombreuses catégories d'aires protégées autorisent des utilisations humaines limitées. Par exemple, de nombreuses zones de nature sauvage (Ib) et d'écosystèmes protégés (II) permettent aux populations locales de mener leurs activités de subsistance traditionnelles à petite échelle qui sont en harmonie avec la nature dans les aires protégées, telles que (en fonction des accords de gestion individuels) le maintien de troupeaux de rennes, la pêche, la collecte de produits forestiers non ligneux et une chasse de subsistance modérée. Mais dans ces cas-là, l'objectif est la conservation de la vie sauvage ou des écosystèmes, et les prélèvements humains devraient avoir sur eux un impact minimal.

58. Dans la catégorie VI, l'objectif de la gestion est l'utilisation durable en synergie avec la conservation de la nature, et l'on s'attend à ce que les activités soient gérées

d'une façon qui ne produit pas d'impact substantiel sur ces écosystèmes. La différence est donc partiellement une question de degré.

59. L'intérêt du recours à la création d'une ANP gestion durable de l'article 212-6 CEPN réside donc essentiellement dans la souplesse du cadre juridique qui en résulte. Il conviendra d'harmoniser, le cas échéant, les dispositions adoptées au titre de l'Accès à la nature (titre réservé du CEPN) et le contenu des plans de gestion.

60. Concrètement, les aires naturelles protégées de la Province Nord sont établies par délibération de l'assemblée de Province Nord **après consultation des communes et autorités coutumières concernées (art. 213-2)**. La délibération devra comprendre la dénomination (par exemple : Aire de gestion durable de VKP), le motif de classement et une délimitation géographique de l'aire. La délibération provinciale de classement peut établir des dispositions complémentaires ou dérogatoires aux dispositions contenues au titre premier du Livre II relatif à la protection des espaces naturels.

61. Il peut être intéressant d'inclure des terres coutumières (territoire de la tribu) et des terres privées (village de bord de mer) dans le zonage de l'aire de gestion durable, afin de fournir une base pour la conclusion de conventions avec les communautés locales concernées (art. 213-5)

62. Les services de la Province Nord sont en principe compétents pour assurer la gestion de l'ANP. Toutefois, le CEPN offre la possibilité de déléguer cette gestion. Le recours à l'outil contractuel est un facteur de souplesse. La délégation peut être partielle ou totale. Cela signifie qu'elle peut ne concerner que certaines sous-zones au sein de la zone générale de l'Aire de gestion durable.

63. Les personnes pouvant recevoir un pouvoir de délégation sont très diverses : établissements publics ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel, groupements d'intérêt public ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel, associations régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association et ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel, propriétaires ou ayant-droits des terrains classés, autres collectivités ou leurs groupements, syndicats mixtes, ayant pour objet statutaire principal la protection du patrimoine naturel⁵⁶.

⁵⁶ Voir rapport annexe sur les structures juridiques adaptées aux comités locaux de gestion émergents dans le cadre des dossiers UNESCO et COGERON.

64. A cet égard, les lignes directrices de l'IUCN formulent un certain nombre de recommandations s'agissant de la gouvernance. Concernant la zone VKP, deux types de gouvernance paraissent intéressants : la gouvernance partagée (dite de « type B ») et la gouvernance par des populations autochtones et des communautés locales (dite de « type D »).

65. **La gouvernance partagée.** *« Des mécanismes et des processus institutionnels complexes sont utilisés pour partager l'autorité et les responsabilités de la gestion entre une pluralité d'acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux (formellement et informellement) habilités. La gouvernance partagée, appelée aussi co-gouvernance, se présente sous diverses formes. Dans la gestion « collaborative », l'autorité décisionnelle et la responsabilité sont confiées à un organisme, mais celui-ci est tenu, par la loi ou par décision politique, d'informer ou de consulter les autres parties prenantes. La participation à la gestion collaborative peut être renforcée en confiant à des organes composés de plusieurs parties prenantes la responsabilité de développer des propositions techniques pour la réglementation et la gestion de l'aire protégée, qui seront ensuite soumises à l'approbation finale de l'autorité décisionnelle. Dans une gestion « conjointe », divers acteurs siègent dans un organe de gestion qui possède l'autorité et la responsabilité décisionnelles. Les décisions peuvent, ou pas, exiger un consensus. Dans chacun de ces cas, une fois que les décisions concernant la gestion sont prises, leur mise en œuvre doit être déléguée à des organismes ou à des particuliers agréés. »*

66. **La gouvernance par des populations autochtones et des communautés locales.** Ce type inclut deux sous-ensembles principaux : les aires et les territoires des populations autochtones établis et gérés par des populations autochtones et les zones de conservation communautaire, créées et gérées par les communautés.

67. L'IUCN définit ce type de gouvernance comme *des aires protégées où l'autorité et la responsabilité de la gestion sont confiées aux peuples autochtones et aux communautés locales sous diverses formes d'institutions ou de réglementations coutumières ou juridiques, formelles ou informelles. « Celles-ci peuvent être relativement complexes. Par exemple, les ressources de la terre ou de la mer peuvent être une propriété collective gérée collectivement, alors que d'autres ressources peuvent être gérées par des particuliers ou sur une base clanique. Différents peuples ou communautés autochtones peuvent être responsables de la même aire à différentes périodes, ou de différentes ressources dans la même aire. Les réglementations s'entremêlent généralement avec des valeurs culturelles et*

spirituelles. Le droit coutumier et les organisations qui gèrent les ressources naturelles ne bénéficient pas souvent de la reconnaissance statutaire légale ou d'un pouvoir disciplinaire. Dans d'autres cas, cependant, les peuples autochtones et/ou les communautés locales sont pleinement reconnues comme les autorités en charge d'aires protégées reconnues par l'état ou possèdent un droit légal sur la terre, l'eau ou les ressources. Quelle que soit la structure, les accords de gouvernance exigent que l'aire qui est sous le contrôle des peuples autochtones et/ou des communautés locales ait des institutions et des réglementations identifiables responsables de l'atteinte des objectifs de l'aire protégée. »

68. Dans ce cadre, l'article 341-1 du CEPN relatif à la pêche qui énonce que « *la Province nord prend en compte l'existence d'une gestion coutumière des ressources marines et souhaite poursuivre le travail engagé avec les instances coutumières dans le but d'intégrer ces modes de gestion dans la présente réglementation* » prend toute sa dimension.

69. En conclusion, appliqué à la reconnaissance éventuelle de droits d'usage exclusif sur le domaine public maritime, il apparaît que les communautés locales habitant une zone protégée ne sont pas dans la même situation que des personnes extérieures. Pour les communautés locales résidentes de la zone protégée, une interdiction d'accès les priverait de leur principale source d'alimentation et d'une source importante de revenus. A cet égard, ces communautés locales se trouvent dans une situation qui les distingue complètement de tout autre usager du domaine public extérieur à la zone considérée.

Chapitre 2 UNE SOLUTION IMPOSEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

70. En droit international, la création d'aires maritimes protégées réservées à des populations autochtones est largement admise. L'examen du droit international montre en effet qu'une telle solution est conforme aux objectifs fixés par les textes. La création d'une Aire Marine Protégée réservée au profit d'usagers traditionnels peut ainsi se prévaloir de l'appui du droit international, lequel protège les territoires, l'usage, l'exclusivité et la participation des peuples autochtones.

71. Plusieurs instruments internationaux sont pertinents pour définir les contours de la protection des usages traditionnels des ressources marines. La première série de sources réside dans les instruments de lutte contre les discriminations du système des Nations Unies et des différents systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme, tels que le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Etats Américains. La seconde série de sources de droits pour les peuples autochtones doit être recherchée dans le droit international de l'environnement.

72. S'agissant du système des Nations Unies. En mai 2002, le Conseil Economique et Social (ECOSOC) a installé l'Instance permanente sur les questions autochtones⁵⁷. Cette instance a permis l'adoption par l'Assemblée Générale des Nations Unies en septembre 2007, d'une résolution portant **Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones**⁵⁸. La Déclaration des Nations-Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 est un événement symbolique majeur. Elle a été précédée par une série d'autres instruments internationaux. Le premier instrument formalisant le concept de droits des autochtones fut la Convention n° 107 adoptée dans le cadre de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T) relative à la Protection et à l'intégration des populations autochtones tribales et semi tribales dans les pays indépendants, actualisée en 1989 par la Convention n° 169 concernant les peuples autochtones et tribaux⁵⁹.

⁵⁷ Résolution 2000/22 du 28 juillet 2000. United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII)

⁵⁸ ONU Rés. 61/295, . Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007.

⁵⁹ Convention n°169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Convention OIT n°169), adoptée le 27 juin 1989, entrée en vigueur le 5 septembre 1991.

Complétant le système des Nations-Unies, les peuples autochtones peuvent se prévaloir de diverses déclarations régionales spécifiques. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de mentionner le projet de déclaration des droits autochtones en préparation dans le cadre de l'Organisation des Etats Américains⁶⁰, ainsi que la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales adoptée par le Conseil de l'Europe⁶¹, bien qu'elle ne soit pas fondée sur la notion d'autochtonie. Ces textes ne concernent toutefois pas la France, celle-ci n'ayant ni signé, ni ratifié la convention-cadre du Conseil de l'Europe.

73. S'agissant du droit international de l'environnement, l'Agenda 21 adopté à l'issue du Sommet de la Terre à Rio⁶² en 1992 est particulièrement significatif en matière de protection des ressources traditionnelles des populations autochtones. On doit également citer, la convention de 1982 sur le droit de la mer⁶³ et la Déclaration de Cancun sur la pêche responsable⁶⁴.

74. L'idée directrice des normes en la matière réside dans l'élimination des discriminations historiques subies par les peuples autochtones. Les textes internationaux constatent que les peuples autochtones sont placés, de ce point de vue, dans une situation particulière, qui les différencie de l'ensemble de la population. Ils subissent des discriminations spécifiques qui justifient l'adoption de mesures spécifiques destinées à protéger leur mode de vie. . En ce qui concerne la protection de l'usage traditionnel des ressources marines, la conséquence de l'interdiction des discriminations à l'encontre des peuples autochtones est que ces peuples doivent se voir reconnaître **un droit d'usage réservé sur leurs territoires traditionnels. La cogestion participative du territoire constitue la modalité concrète de mise en œuvre de ces droits d'usages exclusifs.**

⁶⁰ Working Group to Prepare the Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Committee On Juridical And Political Affairs, Permanent Council Of The Organization Of American States, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 3, 30 December 2008. En 2000, le groupe de travail chargé de préparer la déclaration interaméricaine a publié un rapport examinant la situation des peuples indigènes : The human rights situation of the indigenous people in the americas, OEA/Ser.L/V/II.108, Doc. 62, 20 oct. 2000.

⁶¹ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, (FCNM) Strasbourg, 1.II.1995. Disponible sur : <http://www.coe.int>. Cette Convention-cadre n'a pas été ratifiée par la France.

⁶² L'Agenda 21 (ou Action 21) est un plan d'action pour le XXI^e siècle adopté par 173 chefs d'État lors du sommet de la Terre, à Rio, en 1992. Avec ses 40 chapitres, ce plan d'action décrit les secteurs où le développement durable doit s'appliquer dans le cadre des collectivités territoriales. <http://www.un.org/>

⁶³ Convention sur le droit de la mer. Article 61 Conservation des ressources biologiques.

⁶⁴ Conférence internationale sur la pêche responsable, 1992, Cancún, Mexique.

75. En effet, le territoire est un élément fondamental de l'identité des peuples autochtones. La notion de territoire couvre non seulement le foncier terrestre, mais également les espaces marins qui fournissent des ressources.

76. L'autochtonie est définie par référence aux critères identifiés par le Rapport Cobo⁶⁵ de 1986, dans le cadre du sous-groupe de travail sur les questions autochtones mis en place par l'ONU. Le rapport Cobo propose un faisceau d'indices dont la vérification doit être confirmée par le critère fondamental de l'identification des communautés par elles-mêmes en tant qu'autochtones (critère d'auto-identification). Sont ainsi considérés comme des autochtones les « *peuples et nations qui présentent une continuité historique avec les sociétés précédant la conquête et **la colonisation de leurs territoires**, qui se considèrent comme distincts des autres secteurs de la société dominant aujourd'hui ces territoires ou qui en sont partie. Ils constituent aujourd'hui des secteurs non dominant de la société et sont déterminés à préserver, développer et transmettre aux générations futures **leurs territoires ancestraux** et leur identité ethnique, sur la base de leur existence continue en tant que peuple, en accord avec leurs propres systèmes culturels, leurs systèmes légaux et leurs institutions sociales* ». L'idée directrice des critères Cobo est l'identification de populations susceptibles de faire l'objet d'une discrimination spécifique en raison de leur mode de vie.

77. Il convient de remarquer que la notion de territoire ancestral est une composante fondamentale de l'autochtonie. Le lien entre l'identité autochtone et le rapport à l'environnement est une caractéristique spécifique des populations autochtones. Elles se distinguent en cela d'autres catégories de minorités identifiées par des critères linguistiques ou religieux. Cette définition est largement acceptée. Aux fins de l'étude, on définira donc les usages traditionnels comme ceux qui se rattachent au maintien du mode de vie des peuples autochtones.

78. En tant que composante fondamentale de l'autochtonie, le droit au territoire traditionnel terrestre et marin est protégé par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

⁶⁵ ONU-ECOSOC, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Special Rapporteur José Martínez Cobo, Study of the problem of discrimination against indigenous populations E/CN.4/ sub 2/1986/87 add 1-4, 1986. V. égal : UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Indigenous peoples and their relationship to land: Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, 11 June 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21.

79. **La Déclaration des Nations Unies sur les Droits des peuples autochtones procure un véritable régime juridique aux usages traditionnels des ressources marines.** L'article 25 énonce que « les peuples autochtones ont le droit de conserver et de renforcer leurs liens spirituels particuliers avec les terres, territoires, eaux et zones maritimes côtières et autres ressources qu'ils possèdent ou occupent et utilisent traditionnellement, et d'assumer leurs responsabilités en la matière à l'égard des générations futures. ».

80. L'article 26 dispose :

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 États accordent reconnaissance et protection juridiques à ces terres, territoires et ressources. Cette reconnaissance se fait en respectant dûment les coutumes, traditions et régimes fonciers des peuples autochtones concernés.

Il convient de souligner une fois encore que cette protection vise les terres, territoires et ressources, et partant, s'étend également sur les espaces maritimes.

81. Les articles 27 et 28 prévoient un régime de restitution et de réparation⁶⁶. L'article 29 consacre le droit des peuples autochtones à un environnement sain permettant de subvenir à leurs besoins de subsistance⁶⁷.

⁶⁶ Article 27 : « Les États mettront en place et appliqueront, en concertation avec les peuples autochtones concernés, un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent prenant dûment en compte les lois, traditions, coutumes et régimes fonciers des peuples autochtones, afin de reconnaître les droits des peuples autochtones en ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement, et de statuer sur ces droits. Les peuples autochtones auront le droit de participer à ce processus. » Article 28 : « 1. Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. 2. Sauf si les peuples concernés en décident librement d'une autre façon, l'indemnisation se fait sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents par leur qualité, leur étendue et leur régime juridique, ou d'une indemnité pécuniaire ou de toute autre réparation appropriée. »

⁶⁷ Article 29: « Les peuples autochtones ont droit à la préservation et à la protection de leur environnement et de la capacité de production de leurs terres ou territoires et ressources. »

82. Toutefois, pour être invoqués à l'encontre d'un acte administratif, notons qu'un traité doit avoir un caractère normatif et un effet direct appréciés par le juge administratif. A cet égard, la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies instituant la déclaration sur les droits des peuples autochtones constitue un acte unilatéral d'une organisation internationale. Cette déclaration n'a pas valeur contraignante. Elle ne constitue selon elle qu'un « *idéal à atteindre dans un esprit de partenariat et de respect mutuel* ».

83. La Convention n°169 de l'O.I.T. comporte pour sa part un chapitre consacré aux droits des peuples autochtones sur leurs territoires (art. 14 à 19). Comme dans les autres instruments internationaux, le concept de « terres » autochtones « *recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière* ». L'article 14 dispose que « *Les droits de propriété et de possession sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doivent être reconnus aux peuples intéressés. En outre, des mesures doivent être prises dans les cas appropriés pour sauvegarder le droit des peuples intéressés d'utiliser les terres non exclusivement occupées par eux, mais auxquelles ils ont traditionnellement accès pour leurs activités traditionnelles et de subsistance.* » Cette disposition est complétée par l'article 15 en vertu duquel « *Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources.* » Toutefois, cette convention n'a, à ce jour, pas été ratifiée par la France alors qu'elle constitue le seul instrument contraignant de protection des droits des peuples indigènes. En ratifiant cette Convention, les Etats s'engagent en effet à garantir de manière effective l'intégrité physique et spirituelle des peuples autochtones vivant sur leurs territoires et à lutter contre toute discrimination à leur égard.

84. L'Agenda 21 adopté à l'issue du Sommet de la Terre à Rio⁶⁸ en 1992 est particulièrement significatif en matière de protection des ressources traditionnelles des populations autochtones.

85. Le Chapitre 17 vise la protection des océans, des mers et des zones côtières. et protection, utilisation rationnelle et mise en valeur de leurs ressources biologiques. Afin de protéger les ressources biologiques marines, le prévoit que « *Les Etats s'engagent à*

⁶⁸ L'Agenda 21 (ou Action 21) est un plan d'action pour le XXI^e siècle adopté par 173 chefs d'État lors du sommet de la Terre, à Rio, en 1992. Avec ses 40 chapitres, ce plan d'action décrit les secteurs où le développement durable doit s'appliquer dans le cadre des collectivités territoriales. <http://www.un.org/>

assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques marines ». Ils tiennent compte à cette fin des *« connaissances traditionnelles et des intérêts des collectivités locales, des petites pêcheries artisanales et des peuples indigènes dans les programmes de développement et de gestion »*⁶⁹. La représentation des populations autochtones doit être encouragée, afin qu'il soit tenu compte de leurs intérêts dans les plans de développement des zones côtières. Le chapitre 17 reconnaît aux populations autochtones le droit fondamental le *« droit d'utiliser et de protéger leur habitat de façon durable »*⁷⁰, et en particulier, le *« droit de subsister »*⁷¹. L'importance des récifs coralliens en tant que source essentielle de subsistance pour les peuples autochtones est soulignée⁷².

86. Le Chapitre 26 vise la reconnaissance et le renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés. Le rôle des peuples autochtones est fondé sur la reconnaissance de du lien à leur territoire. Ce lien vise aussi bien le territoire terrestre que marin⁷³. Aux termes des objectifs du Chapitre 26, les terres des populations autochtones doivent être protégées contre des activités qui ne sont pas écologiquement rationnelles ou que les peuples autochtones concernés considèrent comme socialement ou culturellement inappropriées. Les Etats reconnaissent *« leurs valeurs, connaissances traditionnelles et pratiques de gestion des ressources en vue de promouvoir un développement écologiquement rationnel et durable »*. Ils soulignent leur *« dépendance traditionnelle et directe à l'égard des ressources renouvelables et des écosystèmes »*. Les Etats assurent *« la participation active des populations autochtones et de leurs*

⁶⁹ Agenda 21, point 17.74 : *« Les Etats s'engagent à assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques marines relevant de leur juridiction nationale. A cette fin, il faut : b) Tenir compte des connaissances traditionnelles et des intérêts des collectivités locales, des petites pêcheries artisanales et des peuples indigènes dans les programmes de développement et de gestion »*.

⁷⁰ Agenda 21, point 17.81 : *« Les Etats côtiers devraient aider les petites pêcheries artisanales à se maintenir. A cette fin, ils devraient, selon les besoins : a) Intégrer le développement des petites pêcheries artisanales dans la planification des zones marines et côtières, compte tenu des intérêts des pêcheurs, des femmes, des communautés locales et des populations autochtones et, le cas échéant, encourager la représentation de ces groupes; b) Reconnaître les droits des petits pêcheurs et la situation particulière des populations autochtones et des communautés locales, y compris leur droit d'utiliser et de protéger leur habitat de façon durable »*.

⁷¹ Agenda 21, point 17.82 : *« Dans la négociation et l'application d'accords internationaux relatifs à la mise en valeur ou la protection des ressources biologiques marines, les Etats côtiers devraient veiller à ce qu'il soit tenu compte des intérêts des communautés locales et des populations autochtones, en particulier de leur droit de subsister »*.

⁷² Le point 17.70 constate que *« Les ressources biologiques marines constituent une source importante de protéines [...] pour [...] les peuples indigènes. Les récifs coralliens [...] sont parmi les écosystèmes les plus divers, les mieux intégrés et les plus productifs de la planète [...] ils contribuent à la protection du littoral et offrent des ressources essentielles pour l'alimentation, l'énergie, le tourisme et le développement économique »*.

⁷³ Le point 26.1 proclame ainsi en ouverture du chapitre que *« Les populations autochtones et leurs communautés ont un lien historique avec leurs terres et sont généralement les descendants des habitants originaux de ces terres. Dans le contexte du présent chapitre, le terme "terres" s'entend comme comprenant l'environnement des zones occupées traditionnellement par les populations concernées. »*

communautés à la formulation, au niveau national, de politiques, lois et programmes ayant trait à la gestion des ressources », ainsi que leur participation locale « *aux stratégies de gestion et de conservation des ressources* ». A cette fin, les populations autochtones devraient « *exercer... un plus grand contrôle sur leurs terres* », « *gérer de façon plus autonome leurs ressources* » et « *participer à la création et à la gestion de zones protégées* »⁷⁴.

87. L'autochtonie se caractérise par une situation de colonisation d'un territoire. La reconnaissance internationale de l'autochtonie manifeste le principe selon lequel la colonisation n'a pas fait disparaître complètement les droits préexistants des peuples colonisés sur leur territoire traditionnel. En tant que peuple colonisé, le peuple Kanak est un peuple autochtone au sens de la définition Cobo. Les peuples autochtones perpétuant des modes de vies traditionnels représentent une fraction importante de l'humanité. Cette population est estimée à cinq cent millions de personnes, réparties sur tous les continents, dans soixante-dix sept Etats⁷⁵. De nombreux groupes autochtones occupent des zones côtières et sont étroitement dépendants de la mer pour leur subsistance (Nursey-Bray & Rist, 2009).

88. Le droit au territoire des peuples autochtones trouve ses racines dans le droit à l'autodétermination des peuples, tel qu'exprimé par le titre XI de la Charte des Nations Unies portant déclaration relative aux territoires non-autonomes. La Nouvelle-Calédonie fait partie des territoires non-autonomes identifiés par la Quatrième Commission des questions politiques spéciales et de la décolonisation⁷⁶ et le Comité spécial sur la décolonisation⁷⁷. L'article 73 de la Charte pose en la matière « *le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires.* »⁷⁸ Aux termes de l'article 73 de la Charte, la

⁷⁴ Agenda 21, point 26.4 : « *Certaines **populations autochtones** et leurs communautés devront peut-être exercer, conformément à la législation nationale, un plus grand contrôle sur leurs terres, gérer de façon plus autonome leurs ressources et prendre une part accrue aux décisions en matière de développement qui les concernent, y compris le cas échéant la **participation à la création et à la gestion de zones protégées.*** »

⁷⁵ Irène Bellier, *Courrier de la Planète*, n°74, oct-déc 2004: 56-59 ;

⁷⁶ <http://www.un.org/french/ga/fourth/index.shtml>

⁷⁷ Comité spécial chargé d'étudier la situation en ce qui concerne l'application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (« Comité des 24 »). <http://www.un.org/french/decolonisation/>

⁷⁸ Charte des Nations Unies. Chapitre XI : Déclaration relative aux territoires non autonomes. Article 73. « *Les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes reconnaissent le principe de la primauté des intérêts des habitants de ces territoires. Ils acceptent comme une mission sacrée l'obligation de favoriser dans toute la mesure possible leur prospérité, dans le cadre du système de paix et de sécurité internationales établi par la présente Charte et, à cette fin : a) D'assurer, en respectant la culture des populations en question, leur progrès politique, économique et social, ainsi que le développement de leur instruction, de les traiter avec équité et de les protéger contre les abus; b) De développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir*

France doit assurer le progrès des populations calédoniennes « *en respectant la culture des populations en question* ». Le renforcement des capacités des populations non-autonomes à s'administrer elles-mêmes suppose le respect de leurs aspirations propres. L'Assemblée Générale des Nations Unies souligne en ce sens la nécessité de lutter contre « *L'exploitation illégale des ressources marines et autres ressources naturelles des territoires et la nécessité d'utiliser ces ressources au profit de la population de ces territoires* »⁷⁹

89. Le droit au maintien de la spécificité du mode de vie autochtone est donc une concrétisation du droit à l'autodétermination. Le droit à l'autodétermination des minorités autochtones constitue un standard de droit international, reconnu tant dans le système de l'ONU, que du Conseil de l'Europe ou de la Convention Interaméricaine. L'article 3 de la Déclaration des Nations Unies de 2007 dispose que : « *Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.* » Le droit à l'autodétermination des peuples autochtones est repris dans les mêmes termes par le projet de déclaration interaméricaine.

90. La Cour Européenne des droits de l'Homme a pour sa part fait évoluer sa jurisprudence dans un sens favorable à la reconnaissance du droit des minorités à la protection de leur mode de vie et de leur identité culturelle, au titre du respect du droit à la vie privée de l'article 8 de la Convention⁸⁰. L'arrêt Chapman est représentatif de ce dynamisme interprétatif. La Cour retient ainsi que « [...] *même si l'appartenance à une minorité dont le mode de vie traditionnel diffère de celui de la majorité de la société ne dispense pas de respecter les lois destinées à protéger le bien commun, tel l'environnement, cela peut influencer sur la manière d'appliquer ces lois. Comme indiqué dans l'arrêt Buckley, la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire valable en matière d'aménagement que lors de la prise de décision dans des*

compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques, dans la mesure appropriée aux conditions particulières de chaque territoire et de ses populations et à leurs degrés variables de développement ».

⁷⁹ Paula Parviainen (Rapp.) Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples by the specialized agencies and the international institutions associated with the United Nations : report of the Special Political and Decolonization Committee (4th Committee) : General Assembly, 63rd session, UN, 18 Nov. 2008 A/63/406.

⁸⁰ CEDH, 1996, *Könkämä et 38 autres villages sames c. Suède*, in F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, 2001, p. 181, qui admet la recevabilité de la requête des populations samis ; v. égal. Concernant les tsiganes : CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ R.U.*, req. 27238/95.

cas particuliers. Dans cette mesure, l'article 8 impose donc aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie»⁸¹. **La Cour de Strasbourg admet ainsi la légalité de traitements différenciés destinés à réparer les discriminations dont sont victimes les minorités.**

91. S'agissant de l'Union Européenne, le développement de la politique communautaire relative aux peuples autochtones est récent, suite à la publication par la Commission d'un document de travail⁸², et l'adoption par le Conseil de deux résolutions en 1998⁸³ et 2002⁸⁴. L'Union Européenne est concernée par les questions autochtones depuis l'accession du Danemark, de la Finlande et de la Suède. Les populations autochtones du cercle arctique sont protégées par des dispositions spéciales intégrées par le protocole n°3 du traité d'adhésion de la Suède et la Finlande.

92. D'autres instruments doivent encore être mentionnés. Ainsi, la convention de 1982 sur le droit de la mer⁸⁵ dispose que les mesures de conservation et de gestion adoptées par l'Etat côtier doivent tenir compte des *« besoins économiques des collectivités côtières vivant de la pêche »*. Similairement, la Déclaration de Cancun sur la pêche responsable⁸⁶, indique que *« Les Etats devront faire en sorte que soient respectés les intérêts des pêcheries artisanales et des populations de pêcheurs autochtones. »*

Ce rapide panorama montre l'existence en droit international d'un noyau dur de principes protégeant le droit d'usage des peuples autochtones sur leurs ressources traditionnelles et notamment marines. Ce droit d'usage peut conduire à l'exclusion d'usagers concurrents afin d'assurer la subsistance des populations concernées. Cette exclusion peut être réalisée par la création d'aires naturelles protégées. Dans tous les cas, la gestion des ressources naturelles doit impliquer la participation des communautés locales qui en dépendent pour leur subsistance.

⁸¹ C.E.D.H., 18 janvier 2001, Chapman c. Royaume-Uni, § 96.

⁸² Working Document of the Commission of May 1998 on support for indigenous peoples in the development co-operation of the Community and the Member States.

⁸³ Council Resolution on Indigenous peoples within the framework of the development cooperation of the Community and the Member States of 30 November 1998 30/11/1998.

⁸⁴ RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL Examen des progrès de la coopération avec les populations autochtones, Bruxelles, le 11.6.2002, COM(2002) 291 final.

⁸⁵ Article 61 Conservation des ressources biologiques.

⁸⁶ Conférence internationale sur la pêche responsable, 1992, Cancún, Mexique.

CONCLUSION

93. Il apparaît clairement à l'issue de cette étude que l'objectif de régulation des conflits d'usages et de formalisation des usages traditionnels, s'il devait s'avérer nécessaire, pourrait être le mieux atteint dans le cadre d'une Aire Marine Protégée. La création d'un parc marin autorisant l'usage traditionnel des ressources marines peut être menée dans le cadre d'une Aire de Gestion Durable (Cat. VI UICN). La catégorie VI de l'UICN correspond au classement en « Aires de gestion durable » de l'art. 212-6 CEPN. L'article 212-6 CEPN définit les aires de gestion durable comme « *une zone naturelle gérée afin d'assurer la protection à long terme de la diversité biologique et le maintien de la production de biens et/ou de services naturels satisfaisants les besoins de la population.* » La catégorie VI apparaît la plus ouverte car fondée sur l'exploitation humaine des ressources en tant que moyen de la conservation. Mais ce n'est évidemment pas la seule catégorie disponible. Un parc marin sur la zone VKP peut panacher des zones de différentes catégories en fonction des objectifs poursuivis pour chaque zone. Le caractère flexible et malléable des règles du Code de l'Environnement en matière d'ANP apparaît adapté à la formalisation des usages traditionnels sur le lagon.

La création d'une Aire de Gestion Durable sur la zone VKP réservant certaines zones de pêches à des usagers traditionnels identifiés :

- **Est une solution plébiscitée par le droit comparé,**
- **Est une solution conforme au principe d'égalité,**
- **Est une solution imposée par le droit international.**

BIBLIOGRAPHIE

Adams, M., Cavanagh, V., & Edmonds, B. (2009). Chapter 4. Bush Lemons and Beach Hauling: Evolving traditions and new thinking for protected areas management and Aboriginal people in New South Wales. Dans D. Smyth, & G. Ward, *Protecting Country*. AIATSIS.

Atkinson, M. (2005). *Consent determination in South Australia : A guide to preparing native title reports*. Gov. of South Australia, Crown Solicitor's Office.

ATSIC. (1997). *The Ten Point Plan on Wik & Native Title : Issues for indigenous peoples, Wik Team*.

Barker, B. (1998). Use and continuity in the customary marine tenure of the Whitsunday Islands. Dans N. a. Peterson, *Customary marine tenure in Australia*. Univ. of Sidney: Oceania Pub.

Barnett, K. (2000, Vol. 24, No. 2). Western Australia v Ward. One step forward and two steps back: Native title and the bundle of rights analysis. *Melbourne University Law Review* , pp. pp 462-477.

Bauman, T., & Smyth, D. (2007). *Indigenous Partnerships in Protected Area Management in Australia: three case studies*. AIATSIS Seminar Series.

Behrend, L., & Kelly, L. (2008). *Resolving Indigenous Disputes*. Federation Press.

Behrendt, J. (2007, 20). Changes to Native Title Law Since Mabo. *Indigenous Law Bulletin* .

Blumm, M. C., & Steadman, J. (2009, Vol. 49-March). Indian Treaty Fishing Rights and Habitat Protection: The Martinez Decision Supplies a Resounding Judicial Reaffirmation. *Natural Resources Journal* .

Brennan, F. (1997, March N° 97). The Wik Judgement: Parliament's Opportunity to Restore Certainty and to Rectify a Significant Moral Shortcoming in Australian Land Laws -The Case for Non-Extinguishment, Non-Discrimination and Negotiation. . *UNIYA Occasional Paper* .

Brennan, S. (2003, 14). Native Title in the High Court of Australia a decade after Mabo . *Public Law Review* , p. 209.

- Cazalet, B. (2007, n°138 Regards croisés sur les aires protégées marines et terrestres). Les droits d'usage territoriaux, de la reconnaissance formelle à la garantie juridique. Le cas des aires marines protégées ouest-africaines. *Mondes en développement* , pp. 61-76.
- CRPA. (1996). *Rapport de la Commission Royale sur les peuples Autochtones: Une relation à redéfinir (vol. 2)*. Commission royale sur les peuples Autochtones.
- De Soyza, A. (1998, oct. N°26). Engineering Unworkability: The Western Australian State Government and the Right to Negotiate. *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title* .
- Edelman, D. (juin 2009). Broader native title settlements and the meaning of the term 'traditional owners'. *AIATSIS Native Title Conference*. Melbourne.
- FAO. (2004). *Creating legal space for community-based fisheries and customary marine tenure in the Pacific: issues and opportunities*. Rome: FAO.
- Galligan, B., & Chesterman, J. (1997). *Citizens without rights: Aborigines and Australian citizenship*. Cambridge University Press.
- Gardiner-Garden, J. (1997, 11). The Origin of Commonwealth Involvement in Indigenous Affairs and the 1967 Referendum. *Background Paper* , pp. <http://www.aph.gov.au/library/pubs/bp/1996-97/97bp11.htm>.
- GBRMPA. (1994). *The Great Barrier Reef, keeping it great : A 25 Year Strategic Plan For The Great Barrier Reef World Heritage Area 1994- 2019*. Great Barrier Reef Marine Park Authority.
- Gilligan, B. (2006). *The Indigenous Protected Areas Programme: 2006 Evaluation*. Canberra: Department of the Environment and Heritage.
- Guignier, A. (2004). Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable: figurants ou acteurs ? Dans d. l. Les cahiers du CRIDEAU, *le droit international de l'environnement: entre respect des droits de l'homme et nécessité du développement*. Limoges: Presses Universitaires Limoges.
- Harris, M. A. (2004). "Racialising space: the role of Aboriginal reserves in the dispossession of Indigenous Australians". *Annual meeting of the The Law and Society Association*. Chicago, Illinois.
- Lahn, J. (2009). *La loi sur le droit de propriété indigène et la reconnaissance de la propriété coutumière sur le domaine maritime: Conséquences pour le Parc marin naturel*

de la Grande barrière de corail et pour la gestion des zones marines. <http://www.spc.int>: Secrétariat de la Communauté du Pacifique (SPC-CPS), Coastal Fisheries Programme.

Lam, M. (1998, vol. 39, n° 1-2). Lam Michelle., Consideration of customary marine tenure system in the establishment of marine protected areas in the South Pacific. *Ocean & coastal management* , pp. 97-104.

Langton, M., & Palmer, L. (2003). Modern Agreement Making and Indigenous People in Australia: Issues and Trends. *Australian Indigenous Law Reporter* , pp. 8(1) 1-31.

Langton, M., Rhea, Z. M., & Palmer, L. (2005, 12). Community-oriented protected areas for Indigenous peoples and local communities. *Journal of Political Economy* , pp. 23–50.

Lasseigne, L. (déc. 2008). *La formalisation des enjeux de gestion sur la zone côtière, à partir des usages liés à la pêche locale : le cas de la zone récifo-lagonaire Voh-Koné-Pouembout dans le cadre du projet COGERON de cogestion des récifs et lagons*. I.A.C, Master "Aménagement et développement des territoires maritimes et côtiers", Univ. de Bretagne Sud. Sourisseau (dir.), J-M.

McClanahan, T. R., Marnane, M. J., Cinner, J. E., & Kiene, W. E. (2006, July Volume 16, Issue 14). A Comparison of Marine Protected Areas and Alternative Approaches to Coral-Reef Management. *Current Biology* , pp. 1408-1413.

Min. AINC. (février 2009). *Évaluation de l'incidence des ententes sur les revendications territoriales globales*.

Nurse-Bray, M., & Rist, P. (2009, Volume 33, Issue 1, January). Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area (GBRWHA). *Marine Policy* , p. 11.

Nurse-Bray, M., & Rist, P. (2009, January Volume 33-1). Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area. *Marine Policy* , pp. 118-127.

O'Dea, D. (février 2009). Negotiating Consent Determination - Co-operative mediation - The Thalanyji Experience. *3rd Annual Negotiating Native Title Forum*. Melbourne, Victoria.

Pearson, N. (2006, September 23). A mighty moral victory. *The Australian* .

Pearson, N. (2003). Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia. *Native Title Conference* . Alice Springs: Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies.

Ross, H., George, M., Gorman, K., & Innes, G. (2005). *Traditional owner aspirations towards co-operative management of the Great Barrier Reef World Heritage Area: community case studies*. Townsville: CRC Reef Research Centre.

Rousselle, S. (2006). *La diversité culturelle et le droit des minorités: une histoire de développement durable*. Québec: Ed. Yvon Blais.

Strelein, L. (2006). *Compromised Jurisprudence: Native Title Cases Since Mabo*. Aboriginal Studies Press.

Swartz, J. (1995). *Which way? Have your says!* Townsville: GBRMPA.

TABLE DES REFERENCES

AFFAIRES

Australie. Bennell v Western Australia [2006] FCA 1243 (19 September 2006).	51
Australie. Brown (on behalf of the Ngarla People) v State of Western Australia [2007] FCA 1025 30/05/2007	62
Australie. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA, De Rose v State of South Australia (No 2) [2005] FCAFC 110; (2005) 145 FCR 290 :	53
Australie. HIGH COURT OF AUSTRALIA, MABO AND OTHERS v. QUEENSLAND (No. 2) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014.	47
Australie. HIGH COURT OF AUSTRALIA, Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria [2002] HCA 58 (12 December 2002).	53
Australie. Lardil Peoples v State of Queensland [2004] FCA 298.	62
Australie. Leslie Hayes & Ors on behalf of the Thalanyji People v The State of Western Australia and Others [2008] FCA 1487 18/09/2008.	62
Australie. Lovett on behalf of The Gunditjmara People v State of Victoria [2007] FCA 474 30/03/2007	62
Australie. Nangkiriny v State of Western Australia [2004] FCA 1156	62
Australie. Neowarra v State of Western Australia [2004] FCA	62
Australie. Rubibi Community v State of Western Australia (No 7) [2006] FCA 459 28/04/2006.	62
Australie. Sampi v State of Western Australia (No 3) (2005) 224.	62
Australie. The Wik Peoples v The State of Queensland & Ors; The Thayorre People v The State of Queensland & Ors [1996] HCA 40 ('Wik')	51
Australie. Wandarang, Alawa, Marra & Ngalkakan Peoples v Northern Territory [2004] FCA FC 187 14/11/2000	62
Australie. Ward v Western Australia [2006] FCA 1848.	62
CE, 10 déc. 1982, Synd. intercomm. à vocation multiple de l'île de Ré : Rec. CE, tables, p. 616 ; D. 1983, inf. rap. p. 239, obs. Delvolvé	8
CE, 20 févr. 1961, Lagoutte et Robin : Rec. CE, p. 135	8
CE, 28 févr. 1996, FO consommateurs.	8
CE. sect., 2 nov. 1956, Bibéron : Rec. CE 1956, p. 403, concl. C. Mosset.	7
Conseil de l'Europe. CEDH, 1996, Könkäma et 38 autres villages sames c. Suède	20
Conseil de l'Europe. CEDH, 18 janvier 2001, Chapman c/ R.U, req. 27238/95.	20
Cour Suprême des Etats-Unis Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. 1 (1831)	26
Cour Suprême des Etats-Unis, Johnson v. M'Intosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823)	26
Cour suprême du Canada, Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia, [1973] R.C.S. 313	93
Cour Suprême du Canada. Delgamuukw v. British Columbia [1997] 3 S.C.R. 1010	95
Cour Suprême du Canada. Guerin v. The Queen, [1984] 2 S.C.R. 335.	94
Cour Suprême du Canada. Kruger and al. v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 104 , May 31, 1977	97

Cour Suprême du Canada. <i>Mitchell v. M.N.R.</i> , 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911 , May 24, 2001.	96
Cour Suprême du Canada. <i>Opetchesaht Indian Band v. Canada</i> , [1997] 2 S.C.R. 119 , May 22, 1997	94
Cour Suprême du Canada. <i>R. c. Marshall & Bernard</i> , 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 , July 20, 2005.....	96
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Badger</i> , [1996] 1 S.C.R. 771 , April 3, 1996.	97
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Côté</i> , [1996] 3 S.C.R. 139 , October 3, 1996.	96
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Gladstone</i> , [1996] 2 S.C.R. 723 , August 21, 1996 :	97
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.</i> , [1996] 2 S.C.R. 672 , August 21, 1996	97
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Sappier & Gray</i> , 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686 , December 7, 2006	96
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Sioui</i> , [1990] 1 S.C.R. 1025 , May 24, 1990.....	97
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075.....	96
Cour Suprême du Canada. <i>R. v. Van der Peet</i> , [1996] 2 S.C.R. 507 , August 21, 1996.....	97
Cour Suprême du Canada. <i>Simon v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 387 , November 21, 1985	96
Court of Appeal of New Zealand, 19 June 2003, <i>Ngati Apa v Attorney-General</i> [2003] NZCA 117.....	34, 35
<i>Fejo and Mills v Northern Territory and Oilnet (NT) Pty Ltd</i> [1998] HCA 58 (10 September 1998).	52
<i>Guerin v. The Queen</i> , [1984] 2 S.C.R. 335 , November 1, 1984.....	93
High Court Decision, <i>Commonwealth v Yarmirr</i> ; <i>Yarmirr v Northern Territory</i> [2001] HCA 56 (11 October 2001)	51
OEA. C.I.D.H., 17 juin 2005, <i>Comunidad Indigena Yakye Axa vs. Paraguay</i> , § 135.....	19
<i>Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)</i> , 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746 , December 7, 2001.....	94
<i>R. v. Adams</i> , [1996] 3 S.C.R. 101 , October 3, 1996	96
US, Federal Court, <i>United States v. Oregon et Sohappay v. Smith</i> (302 F. Supp. 899) 1969.....	27
US. Federal Court, <i>United States v. Washington</i> (384 F. Supp. 312), « the Boldt Decision » 1974	28
<i>Western Australia v Ward</i> (2002) 76 ALJR 1098; [2002] HCA 28 (<i>Ward</i>).	52
<i>Wewaykum Indian Band v. Canada</i> , 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 , December 6, 2002.....	94
<i>Yarmirr v Northern Territory</i> (Unreported, FCA, 4 September 1998, Olney J) 04/09/1998.....	62

LOIS

Aboriginal Land Act 1991 (Qld)	41
Aboriginal Land Rights Act 1983 (NSW)	41
ACCORDS DE NOUMEA, 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998 page 8039.....	3
Art. 211-1 CEPN.....	9
Article 110-4 CEPN	9
Australie. Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976	41
Australie. Aboriginal Lands Trust Act (South Australia).....	40
Australie. Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act).....	70
Australie. Pitjantjatjara Lands Act (South Australia) 1956.....	40
Canada. Loi constituant le Tribunal des revendications particulières, 2008, ch. 22, S-15.36	94
Foreshore and Seabed Act 2004	33
Great Barrier Reef Marine Park Zoning Plan 2003, GBRMPA.....	76
Indian Act (1876), LRC , 1985, c. I-5	88

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie :.....	3
Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act (1976-77, c. 32).....	94
Loi sur les Océans (1996, ch. 31)	31
Mauritanie. Loi 2000-024 du 19 janvier 2000 relative au Parc National du Banc d'Arguin.....	34
Native Title Act 1993.....	46
section 51 (xxvi) of the Australian Constitution Act (1967)	39
Torres Strait Islander Land Act 1991 (Qld)	41
U.S. Constitution, article 1er Section 8.	25

ARTICLES

Bauman, T. and D Smyth. 2007. Indigenous Partnerships in Protected Area Management in Australia: Three case studies. Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies in association with the Australian Collaboration and the Poola Foundation (Tom Kantor fund), Canberra 9, disponible sur : http://ntru.aiatsis.gov.au/major_projects/nativetitle_land&water.html :	80
Blumm, Michael C. and Steadman, Jane, Indian Treaty Fishing Rights and Habitat Protection: The Martinez Decision Supplies a Resounding Judicial Reaffirmation, (March 9, 2009). Natural Resources Journal, Vol. 49, 2009; Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-8. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1356223	27
Edgeworth B., Tenure, allodialism and indigenous rights at Common Law : English, United States and Australian Land Law compared after Mabo v. Queensland, Common Law World Review, 1994, 23 :397	45
Fitzpatrick, Peter (2002). 'No higher duty': Mabo and the failure of legal foundation. Law and Critique 13 (3) 233-252	45
Framlingham Aboriginal Trust and Winda Mara Aboriginal Corporation, <u>Kooyang Sea Country Plan - full report</u> , 2004. http://www.environment.gov.au	79
Growing up strong, The first 10 years of Indigenous Protected Areas in Australia, Australian Government Department of the Environment and Water Resources, May 2007	85
Lane P H, 'The changing role of the High Court' (1996) 70 Australian Law Journal 246-51.	49
Mary C. Hurley, Projet de loi C-30 : Loi sur le tribunal des revendications particulières, Division du droit et du gouvernement, 26 juin 2008	94
McClanahan Timothy R., Michael J. Marnane, Joshua E. Cinner, William E. Kiene, A Comparison of Marine Protected Areas and Alternative Approaches to Coral-Reef Management, Current Biology, Volume 16, Issue 14, 25 July 2006, Pages 1408-1413	36
Ngarrindjeri Tendi, Ngarrindjeri Heritage Committee and the Ngarrindjeri Native Title Management Committee, <u>Ngarrindjeri Nation Sea Country Plan : Caring for Ngarrindjeri Country and Culture</u> , 2006. http://www.environment.gov.au	79
Nursey-Bray Melissa, Phillip Rist, Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area (GBRWHA) , <i>Marine Policy</i> , Volume 33, Issue 1, January 2009, Pages 118-127.....	77

Pearson N, "Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia" (Paper presented at the Native Title Conference 2003, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, Alice Springs, 3 June 2003), http://www.aiatsis.gov.au ;	45
Pearson Noel, The Concept of Native Title at Common Law, Australian Humanities Review, March 1997.	45
Rapport de Commission Royale sur les peuples autochtones, 1996, Ottawa, 5 vol., http://www.collectionscanada.gc.ca	89
SCHARTZ BRIAN E., FISHING FOR A RULE IN A SEA OF STANDARDS: A THEORETICAL JUSTIFICATION FOR THE BOLDT DECISION, N.Y.U. Annual Survey of American Law, 2006–2007	27
Tizon Alex, 25 years after the Boldt Decision: The fish tale that changed history, Seattle Times, February 7, 1999.	27

TRAITES

Agenda 21	14
Charte des Nations Unies. Chapitre XI : Déclaration relative aux territoires non autonomes. Article 73	16
Conférence internationale sur la pêche responsable, 1992, Cancún, Mexique.	14
Conseil de l'Europe. Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales	18
Convention n°169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (Convention OIT n°169), adoptée le 27 juin 1989	13
Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, (FCNM) Strasbourg, 1.II.1995.	14
Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 septembre 2007	13
Draft American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, Committee On Juridical And Political Affairs, Permanent Council Of The Organization Of American States, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 3, 30 December 2008	13
Paula Parviainen (Rapp.) Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples by the specialized agencies and the international institutions associated with the United Nations : report of the Special Political and Decolonization Committee (4th Committee) : General Assembly, 63rd session, UN, 18 Nov. 2008 A/63/406.	17
Résolution 2000/22 du 28 juillet 2000. United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII)	13

RÉGLEMENTATIONS

ABORIGINAL SUBSISTENCE WHALING CATCHES SINCE 1985, disponible à l'adresse : www.iwcoffice.org	28
Agreement between Her Majesty the Queen in Right of Canada and Westbank First Nation	95
Canada. Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte	95
Canada. Nisga'a Final Agreement 1999	95
COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN L'UNION EUROPÉENNE ET LA RÉGION ARCTIQUE, COM(2008) 763 final	27

Council Resolution on Indigenous peoples within the framework of the development cooperation of the Community and the Member States of 30 November 1998 30/11/1998.....	19
James Bay and Northern Quebec Agreement and Complementary Agreements (1975)	95
Land Claims Agreement Between the Inuit of Labrador and Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland and Labrador and Her Majesty the Queen in Right of Canada.....	95
Lignes directrices pour les catégories de gestion des aires protégées, (Résumé), Service de publications de l'UICN, disponible : www.iucn.org	4
Nunavut Land Claims Agreement (1993)	95
PRINCIPES ET LIGNES DIRECTRICES SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES ET TRADITIONNELS ET LES	
AIRES PROTEGEES, UICN - Union mondiale pour la nature / CMAP - Commission mondiale des aires protégées, WWF - Fonds mondial pour la nature, Résolution 1.53 du Congrès mondial de la nature (CMN), Montréal, 1996.....	32
RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL Examen des progrès de la coopération avec les populations	
autochtones, Bruxelles, le 11.6.2002, COM(2002) 291 final.	19
The Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement (1992)	95
The Northeastern Quebec Agreement (1978).	95
Working Document of the Commission of May 1998 on support for indigenous peoples in the development co-operation of the Community and the Member States.	19

ANNEXE 1 – POSSIBILITES DE ZONAGE A L'INTERIEUR D'UNE RESERVE

La réponse à cette question est issue du guide IUCN puisque les aires marines protégées telles que conçues dans le CEPN l'est en référence à la nomenclature IUCN :

« **C'est une des questions les plus épineuses concernant les catégories. La réponse est que cela dépend** : de la propriété, de la gouvernance et, dans une certaine mesure, des souhaits de l'autorité ou des autorités de l'aire protégée.

Concernant la zone VKP, il y a **deux situations** où une aire protégée ou des aires protégées contiguës peuvent se voir attribuer des catégories différentes :

1. **Aires incluses avec de multiples objectifs** : des aires protégées de différentes catégories sont parfois incluses l'une dans l'autre – c.-à-d. qu'une aire protégée de grande taille peut contenir plusieurs aires protégées plus petites. Le modèle le plus commun serait une aire vaste, moins strictement protégée qui en contient d'autres, plus petites et protégées plus strictement.

Par exemple, de nombreuses aires de catégorie V contiennent des aires de catégorie I et IV – dépendant éventuellement d'autorités de gestion ou d'approches de gouvernance complètement différentes.

2. **Différentes zones au sein des aires protégées** : le zonage est d'habitude un outil de gestion au sein d'une même aire protégée et il n'est généralement pas identifié par une catégorie différente, mais il y a des exceptions. Dans certaines aires protégées, des portions d'une même unité de gestion sont classées par la loi comme ayant des objectifs de gestion différents et comme étant des aires protégées distinctes : en effet, ces « portions » sont des aires protégées individuelles qui, ensemble, composent une unité plus grande, même si elles relèvent toutes de la même autorité de gestion.

Dans le cas de l'Australie, par exemple, le zonage est utilisé comme un instrument de gestion et comme un outil servant à la désignation d'une aire protégée et il est inscrit dans la réglementation. Donc, le Great Barrier Reef Marine Park d'Australie s'est vu assigner la catégorie VI dans son ensemble, mais il s'est aussi vu assigner

officiellement d'autres catégories qui concernent la gestion réglementée de certaines zones dans le parc.

Tableau 8. Catégorisation de la Grande Barrière de Corail

Aire	Catégorie UICN	Taille (ha)
Great Barrier Reef Marine Park comprenant :		34.440.000
Grande Barrière de Corail	Ia	86.500
Grande Barrière de Corail	II	11.453.000
Grande Barrière de Corail	IV	1.504.000
Grande Barrière de Corail	VI	21.378.000
Commonwealth Islands ⁹		18.500

Séparer des zones sous différentes catégories, c'est quelque chose qui ne sera généralement tenté que pour de vastes aires protégées et qui est laissé à la discrétion du gouvernement concerné étant donné les conditions décrites ci-dessus.

L'UICN recommande que l'on puisse rapporter de multiples catégories au sein d'une seule grande aire protégée lorsque certaines conditions sont remplies. Ces conditions reflètent la permanence et les objectifs du système de zonage. Les scénarios alternatifs sont les suivants :

* Zones dites « dures » : des zones peuvent être assignées à une catégorie de l'UICN lorsqu'elles :

(a) sont clairement cartographiées,

(b) sont reconnues par des moyens juridiques ou autres et

(c) ont des objectifs de gestion distincts et non ambigus qui peuvent être assignés à une catégorie particulière d'aire protégée (la règle des 75 pour cent n'est pas pertinente ici) ;

* Zones dites « douces » : des zones ne sont pas assignées à une catégorie de l'UICN quand elles :

(a) font l'objet de révisions régulières, comme par un processus de planification de la gestion,

(b) ne sont pas reconnues par des moyens efficaces, ni juridiques, ni autres et

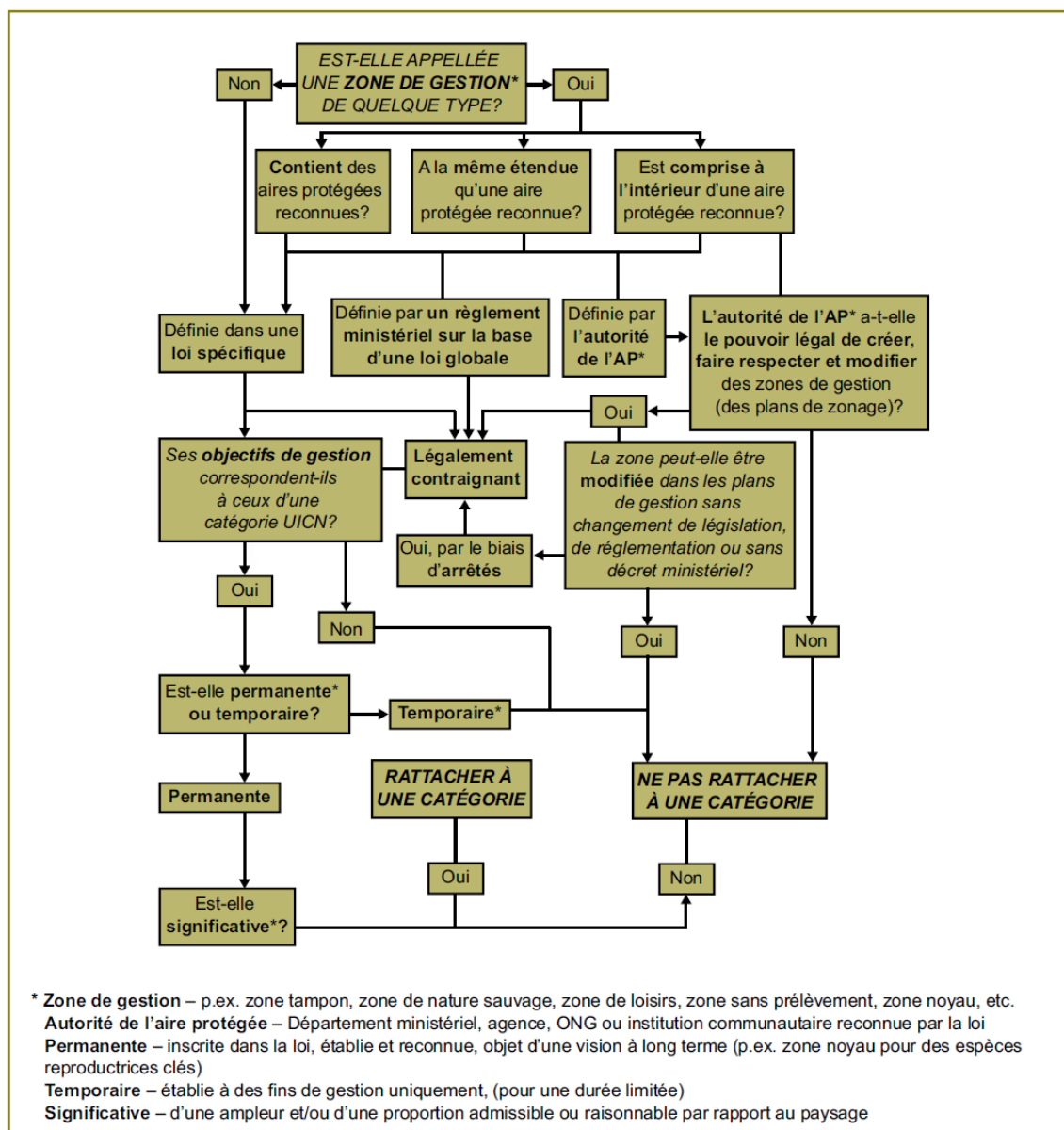
(c) ne correspondent pas à une catégorie particulière d'aire protégée (la règle des 75 pour cent s'applique pour définir la catégorie générale de l'aire protégée).

Pour être clair, une catégorisation séparée des zones est possible lorsque la législation de base décrit et délimite des zones au sein d'une aire protégée et pas lorsque la législation de base permet simplement de faire un zonage dans l'aire protégée, par exemple lors d'un processus de planification de gestion.

L'UICN déclare dans la plupart des cas qu'il n'est pas nécessaire d'attribuer une catégorie à des zones dans des aires protégées mais que cela peut être pertinent dans les plus grandes aires protégées où des zones précises sont elles-mêmes des aires protégées importantes de plein droit.

En tout état de cause, l'article 213-8 alinéa 3 du Code précise que « *Le règlement et/ou le plan de gestion peut instituer un zonage à l'intérieur de l'aire naturelle protégée et une gestion différenciée y afférente, pourvu que ceux ci restent compatibles avec l'objectif de gestion principal de l'aire naturelle protégée et notamment qu'au moins trois quart de sa surface reste affectée à cet objectif principal de gestion* ».

Figure 2. Zones et catégories d'aires protégées de l'UICN



ANNEXE 2 - LE MODELE AUSTRALIEN

Près de 15% du territoire australien est détenu par ou pour le compte de populations aborigènes. Sur les zones côtières, les peuples aborigènes sont investis d'une responsabilité culturelle particulière, qui est en voie de reconnaissance par les autorités gouvernementales.

Le modèle australien de protection des droits d'usages traditionnels sur le domaine marin se caractérise, au plan procédural, par le rôle important des modes de résolution négocié des litiges, et au plan du contenu, par un développement du droit de participation des communautés traditionnelles à l'administration et la gestion du domaine marin.

D'un point de vue procédural on assiste à l'émergence d'une véritable « *culture de la négociation* » (Langton & Palmer, 2003), facteur commun à la très grande diversité d'instruments, et de régimes de protection des usages traditionnels sur le domaine marin. L'élément central de cette protection est le Native Title [Titre Aborigène], création jurisprudentielle de la High Court. Le contentieux demeure un moteur important de la reconnaissance des droits aborigènes sur le foncier terrestre et le domaine marin. Diverses réformes législatives ont toutefois mis l'accent sur des modes alternatifs de résolution négociée des revendications. Les principaux instruments de négociation sont la médiation dans le cadre d'une détermination judiciaire d'un Titre aborigène, les Indigenous Land Use Agreements (ILUAs), et les Future Act agreements (Accords sur Actes futurs affectant un Titre Aborigène).

Du point de vue du contenu des droits d'usages traditionnels. Le droit australien reconnaît l'existence de droits d'usage traditionnels non-exclusifs sur le domaine marin. Ce droit d'usage ne consiste pas dans un droit réel au sens ordinaire du terme, bien que l'on puisse l'apparenter à un usufruit. Plus largement, l'accès et l'usage s'accompagnent d'un droit de participer à la gestion du bien. Les Aires Marines Protégées forment le cadre juridique dans lequel se matérialise ce droit de participer. Ce droit va plus loin que le droit d'usage non-exclusif théoriquement reconnu par le droit australien. Formellement, les droits d'usages traditionnels reconnus au profit de communautés aborigènes sont des droits non-exclusifs qui ne permettent pas de

restreindre l'accès des tiers aux aires marines traditionnelles. Le principe selon laquelle la mer est libre est ainsi virtuellement sauvegardé. Toutefois, dans le cadre des AMP, la participation des communautés traditionnelles peut déboucher sur un aménagement de la coexistence des usages et éventuellement, une exclusion d'utilisateurs tiers concurrents.

Pour en savoir plus : Quelques références sur des expériences concrètes

- Framlingham Aboriginal Trust and Winda Mara Aboriginal Corporation, [Kooyang Sea Country Plan - full report](http://www.environment.gov.au), 2004. <http://www.environment.gov.au>
- Ngarrindjeri Tendi, Ngarrindjeri Heritage Committee and the Ngarrindjeri Native Title Management Committee, [Ngarrindjeri Nation Sea Country Plan : Caring for Ngarrindjeri Country and Culture](http://www.environment.gov.au), 2006. <http://www.environment.gov.au>
- [About Indigenous Protected Areas - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, September 2006
- [Growing up strong](#), The first 10 years of Indigenous Protected Areas in Australia, Australian Government Department of the Environment and Water Resources, May 2007
- [Sea Country: an Indigenous perspective](#), The South-east Regional Marine Plan, National Oceans Office, 2002
- [Living on Saltwater Country](#), Review of literature about Aboriginal rights, use, management and interests in northern Australian marine environments, National Oceans Office, 2004
- [Anindilyakwa Indigenous Protected Area - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, September 2006
- [Dhimurru Indigenous Protected Area - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, September 2006
- [Laynhapuy Indigenous Protected Area - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, September 2006
- [Mount Chappell Island and Badger Island Indigenous Protected Areas - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, February 2007
- [Ngaanyatjarra Lands Indigenous Protected Area - fact sheet](#), Australian Government Department of the Environment and Water Resources, February 2007

LES PROCEDURES DE RECONNAISSANCE DES DROITS ABORIGENES SUR LES AIRES MARINES TRADITIONNELLES

Le gouvernement fédéral australien dispose d'une compétence partagée avec les gouvernements fédérés pour légiférer sur les droits des Peuples autochtones australiens⁸⁷ (Gardiner-Garden, 1997).

Il existe plusieurs approches en droit australien en vue de la reconnaissance en droit australien de droits réels sur la terre ou la mer, au profit de communautés traditionnelles. Ces approches ont en commun de privilégier la négociation. On distingue ainsi :

- Aboriginal Reserves [Réserves aborigènes]
- Aboriginal Land [Terres Aborigènes],
- le Native Title [Titre Aborigène],
- Future Acts [accords sur les Actes Futurs relatifs à un Titre Aborigène],
- Indigenous Land Use Agreements : ILUAs [Accords Indigènes sur l'usage des Terres].

* Aboriginal Lands

Le système des réserves aborigènes en Australie s'est mis en place durant le XIX^{ème} siècle⁸⁸ sous forme de terres confiées en fiducie [*trust*] à des missions religieuses, à charge d'utilisation pour le bénéfice des communautés aborigènes. Les réserves offraient un refuge et de la nourriture aux communautés aborigènes persécutées, mais le paternalisme évangélique des missionnaires a contribué à détruire la culture

⁸⁷ section 51 (xxvi) of the Australian Constitution Act (1967). Ont été adoptés sur cette base : Aboriginal Land Fund Act 1974, the Aboriginal Loans Commission Act 1974, the Aboriginal and Torres Strait Islanders (Queensland Discriminatory Laws) Act 1975, Aboriginal Councils and Associations Act 1976, Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976, Aboriginal and Torres Strait Islanders (Queensland Reserves and Communities Self-Management) Act 1978, Aboriginal Development Commission Act 1980, Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage (Interim Protection) Act 1984, Aboriginal and Torres Strait Islanders Commission Act 1989 and the Council for Aboriginal Reconciliation Act 1991.

⁸⁸ Le premier trust de ce type a été constitué en 1826, sur les rives du Lac Macquarie. Les 40 km² de terrain ont été confiés à la London Missionary Society.

aborigène, notamment par la pratique du placement des enfants [*stolen generations* : générations volées]. Les territoires réservés étaient des terrains désolés impropres à l'exploitation par les colons blancs. Il en a résulté d'importants déplacements de populations, et une rupture des liens traditionnels des clans à leur terre. Les réserves étaient ainsi un élément important de la politique « *assimilationniste* » du gouvernement à l'égard des communautés aborigènes, au détriment du respect de leur culture ancestrale (Harris, 2004). Les mouvements politiques de aborigènes des années 60 ont revendiqué la restitution des terres de réserves.

Ces revendications ont conduit à transformer le système des réserves et abouti à une première vague de restitutions foncières, à travers les Aboriginal Lands (Galligan & Chesterman, 1997)⁸⁹. Les anciennes réserves ont été transférées aux corporations fiduciaires aborigènes [Aboriginal Trust] en tant que Aboriginal Lands [terres aborigènes].

Les requêtes introduites au titre du Northern Territory Act ne peuvent porter que sur des terrains vacants de la Couronne⁹⁰. Cette loi prévoit également que toutes les requêtes devaient être introduites, à peine de prescription, dans un délai de 20 années, expirant en juin 1997. Les requérants devaient prouver une association traditionnelle continue à la terre [*evidence of continuing traditional association*]. Ces conditions restrictives se retrouvent actuellement dans le Native Title Act et ont visiblement inspiré la jurisprudence sur le titre aborigène.

La première restitution de ce type est accomplie par le Pitjantjatjara Lands Act (South Australia) 1956 qui transfère unilatéralement certaines terres faisant partie du domaine de l'Etat, complété en 1966 par le Aboriginal Lands Trust Act (South Australia). L'Aboriginal Land Trust est une personne morale de droit privé, ayant pour fonction de détenir à titre fiduciaire, au bénéfice des communautés aborigènes, des terres transférées par l'Etat. Ce modèle a été repris au niveau fédéral en vertu du Aboriginal Land Fund Act (1974)⁹¹ ayant pour mission de créer un fonds d'assistance à l'acquisition de terres au profit de communautés aborigènes.

⁸⁹ Sur ces questions on pourra lire : Bain Attwood, Andrew Markus, *The struggle for aboriginal rights: a documentary history*, Allen & Unwin, 1999 ; et Bain Attwood, *Rights for aborigines*, Allen & Unwin, 2003.

⁹⁰ Schedule 1 to the Act lists all unalienated Crown land in the Territory under district headings (Amoonguna, Arnhem Land (Islands), Arnhem Land (mainland), Bathurst Island, Beswick, Daly River, Delissaville, Haasts Bluff, Hermannsburg, Hooker Creek, Jay Creek, Lake Mackay, Larrakeah, Melville Island, Petermann, Santa Teresa, Wagait, Warrabri, Woolwonga and Yuendumu).

⁹¹ Titre complet : An Act to assist Aboriginal Communities to acquire Land outside Aboriginal Reserves.

Un tournant est opéré avec le Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976, première loi australienne fournissant une base légale pour la revendication en justice par les communautés aborigènes de terres avec lesquelles elles entretiennent un lien traditionnel. L'intérêt pratique de cette loi est double. En premier lieu, elle transfère toutes les terres de réserves détenues fédéralement, entre les mains de Trusts Aborigènes, sans qu'il soit nécessaire d'introduire une demande en ce sens⁹². En second lieu elle crée une procédure permettant la revendication légale de terres avec lesquelles les communautés aborigènes entretiennent un lien traditionnel. Les requêtes sont portées devant la Aboriginal Land Commission. Les commissaires sont des juges de la Federal Court ou de la Cour Suprême du Northern Territory. Si la Commission est satisfaite par les éléments factuels tendant à prouver le rattachement traditionnel des requérants au territoire revendiqué, elle fait une recommandation en ce sens auprès du Ministre des Affaires Aborigènes. Le Ministre décide ensuite s'il convient d'enjoindre au Gouverneur Général du Northern Territory de transférer tout ou partie des territoires réclamés.

Les Terres transférées au titre de l'Aboriginal Land Act sont détenues par un Trust Aborigène qui doit regrouper des membres des communautés traditionnelles concernées. Les biens sont possédés en propriété mais sous condition fiduciaire. Ils sont inaliénables. Et ne peuvent faire l'objet d'aucune sûreté réelle.

Ce modèle sera généralisé, par la suite, dans diverses législations des autres Etats:

- South Australia, Pitjantjatjara Land Rights Act 1981 (SA), et Maralinga Tjarutja Land Rights Act 1984 (SA)
- New South Wales, Aboriginal Land Rights Act 1983 (NSW)
- Queensland, Aboriginal Land Act 1991 (Qld), et Torres Strait Islander Land Act 1991 (Qld)
- Tasmania, Aboriginal Lands Act 1995 (Tasmania)

⁹² Schedule One Land.

* Native Title [Titre Aborigène]

Présentation générale. Une requête en détermination d'un Titre Aborigène est une demande introduite par une ou plusieurs personnes tendant à la reconnaissance au profit d'une communauté aborigène d'un titre sur une portion de terre ou de mer.

La procédure est engagée par l'enregistrement de la requête auprès de la Federal Court. La requête est ensuite transmise au National Native Title Tribunal, qui procède à un test d'enregistrement. Si la requête vérifie l'ensemble des conditions imposées au titre du test d'enregistrement, c'est-à-dire, s'il n'existe pas à première vue d'opposition à la reconnaissance du titre aborigène, les requérants obtiennent le droit de négocier dans le cadre du régime des actes futurs. Le registre des requêtes permet d'assurer la publicité de la demande, afin d'offrir aux parties éventuellement intéressées dans la zone soumise à revendication, de devenir partie à la procédure devant la Federal Court.

En cas d'intervention, le Tribunal intervient ordinairement en tant que médiateur la recherche d'un accord entre les requérants et les personnes s'opposant à la reconnaissance du titre. Si un accord est trouvé, il peut être soumis à la Federal Court, qui a la faculté de procéder à la détermination du titre sur la base de l'accord. On parle alors d'une détermination consentie [*consented determination*]. Dans l'hypothèse contraire, en l'absence d'accord, la Federal Court met la requête en jugement et adopte une décision. La Federal Court peut rejeter purement et simplement la requête, s'il n'existe pas de preuves suffisantes d'un lien traditionnel à la zone revendiquée, ou procéder à la détermination totale, ou seulement partielle, d'un titre aborigène.

Le National Native Title Tribunal joue un rôle clé dans ces négociations. Trois voies principales sont privilégiées pour la résolution des revendications de titre aborigène.

- En premier lieu, le NNTT peut être désigné comme médiateur dans le cadre de la procédure judiciaire, en vue d'assister les requérants et les parties intéressées à parvenir à un accord. On parle alors d'une détermination consentie [*consented determination*] qui sera homologuée par la Federal Court.
- En second lieu, le NNTT peut être désigné médiateur dans le cadre du régime des actes futurs, qui permet aux requérants ayant satisfait au test d'enregistrement de négocier des accords avec les autres parties intéressées, pendant la procédure de détermination du titre.

- En troisième lieu, le NNTT peut fournir une assistance aux parties souhaitant s'engager dans une ILUA.

Originellement contentieux, le titre aborigène est désormais principalement résolu par voie de négociation, judiciaire ou extra-judiciaire.

Le système de détermination judiciaire du titre aborigène, originellement purement contentieux, a évolué pour laisser une large place à la négociation entre les parties, par voie de médiation, et dans le cadre du régime des actes futurs.

	Décisions de reconnaissance d'un Titre Aborigène (oui)	Décisions de rejet	Total
Procédures non-contentieuses [consent determinations]	72	5	77
Procédures contentieuses [litigated determinations]	16	6	22
Sans opposition	0	25	25
Nombre total de décisions sur un Titre Aborigène	88	36	124

Tableau 1: Statistiques du registre NNTT – 17 août 2009.

La notion de Native Title⁹³ et L'arrêt Mabo⁹⁴. Cette procédure a été créée en 1993 par le Native Title Act, suite à la décision Mabo de 1992. L'arrêt Mabo renverse la

⁹³ Voir notamment les nombreux travaux publiés à ce sujet par l'unité de recherche spécialisée : <http://ntru.aiatsis.gov.au>

⁹⁴ HIGH COURT OF AUSTRALIA, [MABO AND OTHERS v. QUEENSLAND \(No. 2\)](#) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014. L'arrêt Mabo II fait suite à l'arrêt Mabo I de 1988 annulant, pour contrariété avec le Commonwealth Racial Discrimination Act de 1975, une loi de l'Etat de Queensland déclarant l'extinction d'un quelconque droit dont auraient joui les habitants des Iles du Détroit de Torres [Torres Strait] après la revendication de souveraineté de 1879 : HIGH COURT OF AUSTRALIA, [MABO and ANOTHER v. THE STATE OF QUEENSLAND and ANOTHER](#) [1988] HCA 69; (1989) 166 CLR 186 F.C. 88/062. Parmi les nombreux commentaires, v. not. : Brennan S., « [Native Title](#) » (2003) 14 Public Law Review 209; Edgeworth B., [Tenure, allodialism and indigenous rights at Common Law : English, United States and Australian Land Law compared after Mabo v. Queensland](#), Common Law World Review, 1994, 23 :397; Fitzpatrick, Peter (2002). ['No higher duty': Mabo and the failure of legal foundation](#). Law and Critique 13 (3) 233-252.; Hunt Michael W., [Mineral development and indigenous People : the implications of the Mabo Case](#), Journal of Energy and natural resources Law, 1993, 11 :155; Ladbury R., Chin J., [Legislative responses to the Mabo decision : Implications for the Australian resources Industry](#), Journal of Energy & Natural resources Law, 1994, 12 :207; Mercer David, [Aboriginal self-determination and indigenous land title in post-Mabo Australia](#), Political Geography, Volume 16, Issue 3, March 1997, Pages 189-212; Pearson N., ["Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia"](#) (Paper presented at the Native Title Conference 2003, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, Alice Springs, 3 June 2003), <http://www.aiatsis.gov.au>; Pearson Noel, [The Concept of Native Title at Common Law](#), Australian Humanities Review, March 1997 ; Robinson Cathy, David Mercer, [Reconciliation in troubled waters? Australian oceans policy and offshore native title rights](#), Marine Policy, Volume 24, Issue 4, July 2000, Pages 349-360.

théorie de la Terra Nullius qui fondait la revendication territoriale britannique sur l'Australie⁹⁵, au profit de la théorie du titre aborigène (*Native Title*) reconnaissant l'antériorité du titre juridique des communautés aborigènes sur le territoire australien. La solution est révolutionnaire parce qu'elle ne fait pas découler le titre aborigène de la Common Law, mais du droit traditionnel des communautés aborigènes en lui-même.

La conséquence principale de l'arrêt Mabo est de déclarer l'existence actuelle d'un titre aborigène au profit de toute communauté installée antérieurement à 1770, sur toute portion du territoire sur laquelle ce titre ne se serait pas légalement éteint, et à condition que la communauté aborigène ait maintenu un lien traditionnel avec le territoire revendiqué. La protection du titre aborigène implique le droit à une juste compensation en cas d'expropriation postérieurement à 1975⁹⁶.

En l'espèce, la Haute Cour a reconnu que la demande introduite par M. Eddie Mabo au nom du peuple Meriam était fondée. Selon l'arrêt, « *le peuple Meriam est titulaire d'un droit opposable envers toute autre personne garantissant la possession, l'occupation, l'usage et la jouissance des terres des Iles Murray.* »⁹⁷ La procédure acharnée avait toutefois duré dix ans, depuis l'introduction de la demande par Eddie Mabo en 1982, qui est décédé avant que la Cour tranche en sa faveur.

Le Native Title Act⁹⁸.- Suite à l'arrêt Mabo, le législateur australien a adopté le *Native Title Act* tendant à déterminer les modalités de déclaration d'un titre aborigène. La procédure est relativement lente et complexe⁹⁹.

Purement contentieux à l'origine, le système a été réformé en 1998 par l'instauration d'une procédure gracieuse. Il convient de distinguer deux voies pour la détermination du Titre Aborigène : la voie contentieuse d'une part, la voie négociée d'autre part.

Voie contentieuse. Les communautés revendiquant un titre aborigène sur un territoire doivent introduire leur demande auprès de la Cour Fédérale Australienne

⁹⁵ Déclaration de possession au nom de la Couronne de J. Cook en 1770 et établissement de la colonie britannique de Nouvelle Galles du Sud en 1788.

⁹⁶ Date à laquelle l'Australie a adopté des lois prohibant la discrimination raciale des aborigènes.

⁹⁷ Mabo n° II préc. : « *the Meriam people are entitled as against the whole world to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Murray Islands* ».

⁹⁸ Native Title Act 1993

⁹⁹ V. le guide publié de la procédure d'enregistrement publié par le NNTT : [Registration Test Procedures](#). Pour la vérification des conditions du test d'enregistrement en lui-même on consultera : *The Handbook for delegates of the Native Title Registrar: Applying the conditions of the registration test*.

(FCA). Le Native Title Act a été amendé en 1998 de manière restrictive, par l'instauration notamment du test préliminaire d'enregistrement. En 2007, un nouvel amendement¹⁰⁰ permet à la Cour fédérale de rejeter les demandes dont elle est saisie, qui n'ont pas satisfait au test d'enregistrement.

National Native Title Tribunal (NNTT). Le Native Title Act a créé un tribunal spécialisé des titres aborigènes¹⁰¹ : le National Native Title Tribunal (NNTT). La demande est transmise au NNTT qui procède au test d'enregistrement. Le rôle principal du Tribunal est de filtrer les demandes introduites auprès de la Cour Fédérale, par application du test d'enregistrement¹⁰². Seules les demandes qui passent le test sont enregistrées sur le Registre des demandes de titres aborigènes¹⁰³. Le test suppose la vérification de plusieurs conditions. Le Tribunal examine notamment qu'au moins un des demandeurs présente un rattachement physique traditionnel au territoire revendiqué. Il examine également si la demande présente *prima facie* des chances raisonnables de succès. En outre, les demandes de reconnaissances d'un titre aborigène au nom d'une communauté doivent faire l'objet d'une autorisation par l'ensemble des membres de la Communauté concernée¹⁰⁴.

Une fois la requête en détermination du Titre aborigène enregistrée auprès du NNTT, la Federal Court adopte une décision. La décision peut être réformée en appel devant la High Court, plus haute instance judiciaire du système australien.

Prescribed Bodies Corporate. Si le Titre est reconnu, il doit être impérativement logé dans une personne morale spéciale : instituée par le Native Title Act : les Corporations Représentatives de Titres Aborigènes¹⁰⁵. Ces Corporations assurent par la suite la gestion du bien.

Portée et contenu du Titre aborigène. Le titre aborigène sera reconnu sur différents types de zones : zones inoccupées sur le domaine public de la Couronne, terres de réserves, terres donnée à bail pastoral, terres détenues par les Communautés Aborigènes, plages, zones marines, récifs coralliens, rivières, marais et zones aquatiques qui ne sont pas détenues privativement.

¹⁰⁰ Native Title Amendment Act 2007, 15 April 2007. Ss. 190F.

¹⁰¹ National Native Title Tribunal : <http://www.nntt.gov.au/Pages/default.aspx>

¹⁰² Le test d'enregistrement est défini par le Native Title Act ss. 190A, 190B et 190C.

¹⁰³ Register of Native Title Claims (RNTC).

¹⁰⁴ Section 61(1) du Native Title Act issu d'un amendement de 1998.

¹⁰⁵ Native Title Representative Bodies (NTRB). <https://www.ntrb.net/PublicPages/NTRBmap.aspx>

La propriété coutumière dont jouissent les détenteurs d'un titre natif ne confère toutefois pas nécessairement un droit d'accès et d'usage exclusif. Le faisceau de droits aborigènes contenus dans le titre [*native title bundle*] peut inclure un droit de possession exclusive permettant de contrôler l'accès et l'usage de la terre. Mais un droit de possession exclusive ne peut être reconnu que sur un territoire vacant faisant anciennement partie du domaine public de la Couronne, ou sur des terres déjà détenues par des Autochtones ou pour le compte de communautés autochtones. Les droits reconnus peuvent consister en le droit de vivre sur le territoire, l'accès au territoire pour des à des fins traditionnelles, pour camper ou procéder à des rites et cérémonies, visiter et protéger des lieux sacrés, chasser, pêcher, récolter de la nourriture, de l'eau, du bois, de l'ocre. Le titre aborigène ne comprend en aucune manière un quelconque droit sur des ressources minières, ou pétrolifères. Aucun droit de possession exclusive n'est reconnu sur les terres recouvertes par la marée ou sur les zones marines.

Coexistence du Titre Aborigène et des droits fonciers concurrents. Dans tous les autres cas, le faisceau de droits comprendra un éventail de droits non-exclusifs, sans contrôle de l'accès et de l'usage. Dans ce cas on parlera d'un titre aborigène coexistant. D'une manière générale, le titre aborigène n'affecte jamais l'existence de droits privatifs pré-existants¹⁰⁶.

La qualification même du titre aborigène en tant que droit de propriété est contestable dans la mesure où il s'agit d'un droit extrêmement faible dont la reconnaissance cède devant tout autre droit¹⁰⁷. Le titre aborigène est essentiellement subsidiaire, incapable de remettre en cause tout autre forme de droit foncier pré-existant. Une possession exclusive n'est possible que sur des territoires vacants. Dans tous les autres cas, lorsqu'il existe un accès public établi, le faisceau de droit offert par le titre aborigène ne comprendra qu'une possession non-exclusive autorisant l'accès, la chasse, la pêche et autres activités traditionnelles sans possibilité d'éviction d'usages concurrents

¹⁰⁶ Not. Baux pastoraux garantissant une possession exclusive.

¹⁰⁷ Cf. Justice Toohey, *Mabo* [1992] 175 CLR 1, p. 178 : « *the rights claimed by the plaintiffs on behalf of the Meriam People do not correspond to the concept of ownership as understood by the land law of England [...] Title is no doubt a convenient expression [...] it fits more comfortably into the legal system of the colonizing power. In the case of the Meriam people what is involved is a special collective right vested in an aboriginal group by virtue of its long residence and communal use of land or its resources.* »

existants¹⁰⁸. Le Native Title Act garantit la stabilité de l'espace public pré-existant, et en particulier de l'espace public maritime¹⁰⁹.

Bilan.- L'arrêt Mabo et le Native Title Act représentent incontestablement un progrès pour les peuples aborigènes. Le point de satisfaction principal de la jurisprudence postérieure réside dans son extension au domaine maritime. L'arrêt Mabo concernait le seul territoire coutumier terrestre. Il a fallu attendre l'affaire Yarmirr pour que la Cour Suprême étende le titre aborigène sur le domaine maritime¹¹⁰. Plus spectaculaire encore, en 2006, la Cour Fédérale a reconnu l'existence d'un titre aborigène dans une zone urbaine¹¹¹.

Un effet pratique limité. L'arrêt Mabo marque un important revirement jurisprudentiel. La Cour Suprême a toutefois pu être critiquée pour son « activisme judiciaire » et son « usurpation » du rôle du Parlement. Les tendances restrictives de la jurisprudence post-Mabo sont marquées par les critiques de la Cour Suprême pour son « *activisme judiciaire* » et son « *usurpation* » du rôle du Parlement¹¹².

Une première restriction est apparue avec l'arrêt Wik. Le titre aborigène australien ne confère pas nécessairement un droit exclusif d'usage et d'occupation de la terre. Afin de préserver les droits de pâturage des non-autochtones acquis par contrat [pastoral leases], la jurisprudence a admis la coexistence du titre aborigène avec d'autres formes de droits fonciers¹¹³. Cela rend le titre aborigène fragile puisque en cas de conflit d'usage, tout autre droit foncier de Common Law lui sera préféré. En l'absence de conflit, le titre aborigène coexiste avec les autres droits existants sur la terre. Cette

¹⁰⁸ V. en ce sens la [déclaration de Justice Wilcox](#) accompagnant la décision Bennell : « It is perhaps important for me to emphasise that a Determination of Native Title is neither **the pot of gold** for the indigenous claimants nor the disaster for the remainder of the community that is sometimes painted. A Native Title Determination does not affect freehold land or most leasehold land; it **cannot take away peoples' back yards**. »

¹⁰⁹ Section 212(2) of the Native Title Act 1993 Act states that « *A law of the Commonwealth, a State or a Territory may confirm any existing public access to and enjoyment of: (a) waterways; or (b) beds and banks or foreshores of waterways; or (c) coastal waters; or (d) beaches; or (da) stock routes; or (e) areas that were public places at the end of 31 December 1993.* » In 1995, the Western Australian State Government passed the Titles (Validation) and Native Title (Effect of Past Acts) Act (WA), which specifically confirms the right of any existing public access to, and enjoyment of, the above land and waters. The Victorian and Queensland state governments have also enacted similar legislation.

¹¹⁰ Première décision à reconnaître un titre exclusif sur une zone marine : High Court Decision, Commonwealth v Yarmirr; Yarmirr v Northern Territory [2001] HCA 56 (11 October 2001); Full Federal Court decision Commonwealth of Australia v Yarmirr [1999] FCA 1668 (3 December 1999); Federal Court decision Mary Yarmirr & Ors v Northern Territory & Ors [1998] 771 FCA (6 July 1998).

¹¹¹ [Bennell v Western Australia](#) [2006] FCA 1243 (19 September 2006) : Perth, capitale australienne de l'Australie occidentale.

¹¹² Lane P H, 'The changing role of the High Court' (1996) 70 Australian Law Journal 246-51.

¹¹³ [The Wik Peoples v The State of Queensland & Ors](#); The Thayorre People v The State of Queensland & Ors [1996] HCA 40 ('Wik').

solution tente de concilier la non-extinction du titre aborigène avec la sécurité juridique des autres usagers (Brennan F. , 1997). La recherche de sécurité juridique a conduit à l'adoption de mesures législatives visant à l'extinction des titres aborigènes sur les terres faisant l'objet de droits fonciers concurrents¹¹⁴. Ces réformes ont été critiquées, en tant qu'elles ont eu pour effet de vider le titre aborigène de sa substance (ATSIC, 1997).

Extinction du titre aborigène. La seconde restriction concerne la question de l'extinction légale du titre aborigène. La vente du terrain par l'Etat éteint de manière permanente le titre aborigène même en cas de retour ultérieur dans le domaine public¹¹⁵. Deux arrêts 2002, Ward¹¹⁶ et Anderson¹¹⁷, rendus par la Haute Cour australienne ont singulièrement limité la portée de la jurisprudence Mabo, par l'élargissement des cas d'extinction partielle du titre aborigène. Dans les affaires Ward et Anderson se posait la question de savoir si l'octroi d'un bail pastoral avait pour effet d'éteindre le titre aborigène, ou si son effet se limitait à suspendre la jouissance des droits découlant du titre aborigène pour la durée du bail, le titre reprenant sa vigueur une fois le bail disparu. Cette question est d'une portée pratique très importante puisque les baux pastoraux couvrent une fraction très importantes du territoire australien.

La High Court a conclu à l'extinction du titre aborigène en se fondant sur la théorie du faisceau de droit. Selon cette théorie, le titre aborigène est un faisceau de droits qui se caractérisent par leur précarité. Les droits d'usages découlant du titre aborigène sont d'une nature différente et doivent s'effacer devant tout autre droit reconnu au titre de la Common law. De cette manière, le titre aborigène est susceptible de subir une extinction distributive. Cette décision a été interprétée comme un recul (Strelein, 2006), dans la mesure où la théorie de l'extinction distributive du faisceau de droit prive la reconnaissance du titre aborigène de tout intérêt pratique (Barnett, 2000). Les juristes favorables à la cause aborigènes considèrent que ces restrictions jurisprudentielles vont à l'encontre de la volonté originelle du législateur (Brennan S. ,

¹¹⁴ V. Native Title Amendment Act 1998 (Cth). L'affaire Wik a également conduit le gouvernement conservateur de M. J. Howard à mettre en œuvre un plan de sécurisation juridique des droits acquis. Cf. Prime Minister's [Ten Point Plan](#), 8 May 1997. Lire : ATSIC, [The Ten Point Plan on Wik & Native Title : Issues for indigenous peoples](#), Wik Team Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, June 1997.

¹¹⁵ S'agissant d'un terrain vacant : [Fejo and Mills v Northern Territory and Oilnet](#) (NT) Pty Ltd [1998] HCA 58 (10 September 1998).

¹¹⁶ THE MIRIUWUNG GAJERRONG CASE : *Western Australia v Ward* (2002) 76 ALJR 1098; [2002] HCA 28 (*Ward*).

¹¹⁷ *Wilson v Anderson* (2002) 76 ALJR 1306; [2002] HCA 29 (*Anderson*).

2003). Surtout, elles alourdissent une procédure administrative redoutablement complexe, difficile d'accès pour les peuples aborigènes (Pearson, *Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia*, 2003). Le bilan de la jurisprudence Mabo n'est pas à la hauteur des attentes suscitées (Behrend & Kelly, 2008)¹¹⁸. Selon M. Noel Pearson, juriste indigène de premier plan, les aborigènes ont le sentiment que le processus administratif complexe et long tendant à l'établissement du titre aborigène ne fonctionne pas correctement, en raison de l'opposition féroce du lobby des industries extractives (Pearson, *Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia*, 2003)¹¹⁹.

Le troisième facteur de limitation de la portée pratique du titre aborigène est la définition restrictive de la condition du lien traditionnel avec le territoire revendiqué, notamment après l'affaire Yorta Yorta¹²⁰. Le degré d'exigence est extrêmement élevé puisque les demandeurs doivent établir que le respect de la loi coutumière s'est perpétué substantiellement de manière ininterrompue¹²¹ depuis la prise de possession britannique, telle que cette coutume était en vigueur deux siècles plus tôt. Brennan estime que « *le gel des coutumes aborigènes telles qu'elles existaient en 1788 rend la preuve du titre très difficile* » (Brennan S. , 2003). « *It will ultimately be found that a considerable gap will emerge between contemporary indigenous concepts of customary marine tenure and legal definitions of the same* » (Barker, *Use and continuity in the customary marine tenure of the Whitsunday Islands*, 1998).

Ces restrictions jurisprudentielles traduisent un raidissement des autorités politiques conservatrices sur la question des titres aborigènes, conduisant à des réactions épidermiques, notamment après la reconnaissance du titre aborigène sur Perth, en 2006. En définitive, la reconnaissance contentieuse des titres aborigènes apparaît avant

¹¹⁸ « *the reality of native title today is a long way from the promises it held open [...] The optimism for a new era of land justice has been smothered by the increasingly narrow, conservative and paternalistic interpretations of the nature of native title in subsequent legal decisions* »

¹¹⁹ Pearson N, "Where we've come from and where we're at with the opportunity that is Koiki Mabo's legacy to Australia", disponible sur le site : <http://ntru.aiatsis.gov.au/events/conference.html>

¹²⁰ HIGH COURT OF AUSTRALIA, *Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v Victoria* [2002] HCA 58 (12 December 2002).

¹²¹ FEDERAL COURT OF AUSTRALIA, *De Rose v State of South Australia (No 2)* [2005] FCAFC 110; (2005) 145 FCR 290 : « *had failed to prove they had maintained a connection to the area, by the traditional laws and customs acknowledged and observed by them.* »

tout comme une victoire morale (Pearson, 2006), relativement limitée dans sa portée pratique, mais nécessaire d'un point de vue symbolique¹²².

Détermination négociée

Les autorités judiciaires australiennes ont encouragé le développement de la négociation aux fins de résolutions des litiges portant sur un titre aborigène. Dans leurs conclusions sur différentes affaires, certains juges de la Cour suprême et de la Cour Fédérale ont remis en question le fait qu'une procédure contentieuse puisse fournir un cadre approprié pour la résolution de conflits¹²³. Les effets indésirables du procès résident notamment dans le fait que le procès soumet les requérants et les communautés qu'ils représentent à une pression considérable due aux différents interrogatoires et contre-interrogatoires [cross-examination]. Le procès en lui-même tend à cristalliser les positions et aviver les conflits. La procédure est longue, coûteuse, et n'est assortie d'aucune garantie juridique de succès. Quand bien même la requête serait accueillie favorablement, les négociations ultérieures, nécessaires pour l'exercice pratique des droits découlant du titre aborigène, peuvent s'évéler plus difficile en l'absence d'une relation de confiance établie entre les parties qui se sont opposées (Atkinson, 2005). Le juge North a ainsi observé¹²⁴ que la loi sur le titre aborigène encourage les parties à la résolution négociée des conflits d'usage. Le contrôle juridictionnel doit s'exercer de manière "flexible", en conformité avec cet objectif de pacification politique. Dans les affaires qui lui sont soumises, la Cour doit principalement s'assurer que les accords conclus reflètent le consentement libre et éclairé des populations autochtones.

Développement de la médiation : consented determination.

Les difficultés rencontrées dans la détermination du titre aborigène ont conduit à une déjudiciarisation de la procédure et une plus large place accordée à la médiation. Les complexités et la durée du contentieux incitent à une résolution négociée des conflits d'usages, par la médiation suite à l'introduction d'une demande de reconnaissance (Behrend & Kelly, 2008). « The process for settling native title claims is unnecessarily

¹²² Cf. Justice Callinan, HIGH COURT OF AUSTRALIA, *Western Australia v Ward & Ors* [2002] 213 CLR. 1. « I do not disparage the importance to the aboriginal people of their native title rights [...] I fear, however, that in many cases because of the chasm between the common law and native title rights, the latter, when recognised, will amount to little more than symbols ».

¹²³ V. en ce sens McHugh J in *Western Australia v Ward* (2002) 76 ALJR 1098 at [561] ; O'Loughlin J in *De Rose v South Australia* [2002] FCA 1342 at [89] & [144]

¹²⁴ *Ward v State of Western Australia* [2006] FCA 1848 at [6]–[9].

slow and only a small percentage of claims have been resolved. Despite the rhetoric of state governments that they prefer mediation to litigation, most have been incapable of developing efficient mechanisms to resolve claims or to accommodate Indigenous peoples' interests as alternatives to the claim process. » (Behrendt, 2007)

L'idée principale consiste à éviter le contentieux par la négociation et l'utilisation de mécanismes alternatifs de résolution des conflits¹²⁵ notamment la médiation (Behrend & Kelly, 2008). L'encouragement de la résolution négociée des conflits est l'idée directrice de la récente réforme législative du Native Title Act¹²⁶. Le National Native Title Tribunal est le pivot de toute procédure. Son rôle est déterminant pour parvenir à un règlement négocié (O'Dea, février 2009). En juin 2009, l'Etat de Queensland et le clan Kuuku Ya'u sont parvenus pour la première fois à une à la détermination non-contentieuse d'un titre aborigène sur une zone marine¹²⁷.

Régime des Actes Futurs [Future Acts]

Régime des actes futurs [*future acts determinations*]. Parallèlement au développement de la médiation [*consented determination*], les critiques adressées à la lenteur de la procédure judiciaire de reconnaissance des Titres Aborigènes ont amené à la création d'une nouvelle voie de négociation : les actes futurs [*future acts*]. Le système permet de conclure des compromis sur le titre aborigène, alors même que celui-ci n'est pas encore reconnu judiciairement, pendant la durée de la procédure de reconnaissance. Les requérants et les parties intéressés, notamment les Etats et l'industrie minière peuvent ainsi aménager la substance des droits reconnus, et réaliser des investissements (par exemple des concessions minières). Le droit principal détenu par les communautés traditionnelles en vertu du régime des actes futurs consiste dans le droit de négocier [Right To Negotiate : RTN], à partir du moment où la requête a passé avec succès le test d'enregistrement auprès du NNTT. Le rôle central du NNTT est ici encore déterminant, puisque le NNTT peut être désigné médiateur dans la procédure de négociation des actes futurs. Le NNTT peut également procéder à des mesures d'instruction, voire adopter des décisions en cas d'incapacité des parties à

¹²⁵ Alternative Dispute Resolution (ADR).

¹²⁶ Voir en ce sens la conférence de presse amorçant la réforme du Native Title Act : Attorney General Hon. Robert McClelland, 17 oct. 2008. Le but est de centraliser la gestion des requêtes en détermination d'un titre aborigène auprès de la Federal Court afin d'encourager le règlement négocié des litiges.

¹²⁷ Le titre aborigène a été délivré au clan Kuuku Ya'u [goo goo yow] : [First native title agreement made over Qld seas 25/06/2009](#).

parvenir à un accord. Dans ce cas, la négociation est rejudiciarisée dans le cadre d'une procédure en détermination sur acte futur [future act determination].

Le Native Title Act encadrent les procédures procédures qui doivent être respectées en vue de l'adoption valide d'un tel acte dans un certain nombre de domaines¹²⁸. Une compensation peut être accordée dans certains cas. Les actes futurs d'extinction qui ne respectent pas les prescriptions du Native Title Act ne peuvent être valablement adoptés que dans le cadre d'un ILUA.

Le système des actes futurs contribue à renforcer les incitations à la résolution négociée des revendications. Le droit de négocier reconnu aux communautés traditionnelles dans le cadre des actes futurs en constitue la base juridique. Ce droit de négocier a fait l'objet de commentaires critiquant son impraticabilité et les difficultés de mise en œuvre. Pour les partisans du système, les obstacles à la mise en œuvre concrète du droit de négocier ont surtout été le fait d'une « stratégie délibérée » de certains Etats, en vue d'entraver l'application du Native Title Act. En ce sens, la matérialisation du droit de négocier requière essentiellement que toutes les parties abordent les négociations de « bonne foi » (De Soyza, 1998).

¹²⁸ acts with non-claimant protection (Subdivision F) , primary production (Subdivision G) , managing aquatic resources, water and airspace (Subdivision H) , renewals and extensions of permits etc (Subdivision I) , acts involving parks (Subdivision J) , public works (Subdivision K) , low impact acts (Subdivision L) , legislation, mining and compulsory acquisition (Subdivision M) , offshore acts (Subdivision N).

* Le développement de la négociation extra-judiciaire des droits d'usage : ILUAs

A partir de 1998, une réforme du Native Title Act a créé les Indigenous Land Use Agreements [ILUAs], afin d'encourager la négociation extra-judiciaire des droits des communautés autochtones sur le foncier terrestre et marin. Les ILUAs permettent aux parties intéressées d'établir une série d'accords alternatifs qui ne conduisent pas nécessairement à la reconnaissance d'un titre aborigène mais organise la coexistence des usages (Edelman, juin 2009). Préalablement ou parallèlement à la détermination d'un Titre Aborigène, les parties concernées (communautés, Etats fédérés et niveau fédéral ...) vont négocier entre elles l'ensemble des caractéristiques du futur Titre Aborigène dans le cadre d'un **Indigenous Land Use Agreements (ILUAs)**.

Une ILUA est un accord entre une communauté aborigène et des tiers. Les ILUAs couvrent une grande variété de sujets. Les ILUAs peuvent être utilisées pour compléter une procédure judiciaire de reconnaissance en ouvrant la voie à une détermination judiciaire non-contentieuse d'un titre aborigène. Les ILUAs peuvent également fournir une alternative à une procédure judiciaire de manière indépendante à une quelconque requête en détermination.

Les parties à L'ILUA doivent demander l'enregistrement de leur accord auprès du NNTT sur un registre spécial dédié à ce type d'accords. Une fois enregistré l'accord d'ILUA, l'ensemble des détenteurs d'un titre aborigène pour la zone concernée sont liés par les termes de l'accord, même s'ils n'ont pas été partie à l'accord.

Les ILUAS sont une alternative à la reconnaissance contentieuse, lente et complexe, d'un titre aborigène. Il existe trois types d'ILUAs en fonction du degré d'organisation de la communauté autochtone signataire : accords corporatifs¹²⁹ pour les communautés ayant mis en place une corporation habilitée à détenir un Titre, accords de zonage et accords sur des procédures alternatives pour les autres. Les accords corporatifs représentent la forme la plus aboutie d'ILUA.

¹²⁹ NATIVE TITLE (PRESCRIBED BODIES CORPORATE) REGULATIONS 1999

L'Etat de South Australia a mis en place une politique de résolution négociée des revendications autochtones. Ce plan prévoit que les parties s'efforcent de parvenir à un accord sur les droits aborigènes sans recourir aux voies contentieuses¹³⁰.

ILUAs enregistrées pour l'Australie (total)	389
Area agreements	359
Body corporate agreements	30
Dont : ILUAs enregistrées par Etats/Territoires	
Queensland	204
Western Australia	12
Northern Territory	95
Victoria	33
New South Wales	8
South Australia	37

Tableau 2: Statistiques Indigenous Land Use Agreements

Etude de cas : Kuuku Ya'u

Le 25 juin 2009, la médiation entre le gouvernement du Queensland et le peuple Kuuku Ya'u (Cape York) a débouché sur la reconnaissance non-contentieuse d'un titre aborigène sur des zones marines traditionnelles. C'est la première cas dans l'Etat du Queensland, de médiation pour une zone marine. La décision de la Federal Court a homologué l'accord trouvé entre les parties. Le peuple Kuuku Ya'u a obtenu la reconnaissance d'un titre aborigène non-exclusif sur une zone marine de 1970 kilomètres carrés, et un titre exclusif sur 10 kilomètres carrés de foncier terrestre¹³¹.

La médiation concernait le peuple Kuuku Ya'u, le gouvernement fédéral [Commonwealth] et le gouvernement de l'Etat du Queensland, le Cook Shire Council, l'Australian Maritime Safety Authority, le Lockhart River Aboriginal Shire Council et divers détenteurs de licences commerciales de pêche. Ces différentes parties ont négocié leurs droits respectifs afin de parvenir à un accord en vue d'une détermination non-contentieuse d'un titre aborigène au profit de la communauté Kuuku Ya'u.

La médiation a été assurée par M. Graham Fletcher, membre du National Native Title Tribunal. Le médiateur a déclaré que cette médiation réussie était un modèle pour la

¹³⁰ SA ILUA Statewide Negotiations Strategic Plan 2006-2009.

¹³¹ La détermination couvre les mers entourant les localités de Portland Roads township, Rocky Island, Sandy Islet, Pigeon Island, Quoin Island National Park, Piper Islands National Park, part of Forbes Islands National Park.

détermination de droits sur le domaine maritime traditionnel des communautés, en ce que le résultat était satisfaisant pour toutes les parties.

La détermination non-contentieuse du titre aborigène est une étape avant l'implication accrue des communautés traditionnelles dans les procédures d'aménagement du territoire, et les projets d'infrastructures. Le Peuple Kuuku Ya'u sera désormais associé à la gestion des parcs nationaux terrestres et marins dans la zone.

Le titre aborigène reconnu au profit du peuple Kuuku Ya'u est le 43^{ème} dans l'Etat du Queensland, mais seulement le second à comprendre une zone marine. Le seul autre titre marin reconnu dans cet Etat, l'a été suite à la requête des peuples Lardil, Yangkaal, Gangalidda and Kaiadilt Peoples. Cette détermination était contentieuse et n'avait pas fait l'objet d'un accord entre les parties.

Ce cas montre que toute la palette des instruments juridiques à disposition a été utilisée dans le cadre de la négociation pour parvenir à un règlement. En premier lieu une série de quinze ILUAs a été signée en octobre 2007 avec les différentes parties concernées, afin de formaliser le protocole d'accord intervenu en 2005. En second lieu ces ILUAs ont prévu le contenu d'un certain nombre d'actes futurs. Les ILUAs ont également prévu l'implication des communautés traditionnelles dans la cogestion des réserves naturelles sur la zone. Enfin en dernier lieu, une fois l'accord obtenu et formalisé dans le cadre des ILUAs, les parties ont présenté une demande de détermination consentie devant la Federal Court qui a homologué l'accord et procédé à la reconnaissance du titre aborigène.

* L'ACCES ET L'USAGE

Le registre du NNTT recense quinze déterminations de titres aborigènes comprenant une zone marine¹³². Il faut ajouter à ce nombre, un stock en instance de 80 demandes comprenant une zone marine, ayant passé avec succès le test d'enregistrement.

Les titres aborigènes forment un faisceau de droits, centrés autour d'une part de l'accès aux zones marines [*access, move, travel, enter and remain*] et d'autre part, de l'usage et de la jouissance des ressources naturelles, notamment la pêche, la chasse et la collecte [*take, use, enjoy, hunt, gather and fish*]. Ces droits ne sont reconnus qu'à des fins strictement non-commerciales, pour la satisfaction de besoins personnels, domestiques ou communautaires. Ces droits s'exercent conformément aux lois traditionnelles et coutumes, et dans le respect des lois étatiques en vigueur. Ces caractéristiques constituent le dénominateur commun de l'ensemble des titres aborigènes marins. Néanmoins ces droits font l'objet de modulation en fonction des situations locales particulières. Chaque titre aborigène présente une configuration particulière de ces éléments communs, qui n'est identique à aucune autre.

Le droit d'accès implique l'occupation, la résidence et la circulation. Le droit d'accès est toutefois modulé par un zonage minutieux. On distingue ainsi, le rivage formé des terres au-dessus de la ligne des plus hautes eaux, la zone de marées comprise entre la ligne des plus hautes eaux et la ligne des plus basses eaux, et au-delà la zone des trois milles nautiques, la mer territoriale et la zone économique exclusive. Le titre aborigène marin peut ainsi être plus ou moins complet. L'accès au rivage et à la zone de marées

¹³² Wellesley Islands Sea Claim : [Lardil Peoples v State of Queensland \[2004\] FCA 298](#) 23/03/2004 ; Miriung Gajerrong #4 : [Ward v Western Australia \[2006\] FCA 1848](#) 24/11/2006 ; Bardi and Jawi Native Title Determination : [Sampi v State of Western Australia \(No 3\) \(2005\) 224 ALR 358; \[2005\] FCA 1716](#) 30/11/2005 ; Wanjina-Wunggurr Wiltingin Native Title Determination No 1 : [Neowarra v State of Western Australia \[2004\] FCA 1092](#) 27/08/2004 ; Karajarri People (Area B) : [Nangkiriny v State of Western Australia \[2004\] FCA 1156](#) 08/09/2004 ; [Rubibi Community](#) : Rubibi Community v State of Western Australia (No 7) [2006] FCA 459 28/04/2006 ; Ngarla and Ngarla #2 (Determination Area A) : [Brown \(on behalf of the Ngarla People\) v State of Western Australia \[2007\] FCA 1025](#) 30/05/2007 ; Thalanyji : [Leslie Hayes & Ors on behalf of the Thalanyji People v The State of Western Australia and Others \[2008\] FCA 1487](#) 18/09/2008 ; St Vidgeon's (Roper River) : [Wandarang, Alawa, Marra & Ngalakan Peoples v Northern Territory \[2004\] FCA FC 187](#) 14/11/2000 ; Croker Island : [Yarmirr v Northern Territory \(Unreported, FCA, 4 September 1998, Olney J\) 04/09/1998](#) ; Gunditjmarra : [Lovett on behalf of The Gunditjmarra People v State of Victoria \[2007\] FCA 474](#) 30/03/2007.

[inter-tidal] est systématiquement reconnu. Pour le reste, le zonage est fonction de la négociation entre les différentes parties concernées. Le droit d'accès peut s'étendre à un droit d'accès général à la mer au-delà de la ligne des plus hautes eaux. Il peut être réduit à la seule zone au-dessus de la ligne des plus basses eaux.

Le droit d'usage comprend l'exploitation des ressources marines de la flore et de la faune. Sont notamment protégés l'usage des ressources pour la subsistance, l'abri, la médecine, la pêche, la fabrications d'outils et d'armes, à des fins culturelles, religieuses, spirituelles, rituelles, artistiques ou communautaires. Des ressources spécifiques particulièrement sensibles telles que les sources d'eau douce et les eaux souterraines¹³³, les tortues marines et les dugongs¹³⁴ feront l'objet d'une protection spécifique explicite dans certains cas. Les ressources minérales peuvent également être exclues de la détermination dans certains cas¹³⁵. Tous les titres prévoient expressément l'exclusion de tout droit sur les ressources pétrolières. Les droits sont par principe non-commerciaux mais n'excluent pas nécessairement les échanges traditionnels sous forme de troc¹³⁶. Ces droits sont transmissibles par héritage.

¹³³ Wellesley Islands Sea Claim : [Lardil Peoples v State of Queensland \[2004\] FCA 298](#) 23/03/2004 ; Miriuwung Gajerrong #4 : [Ward v Western Australia \[2006\] FCA 1848](#) 24/11/2006 ; Karajarri People (Area B) : [Nangkiriny v State of Western Australia \[2004\] FCA 1156](#) 08/09/2004 ; Bardi and Jawi Native Title Determination : [Sampi v State of Western Australia \(No 3\) \(2005\) 224](#) ALR 358 ; [2005] FCA 1716 30/11/2005 ; Rubibi Community v State of Western Australia (No 7) [2006] FCA 459 28/04/2006.

¹³⁴ Wellesley Islands Sea Claim : [Lardil Peoples v State of Queensland \[2004\] FCA 298](#) 23/03/2004 ; Bardi and Jawi Native Title Determination : [Sampi v State of Western Australia \(No 3\) \(2005\) 224](#) ALR 358 ; [2005] FCA 1716 30/11/2005 ; Rubibi Community v State of Western Australia (No 7) [2006] FCA 459 28/04/2006.

¹³⁵ Ngarla and Ngarla #2 (Determination Area A) : [Brown \(on behalf of the Ngarla People\) v State of Western Australia \[2007\] FCA 1025](#) 30/05/2007.

¹³⁶ Miriuwung Gajerrong #4 : [Ward v Western Australia \[2006\] FCA 1848](#) 24/11/2006

	Nbre	Native Title	NNTT	Federal Court	LWM ¹³⁷	3NM ¹³⁸	12NM ¹³⁹
Queensland	1	Wik	QC94/3	QUD6001/98	1	0	0
		Wellesley Islands	QC96/2	QUD207/97	1	1	1
Western Australia	8	Miriuwung Gajerrong	WC94/2	WAD6001/95	1	0	0
		Bardi & Jawi	WC95/48	WAD49/98	1	1	1
		Wanjina-Wunggurr Wilinggin	WC99/11	WAD6015/99	1	1	0
		Ngaluma/Injinbandi	WC99/14	WAD6017/96	1	1	1
		Rubibi	WC99/23	WAD6006/98	1	0	0
		Ngarla	WC99/26	WAD6185/98	1	1	1
		Thalanyji	WC99/45	WAD6113/98	1	0	0
		Karajarri	WC00/2	WAD6100/98	1	0	0
Northern Territory	4	St Vidgeon's	DC94/3	NTD6001/97	1	0	0
		Croker Island	DC94/6	NTD6001/96	1	1	1
		Larrakia	DC96/7	NTD6033/01	1	1	0
		Blue Mud Bay	DC02/34	NTD6035/02	1	1	0
Victoria	1	Gunditjmara	VC99/7	VID6004/98	1	1	0
Australie			15		15	9	5

¹³⁷ Low Water Mark : zone marine comprise entre la limite des plus hautes eaux et la limite des plus basses eaux.

¹³⁸ 3 Nautical Miles : zone côtière des trois miles nautiques.

¹³⁹ 12 Nautical Miles : mer territoriale

Tableau 3: Déterminations de titres comportant une zone marine (31 mars 2009).

	Demandes enregistrées	LWM	3NM	12NM	24NM	EEZ
Queensland	23	23	17	12	5	3
Western Australia	31	31	24	16	6	3
South Australia	7	7	6	3	0	0
Northern Territory	8	8	3	0	0	0
Victoria	1	1	1	1	1	0
New South Wales	10	10	7	1	0	0
Australie (total)	80	80	58	33	12	6

Tableau 4: Demandes enregistrées comprenant une zone marine (31 déc. 2008)

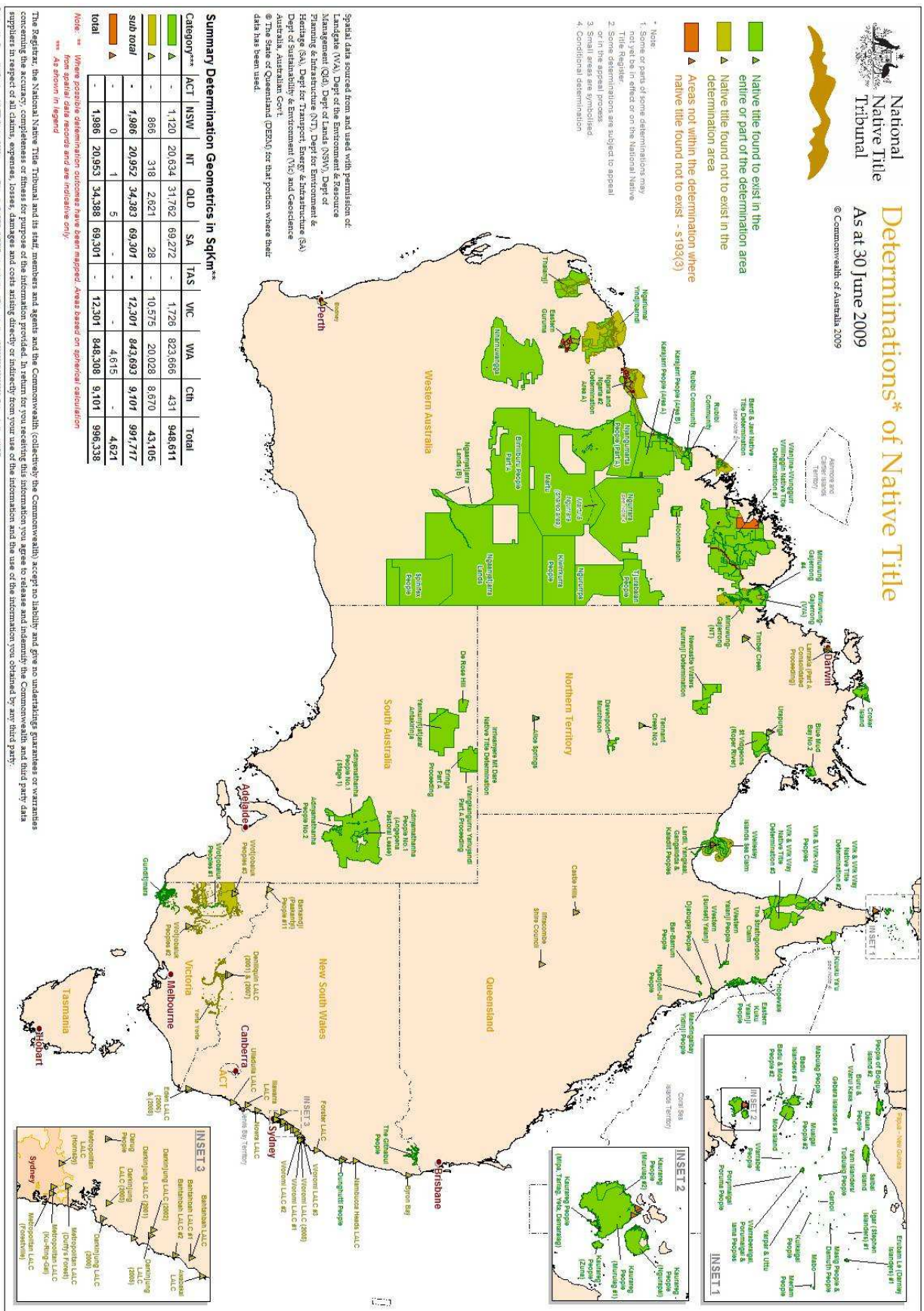


Figure 1: Native Title - Carte australienne.

* L'exclusivité de l'accès aux aires marines traditionnelles

Théoriquement non-exclusif, le titre aborigène marin se combine avec la réglementation des AMP pour déterminer en pratique des aires marines excluant les usagers tiers non-aborigènes.

Exclusivité dans le cadre des Aboriginal Lands

87% de la côte du Northern Territory est détenue par des communautés aborigènes. Bien que la mer ne fasse pas partie des biens pouvant être transférés aux communautés aborigènes en vertu de l'ALR Act de 1976, il est possible de reconnaître un droit exclusif d'usage au profit de ces communautés sur certaines zones marines, dans le cadre des Aboriginal Lands.

Les terres détenues au titre des Aboriginal Lands par les trust comportent en effet certains droits relatifs à l'usage des ressources marines. Ainsi, en vertu du [Aboriginal Land Rights \(Northern Territory\) Act 1976](#), sur les zones marines adjacentes aux terres aborigènes détenues en vertu de l'ALR Act, le droit d'accès et d'usage des ressources marines existant au profit des communautés traditionnelles ne peut être restreint. Or, par ailleurs, les autorités législatives de l'Etat peuvent adopter des dispositions restreignant l'accès et l'usage de certaines zones marines, de la même manière qu'elles peuvent instituer des réserves naturelles protégées¹⁴⁰. Dès lors, la combinaison entre les pouvoirs de police maritime permettant de restreindre l'accès, et la reconnaissance

¹⁴⁰ [Aboriginal Land Rights \(Northern Territory\) Act 1976](#), Section 73 Reciprocal legislation of the Northern Territory : « The power of the Legislative Assembly of the Northern Territory under the Northern Territory (Self-Government) Act 1978 in relation to the making of laws extends to the making of: [...] (c) laws providing for the protection or conservation of, or making other provision with respect to, wildlife in the Northern Territory, including wildlife on Aboriginal land, and, in particular, laws providing for schemes of management of wildlife on Aboriginal land, being schemes that are to be formulated in consultation with the Aboriginals using the land to which the scheme applies, but so that any such laws shall provide for the right of Aboriginals to utilise wildlife resources; and (d) laws regulating or prohibiting the entry of persons into, or controlling fishing or other activities in, waters of the sea, including waters of the territorial sea of Australia, adjoining, and within 2 kilometres of, Aboriginal land, but so that any such laws shall provide for the right of Aboriginals to enter, and use the resources of, those waters in accordance with Aboriginal tradition. » [L'Assemblée Législative du Northern Territory est compétente, en vertu du Northern Territory (self-government) Act 1978, pour l'adoption de textes relatifs à : (c) la **protection de l'environnement** (...), notamment des lois instaurant des plans de gestion de la nature sur les Aboriginal Lands, lesquels plans de gestion doivent être élaborés en consultation avec les Aborigènes utilisant les terres auxquelles ils s'appliquent, mais de telle manière que **ces textes prévoient nécessairement le droit pour les Aborigènes d'utiliser les ressources naturelles** ; et (d) la réglementation ou l'interdiction d'accès, le contrôle de la pêche et autres activités, dans les eaux marines, incluant les eaux territoriales australiennes, adjacentes, et dans un rayon de deux kilomètres aux Aboriginal Lands, mais de telle manière que **ces textes prévoient nécessairement le droit pour les aborigènes d'accéder et utiliser les ressources marines de ces zones, conformément à la tradition aborigène.**]

d'un droit d'usage incompressible des zones marines adjacentes aux terres aborigènes, emporte un effet équivalent à la reconnaissance d'un droit d'usage exclusif marin.

Exclusivité dans le cadre d'un Native Title marin

La question de l'interaction entre Aires Naturelles Protégées et Titre aborigène a été soulevée dès 1992, dans l'arrêt Mabo. Bien que la revendication du peuple Meriam ne porte pas sur une aire protégée, l'hypothèse a été considérée comme ne faisant pas obstacle à la reconnaissance d'un titre aborigène. L'existence d'une Aire Naturelle Protégée n'éteint pas les droits traditionnels découlant d'un titre aborigène¹⁴¹. La question se pose différemment sur le domaine maritime. La souveraineté sur les eaux territoriales empêche la reconnaissance de droits exclusifs au profit des communautés aborigènes. La jurisprudence Croker a ainsi établi que les droits d'usages reconnus en vertu d'un Native Title sur le domaine marin sont donc strictement non-exclusifs. A l'instar du droit public français en la matière, le droit australien considère que le domaine marin est libre d'accès. Les juges australiens ont expressément écarté la possibilité d'une possession exclusive au profit de communautés aborigènes, en considérant qu'une telle exclusivité violerait un principe constitutif du « *squelette* » de la Common Law¹⁴².

Il résulte de la jurisprudence Croker¹⁴³ que sur une portion du domaine maritime, seul un titre aborigène non-exclusif peut être reconnu. Selon la Cour « *Les droits découlant du titre aborigène ne confèrent par un droit de possession, d'occupation, d'usage et de jouissance des eaux marines à l'exclusion de tous les autres tiers.* »

¹⁴¹ Chief Justice of the High Court, Sir Anthony Mason, Mabo v Queensland (No 2).

¹⁴² En ce sens Justice Beaumont et Justice von Doussa : « *we should add that we agree with the primary Judge that recognition of a claim for exclusive possession of the sea area should, in any event, have been denied here, because it would, to use the language of Brennan J in Mabo (No 2) (at 43), "fracture a skeletal principle of our legal system". In our view, to recognise such a claim would contradict first, the right of innocent passage allowed by international law rules which have been acknowledged by Australia both internationally and in the municipal legislation we have mentioned; and secondly, the common law public rights to fish, and to navigate, in the territorial sea and adjacent tidal waters* » ; dans le même sens, Justice Merkel « *A native title claim to exclusive possession of, or the right to control access to, expanses of the sea or tidal waters would fracture a skeletal principle of the common law in the terms discussed by Brennan J. Although I have already concluded that such a claim, in any event, is contrary to the right of innocent passage through the territorial sea nevertheless I am in agreement with the conclusion of Olney J that the right claimed to exclusive possession of, and to control access to, the claimed area fractures the skeletal principle of the freedom of the seas and the tidal waters which has given shape and consistency from ancient times to the rights of innocent passage and to navigation.* »

¹⁴³ HIGH COURT OF AUSTRALIA, Commonwealth v Yarmirr; Yarmirr v Northern Territory [2001] HCA 56 (11 October 2001) - High Court Decision [Yarmirr v Northern Territory \(Croker Island Case\)](#) : « *The native title rights held by each of the native title holder groups do not confer possession, occupation, use and enjoyment of the land and waters to which they relate to the exclusion of all others.* »

La jurisprudence Croker¹⁴⁴

En novembre 1994, Mme Mary Yarmirr a introduit, auprès du National Native Title Tribunal, une requête en reconnaissance d'un titre aborigène sur la zone marine entourant Croker Island¹⁴⁵ (200 km au nord-est de Darwin), au nom de cinq clans aborigènes¹⁴⁶. Cette demande est devenue l'affaire-pilote pour la question des droits aborigènes sur la mer en Australie.

Les requérants prétendaient obtenir la reconnaissance de droits exclusifs de propriété, occupation, possession et usage de la zone marine litigieuse, y compris le sous-sol. L'affaire a donné lieu à une série de décisions, de la Federal Court, puis en appel devant la High Court.

Les arrêts de la Federal Court. En juillet 1998, Justice Olney a retenu d'une part, l'existence d'un titre aborigène sur les eaux et le plancher marin de la zone entourant Croker Island, mais a rejeté d'autre part, les prétentions tendant à l'affirmation de droits exclusifs. Selon les motifs de l'arrêt, un droit exclusif d'occupation, usage et jouissance des eaux serait contraire à la liberté de circulation [right of innocent passage], au droit public de la navigation [public right of navigation] et à la liberté publique de pêche [public right to fish] reconnus par la Common Law. Le titre aborigène sur la mer est un titre non-exclusif qui coexiste avec les autres droits concurrents, et soumis aux lois sur la pêche. Cette décision a été confirmée par la suite par une assemblée plénière [full bench] de la Federal Court.

L'arrêt de la High Court. La High Court a confirmé à son tour la possibilité de reconnaître l'existence d'un titre aborigène sur le domaine marin, en se basant principalement sur une interprétation du Native Title Act de 1993. Selon les juges, le Native Title Act ne restreint pas le titre aborigène au seul domaine terrestre, car il est *« impensable que la nouvelle législation n'ait pas tenu compte d'une part aussi*

¹⁴⁴ Yarmirr v Northern Territory [2001] HCA 56.

¹⁴⁵ Environ 3,300 kilomètres carrés, à l'exclusion des terres attribuées au titre du *Land Rights (Northern Territory) Act 1976*. En 1980, Croker Islands et d'autres îles ainsi que des récifs ont été attribués à Arnhem Land Aboriginal Land Trust pour le bénéfice des communautés aborigènes, en application du *Land Rights (Northern Territory) Act 1976*.

¹⁴⁶ Mandilarri-Ildugij, Mangalarra, Muran, Gadurra, Minaga and Ngayndjagar.

importante de la réalité des lois et coutumes traditionnelles des peuples dont elle vise à protéger les droits et intérêts »¹⁴⁷.

Des droits non-exclusifs. La question de l'exclusivité revient à savoir qui peut contrôler l'accès à la zone. L'opinion majoritaire a retenu que le contrôle exercé par l'Etat souverain sur les eaux territoriales s'exprimait d'une manière « antithétique » avec la reconnaissance au profit des communautés aborigènes d'un droit d'exclure les tiers.

Il convient néanmoins de nuancer cette impossibilité théorique de reconnaissance d'un droit d'usage exclusif au profit des communautés traditionnelles. La consultation du Plan de Zonage du Parc Marin de la Grande Barrière de Corail (GBRMP) montre que les droits issus du titre aborigène confère à ses détenteurs un droit d'usage qui n'est pas éteint par les dispositions réglementaires de restrictions d'accès en vigueur dans le GBRMP. De facto, les communautés traditionnelles résidant au sein du GBRMP (plus de 70) jouissent d'un régime spécial, largement dérogatoire aux système des permis permettant de réguler l'accès et l'usage des ressources marines sur le territoire du Parc (cf. Tableau infra).

¹⁴⁷ Yarmirr, HCA, préc. §263 : « *The realities of indigenous life in an island country, such as Australia, with a huge coastline and many offshore islands, rendered it virtually unthinkable that the new legislation, in the form of the Act, would ignore completely such an important part of the reality of the traditional laws and customs of the people whose rights and interests the Act was designed to protect.* »

ACTIVITIES GUIDE

(see *Zoning Plan* for details)

	General Use Zone	Habitat Protection Zone	Conservation Park Zone	Buffer Zone	Scientific Research Zone	Marine National Park Zone	Preservation Zone
Aquaculture	Permit	Permit	Permit ¹	✗	✗	✗	✗
Bait netting	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✗
Boating, diving, photography	✓	✓	✓	✓	✓ ²	✓	✗
Crabbing	✓	✓	✓ ³	✗	✗	✗	✗
Harvest fishing for aquarium fish, coral and beachworm	Permit	Permit	Permit ¹	✗	✗	✗	✗
Harvest fishing for sea cucumber, trochus, tropical rock lobster	Permit	Permit	✗	✗	✗	✗	✗
Limited collecting	✓ ⁴	✓ ⁴	✓ ⁴	✗	✗	✗	✗
Limited impact research	✓	✓	✓	✓ ⁵	✓	✓ ⁵	Permit
Limited spearfishing (snorkel only)	✓	✓	✓ ¹	✗	✗	✗	✗
Line fishing	✓ ⁶	✓ ⁶	✓ ⁷	✗	✗	✗	✗
Netting (other than bait netting)	✓	✓	✗	✗	✗	✗	✗
Research (other than limited impact)	Permit	Permit	Permit	Permit	Permit	Permit	Permit
Shipping (other than in a designated shipping area)	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Tourism program	Permit	Permit	Permit	Permit	Permit	Permit	✗
Traditional use of marine resources	✓ ⁸	✓ ⁸	✓ ⁸	✓ ⁸	✓ ⁸	✓ ⁸	✗ ⁸
Trawling	✓	✗	✗	✗	✗	✗	✗
Trolling	✓ ⁶	✓ ⁶	✓ ⁶	✓ ^{6,9}	✗	✗	✗

PLEASE NOTE: This guide provides an introduction to Zoning in the Great Barrier Reef Marine Park.

1. Restrictions apply to aquaculture, spearfishing and harvest fishing for aquarium fish and coral in the Conservation Park Zone. Refer to the Regulations for details.
2. Except for One Tree Island and AIMS which are closed to public access
3. Limited to 4 catch devices (eg. crab pots and dillies) per person
4. By hand or hand-held implement and generally no more than 5 of a species. Refer to the Regulations for details.
5. Other than limited impact research (extractive) which requires a permit
6. Maximum of 3 lines/rods per person with a combined total of 6 hooks
7. Limited to 1 line/rod per person and 1 hook per line
8. Activities that are not 'as of right' in the zone, or that involve the take of protected species, require either a permit or a Traditional Use of Marine Resources Agreement.
9. Pelagic species only

Detailed information is contained in the Zoning Plan available from the Great Barrier Reef Marine Park Authority.

Figure 2: GBRMPA Representative Areas Program 2003 Zoning Plan

Tous les Titres Aborigènes reconnaissent le droit de pratiquer des rites et cérémonies spirituelles, et la possibilité d'assurer la protection des lieux sacrés. Dans certaines déterminations est inclus un droit de participer à la gestion des usages des ressources marines. Cette participation peut se limiter au droit de s'exprimer publiquement sur les décisions prises pour la gestion des usages¹⁴⁸. Dans d'autres cas, la formulation choisie est plus précise et prévoit le droit de prendre soin, maintenir et protéger de tout dommage physique, des sites particuliers présentant une signification spéciale¹⁴⁹. Le droit de participation contenu dans le titre aborigène dépend en fait des accords négociés entre les communautés traditionnelles et différentes autorités gouvernementales, en marge de la procédure judiciaire de détermination.

Cette participation à la gestion des usages s'exprime tout particulièrement dans le cadre du système australien des réserves marines (National Reserve System : NRS). Diverses modalités de participation existent. Il convient de présenter rapidement les réserves marines australiennes, avant de décrire quelques unes des diverses modalités de participation des communautés traditionnelles à la gestion des aires marines protégées.

¹⁴⁸ St Vidgeon's (Roper River) : [Wandarang, Alawa, Marra & Ngalakan Peoples v Northern Territory \[2004\] FCA FC 187](#) 14/11/2000.

¹⁴⁹ Karajarri People (Area B) : [Nangkiriny v State of Western Australia \[2004\] FCA 1156](#) 08/09/2004. [*the right to care for, maintain and protect from physical harm, particular sites and areas of significance to the Karajarri people*]

* La cogestion des Aires Naturelles Protégées et les Aires Marines en Australie

Les AMP sont le cadre juridique de négociation des droits aborigènes sur l'espace marin. Le droit de participer se concrétise matériellement par la cogestion des ressources marines, dans le cadre des Aires marines Protégées.

Présentation du système national australien des réserves naturelles

Il existe plusieurs types d'aires naturelles protégées, selon qu'elles dépendent du domaine fédéral (Commonwealth), du domaine étatique (State parks), ou des Aires Indigènes Protégées (Indigenous Protected Areas - IPA)¹⁵⁰. Ces aires naturelles sont administrées par des agences gouvernementales de gestion des aires protégées, et appartiennent au National Reserve System (NRS). Le domaine public forme plus de 80% de la surface totale des aires protégées. Les Aires Indigènes Protégées représentent le complément pour 16% de la surface totale.

Le Directeur des Parcs Nationaux est l'autorité de tutelle responsable de la gestion des réserves naturelles fédérales, y compris les aires marines, en vertu du Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act). Parks Australia est une division de département de l'Environnement.

La majorité des Aires Marines Protégées au niveau fédéral [Commonwealth Marine Protected Areas] au titre de la loi sur la protection de l'environnement et de la biodiversité¹⁵¹ sont gérées par le ministère de l'environnement¹⁵².

¹⁵⁰ <http://www.environment.gov.au/indigenous/ipa/background.html>

¹⁵¹ Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999 (EPBC Act).

¹⁵² Land, Water and Coasts Division of the Department of the Environment, Water, Heritage and the Arts under delegation from the Director of National Parks (Parks Australia).

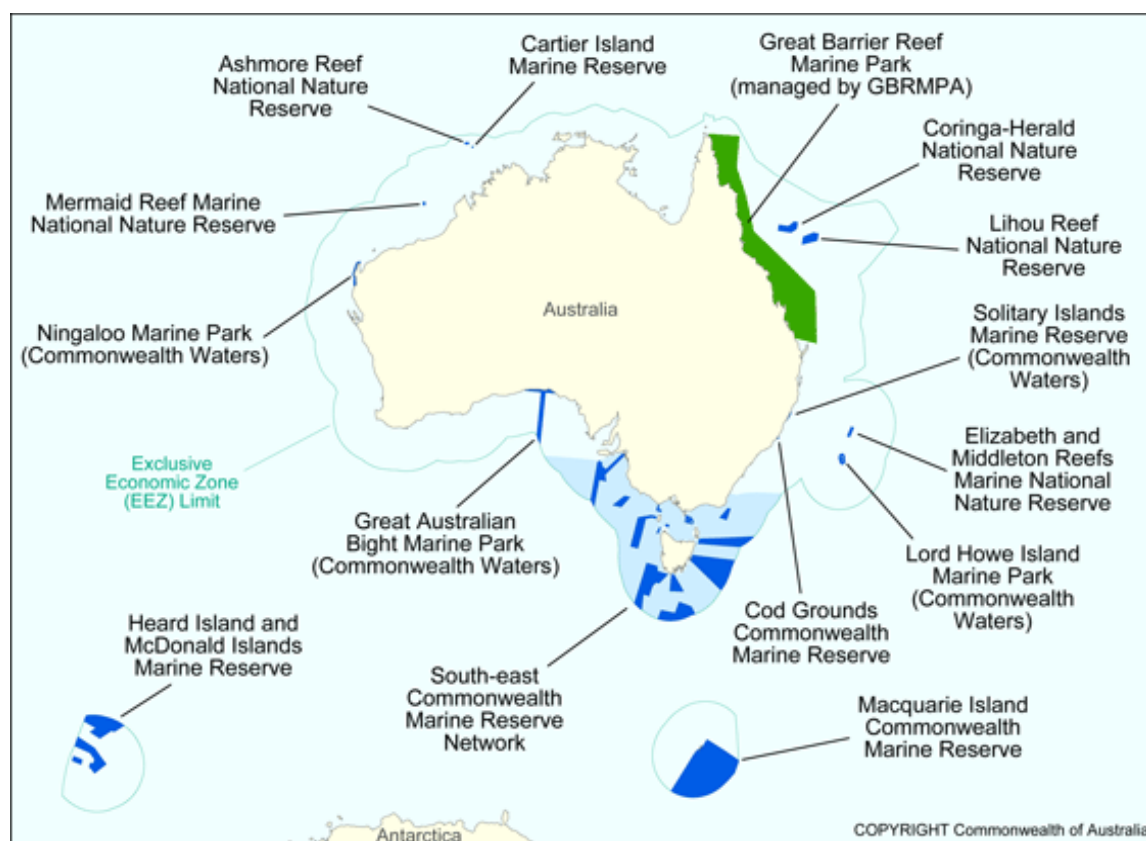


Figure 3: Aires marines protégées en Australie.¹⁵³

¹⁵³ Source : <http://www.environment.gov.au/coasts/mpa/index.html>

Governance	Number of protected areas	Total area (ha)	Proportion of total protected area	Percent of Australia	Average size (ha)
Government	6782	72,314,538	80.77%	9.41%	10,663
Indigenous	21	14,594,415	16.30%	1.90%	694,972
Local Governments	4	505	0.00%	0.00%	126
Private	1992	2,619,401	2.93%	0.34%	1,315
Grand Total	8799	89,528,859	100%	11.64%	10,175

Tableau 5: Statistiques sur les Aires Naturelles Protégées en Australie par type.

Region	Area (ha)	NRS (ha)	Percent in the NRS	Proportion of the NRS	Number of protected areas
ACT	235,813	129,040	54.72%	0.14%	42
NSW	80,121,268	6,755,799	8.43%	7.55%	736
NT	134,778,762	7,889,765	5.85%	8.81%	95
QLD	172,973,671	9,608,482	5.55%	10.73%	854
SA	98,422,137	25,115,120	25.52%	28.05%	1845
TAS	6,840,133	2,721,393	39.79%	3.04%	950
VIC	22,754,364	3,832,095	16.84%	4.28%	2792
WA	252,700,808	33,477,166	13.25%	37.39%	1485
Australia	768,826,956	89,528,859	11.64%	100.00%	8799

Tableau 6: Statistiques sur les Aires Naturelles Protégées en Australie par régions.

A partir des années 1980, un certain nombre de Parcs Naturels en cogestion avec des propriétaires traditionnels ont vu le jour en Australie. On distingue plusieurs approches de cogestion. Le premier modèle est illustré par le Parc Garig Gunak Barlu (Nothern Territory). Cette approche consiste à constituer le Parc sous l’empire de la législation étatique, puis d’en transférer la propriété aux propriétaires traditionnels en garantissant l’usage et l’occupation des terres et des espaces marins. Un conseil d’administration est désigné, réunissant à parité, des représentants des autorités administratives, et des représentants des propriétaires traditionnels. Le second modèle [Lease-back approach] consiste à retransférer au gouvernement, la concession de terres appartenant aux propriétaires traditionnels aux fins d’établissement du Parc. D’autres formules plus récentes sont apparues, avec les Indigenous Protected Areas (IPAs) et les ILUAs.

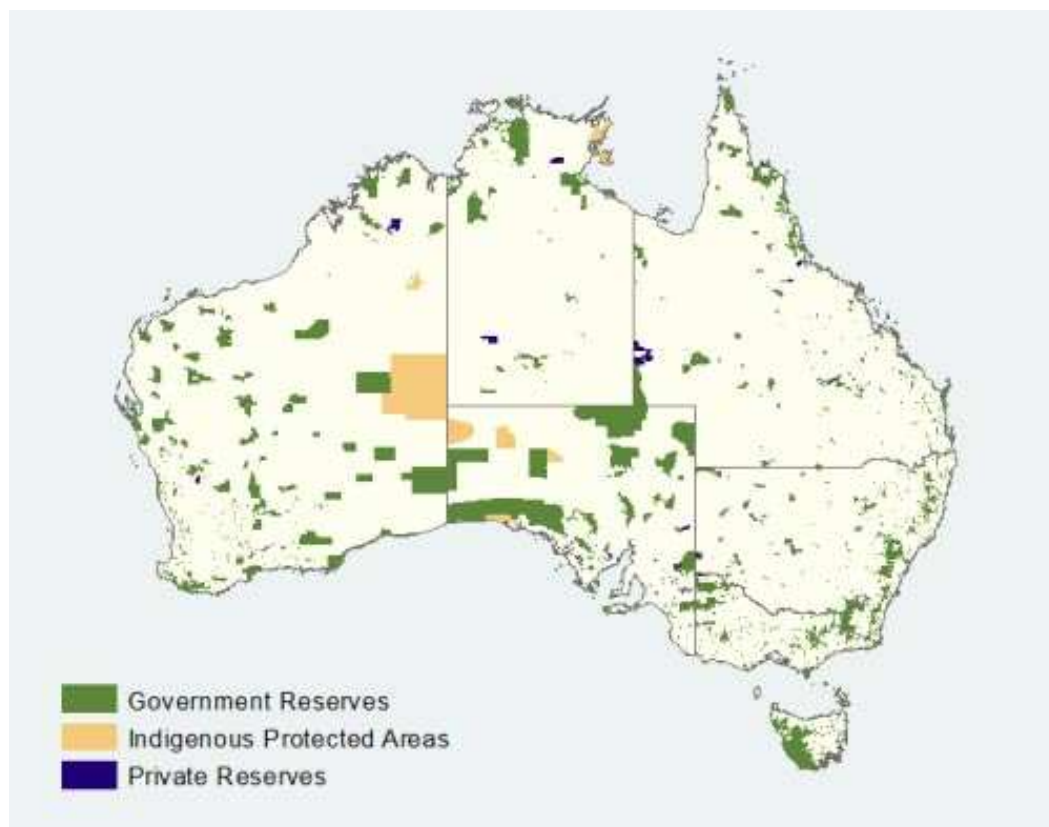


Figure 4: La propriété des Aires Naturelles Protégées en Australie - Carte.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Source: CAPAD : Collaborative Australian Protected Areas Database (CAPAD) 2006 was compiled by the Department of Environment, Water, Heritage and the Arts with data provided by State/Territory land management agencies. Australian Coastline and State Borders 1:100,000 (1990) Geoscience Australia Map produced by National Reserve System Section, Parks Australia. January 2009.

D'une manière générale, on peut observer que les solutions de cogestion ou de gestion participative des aires naturelles, associant les communautés traditionnelles, aboutissent à une résolution négociée des éventuels conflits d'accès et d'usage sur les territoires. Dans l'ensemble des parcs naturels qui ont choisi de reconnaître le droit de participer des aborigènes, l'accès et les usages traditionnels, notamment la chasse et la pêche, sont garantis, parce qu'ils constituent un élément central de la culture aborigène. La participation implique néanmoins en contrepartie, l'aménagement de l'accès et de l'usage traditionnel, selon diverses modalités (Bauman & Smyth, 2007, pp. 10-11). Plusieurs mécanismes peuvent être utilisés pour mettre en balance, le droit d'usage traditionnel et les préoccupations de protection environnementale.

En premier lieu, l'accès et l'usage seront soumis aux coutumes et lois traditionnelles observées par les communautés aborigènes, qui imposent des règles restrictives, telles que les personnes autorisées à chasser ou pêcher, les espèces, les lieux, les temps... En second lieu, le droit d'usage traditionnel sera limité aux communautés aborigènes résidentes, et exclura les membres d'autres communautés. En troisième lieu, la reconnaissance des droits d'usages traditionnels pourra être équilibrée par une reconnaissance réciproque de l'existence d'objectifs de conservation environnementale. Enfin en dernier lieu, le comité de gestion disposera de pouvoirs de réglementations des usages traditionnels permis au sein du parc. Typiquement, le plan de gestion pourra déboucher sur un plan de zonage destiné à séparer différents espaces et ainsi réguler les éventuels conflits d'usages. Le zonage permet de préserver la privacité des communautés parfois soumises à d'importants flux touristiques, et d'assurer la réalisation des objectifs environnementaux.

La participation des communautés traditionnelles à la gestion du Great Barrier Reef Marine Park

Le Great Barrier Reef Marine Park (GBRMP) la côte est de l'Australie, le long de l'Etat de Queensland. Le 1^{er} juillet 2004, le GBRMP est devenu la plus grande réserve marine du monde suite à la mise en œuvre du nouveau plan de zonage. Une partie du parc est inscrite au Patrimoine mondial. Plus de 344 000 km² sont protégés contre toute activité extractive, soit le tiers de sa surface totale. Le plan de zonage du GBRMP est extrêmement complexe car le parc fait l'objet d'usages multiples. Le nouveau plan de zonage est issu du Representative Areas Program. Ce plan est reconnu internationalement comme une référence. Il a été adopté après un processus de consultation des populations concernées. Le plan de zonage du GBRMP de 2003 reconnaît que les titulaires d'un titre aborigène jouissent de l'usage des ressources marines du Parc en vertu de la Section 211 du Native Title Act¹⁵⁵.

La participation des communautés traditionnelles à la gestion du GBRMP a fait l'objet de nombreux rapports (Lahn, 2009), favorables à un tel développement. Dès les années 1980, plusieurs rapports commandés par la GBRMPA soulignent que les stratégies de gestion devraient s'appuyer sur l'utilisation coutumière du domaine marin par les communautés aborigènes (Gray et Zann 1985, Smith 1987, Smyth 1993, Bergin 1993). Smith propose notamment que des membres des communautés aborigènes soient employés en tant que gardiens, et qu'ils participent au sein du Comité consultatif du GBRMPA. Le rapport Bergin s'est prononcé favorablement à une représentation des communautés aborigènes au sein du comité de gestion¹⁵⁶. Cette position s'est concrétisée en 1994, par l'adoption du 25 Years Strategic Plan élaboré après consultation de l'ensemble des parties intéressées notamment, les communautés aborigènes (GBRMPA, 1994). Le plan fait une large place à la consultation et inscrit dans ses objectifs de conservation, la protection des sites culturels traditionnels et

¹⁵⁵ Native Title Act, Section **211, Preservation of certain native title rights and interests, Removal of prohibition etc. on native title holders**: « the law does not prohibit or restrict the native title holders from carrying on the class of activity, or from gaining access to the land or waters for the purpose of carrying on the class of activity, where they do so: (a) for the purpose of satisfying their personal, domestic or non commercial communal needs; and (b) in exercise or enjoyment of their native title rights and interests. »

¹⁵⁶ Bergin, A. (1993). [Aboriginal and Torres Strait Islander interests in the Great Barrier Reef Marine Park](#). A Report to the Great Barrier Reef Marine Park Authority. Research Publication No. 31. Townsville: Great Barrier Reef Marine Park Authority.

souhaite « *encourager une forte participation indigène à la planification du fonctionnement des parcs marins naturels* » (Swartz, 1995).

Le Great Barrier Reef Marine Park Act de 1975 ne faisait initialement aucune référence spécifique aux populations autochtones, mais il prévoyait des structures et des mécanismes de participation du public à la gestion du parc marin. Les intérêts des autochtones sont mieux protégés depuis l'amendement du GBRMP Act en 1995. Le GBRMP abrite plus de 70 communautés autochtones. L'administration du GBRMP est fondée sur une coopération entre autorités gestionnaire et communautés indigènes. Désormais, il existe une représentation autochtone au sein de l'autorité gestionnaire du parc et du Comité consultatif.

Le mécanisme des TUMRAs. L'association des communautés traditionnelles à la gestion du parc se fait selon une procédure tout à fait originale appelée : Traditional Use of Marine Resources Agreement¹⁵⁷. Le Plan de Zonage [Zoning Plan] de 2003, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2004 dispose en préambule que les droits et intérêts des communautés aborigènes vivant dans le Parc sont reconnus dans le cadre de la gestion des usages traditionnels des ressources marines, y compris la chasse, conformément aux coutumes et traditions aborigènes¹⁵⁸. L'instrument principal de gestion des usages traditionnels se fait par l'intermédiaire des TUMRA.

En application du Plan de Zonage de 2003¹⁵⁹, le GBRMP est divisé en 8 zones plus ou moins restrictives : (a) General Use Zone; (b) Habitat Protection Zone; (c) Conservation Park Zone; (d) Buffer Zone; (e) Scientific Research Zone; (f) Marine National Park Zone; (g) Preservation Zone; (h) Commonwealth Islands Zone. Pour chacune de ces zones on distingue entre les activités pouvant être menées sans permis, et les activités qui doivent faire l'objet d'un permis. Seule la Preservation Zone fait l'objet d'une protection intégrale contre toutes activités y compris les usages traditionnels¹⁶⁰. Dans toutes les autres zones, les usages traditionnels des ressources marines qui impliqueraient des activités autrement soumises à un permis dans la zone en cause, bénéficient d'une exemption de permis lorsqu'ils font l'objet d'un TUMRA.

¹⁵⁷ [Great Barrier Reef Marine Park Zoning Plan 2003](#), GBRMPA.

¹⁵⁸ Introduction, pt. 6 : « *This Zoning Plan expressly acknowledges the rights and interests of indigenous Australians in the Marine Park by providing for the management of the traditional use of marine resources, including traditional hunting, in accordance with Aboriginal and Torres Strait Islander custom and tradition.* », Zoning Plan, préc.

¹⁵⁹ Zoning Plan, préc., Sect. 2.1.1 : Zoning of Amalgamated Great Barrier Reef Section, Zoning Plan, préc.

¹⁶⁰ Zoning Plan, préc., Sect. 2.8.3 et Sect. 2.8.4 (Preservation Zone).

Ainsi, l'accès et l'usage d'une zone déterminée aux fins de l'usage traditionnel des ressources marines peut se faire sans permission si cet usage traditionnel correspond à une activité permise par ailleurs dans la zone, ou si l'usage traditionnel est réalisé en exécution d'un TUMRA accrédité¹⁶¹.

Les TUMRA sont des instruments de cogestion en ce sens qu'ils impliquent une négociation entre deux parties, communautés traditionnelles et détenteurs de titres aborigènes d'une part, et la GBRMPA (Nursey-Bray & Rist, 2009)¹⁶². Ils permettent d'identifier les usages et de parvenir à une solution mutuellement acceptable pour les deux parties. Une fois que les parties sont parvenues à un accord, celui-ci est soumis pour accréditation. Une fois le TUMRA accrédité, il devient partie intégrante des dispositions réglementaires régissant le Parc. En pratique, les TUMRAs concernent souvent la réglementation de la chasse.

Le concept des TUMRAs a essuyé des critiques en raison de son caractère vertical et de ses potentiels effets négatifs en termes de divisions entre les différentes communautés, au détriment d'un processus participatif plus concerté. Les TUMRAs ont toutefois l'avantage d'offrir un cadre juridique de formalisation contraignant pour les communautés traditionnelles et l'autorité gestionnaire du GBRMP.

¹⁶¹ Zoning Plan 2003, préc., **Use or entry without permission** : sect. 2.2.3 (General Use Zone), sect. 2.3.3 (Habitat Protection Zone), sect. 2.4.3 (Conservation park Zone), sect. 2.5.3 (Buffer Zone), sect. 2.6.3 (Scientific Research Zone), sect. 2.7.3 (Marine National Park Zone), « [a Zone] may be used or entered without permission for any of the following purposes [...] (c) traditional use of marine resources involving an activity otherwise permitted under this section or in accordance with (i) an accredited traditional use of marine resources agreement; and (ii) any requirements relating to the operation of that agreement prescribed in the Regulations».

¹⁶² Lire : Nursey-Bray Melissa, Phillip Rist, [Co-management and protected area management: Achieving effective management of a contested site, lessons from the Great Barrier Reef World Heritage Area \(GBRWhA\)](#), *Marine Policy*, Volume 33, Issue 1, January 2009, Pages 118-127.

Etude de cas : Girrigun TUMRA

La corporation Girrigun¹⁶³ représente les intérêts des propriétaires traditionnels d'une dizaine de groupes tribaux¹⁶⁴. En 2004, les membres de Girrigun ont accepté de négocier un TUMRA relatif à la protection des populations de tortues sur leur aire marine traditionnelle. Un groupe de travail a été constitué, composé de deux représentants pour chacun des six clans de la mer. Le groupe de travail a négocié avec l'autorité gestionnaire GBRMPA durant deux ans. Un TUMRA a finalement été signé en 2006. Le TUMRA prévoit la délimitation de l'aire marine traditionnelle de Girrigun, des mesures pour la reconstitution des populations de tortues, une limitation des zones de pêche de tortues et un quota de pêche annuel, ainsi qu'un moratoire sur la chasse au Dugong pendant la durée du TUMRA. En contrepartie de ses engagements à valeur contraignante, la corporation Girrigun reçoit des fonds pour la réalisation des objectifs du TUMRA.

Le succès de ce TUMRA résulte de ce que les communautés traditionnelles n'ont pas posé en prémisses de la négociation, l'existence d'un droit inaliénable de chasser les tortues et dugongs (Ross, George, Gorman, & Innes, 2005). Les communautés aborigènes ont accepté de tenir compte des objectifs de protection environnementale portés par la GBRMPA. Le TUMRA permet en ce sens une protection équilibrée des valeurs culturelles d'une part, et des valeurs écologiques de l'autre.

Etude de cas : Participation du peuple Yuin à la gestion du Bateman Marine Park en Nouvelle-Galles du Sud

traditional beach fishery of the Yuin people within a marine park in southeastern New South Wales : « *Research by Edmunds (2008) has identified continuities of tradition among Aboriginal fisher families from the Yuin Aboriginal Nation working within a marine protected area in New South Wales. For these communities, changed social and economic conditions have induced adoption of new technologies and adaptation of traditional practice to build upon customary knowledge and belief in a unique, local artisan-scale fishery. Terrestrial protected areas have generally strictly divided*

¹⁶³ Girringun Aboriginal Corporation is a legally incorporated organisation under the Aboriginal Councils and Associations Act 1976

¹⁶⁴ Bandjin, Djiru, Girramay, Gugu Badhun, Gulnay, Jirrbal, Nywaigi, Warrgamay and Warungnu.

'productive' and 'conservation' tenures, with one outcome being that the excluded 'productive' tenures usually have little connection to conservation goals. In contrast, marine protected areas, partly because they are usually imposed over areas previously regarded as open-access regimes, often have a mix of conservation and productivity goals. Indigenous understandings of Country, which includes sea-country, challenge both the production/ conservation dichotomy » (Adams, Cavanagh, & Edmonds, 2009)

Framlingham Aboriginal Trust and Winda Mara Aboriginal Corporation, [Kooyang Sea Country Plan - full report](http://www.environment.gov.au), 2004. <http://www.environment.gov.au>

Ngarrindjeri Tendi, Ngarrindjeri Heritage Committee and the Ngarrindjeri Native Title Management Committee, [Ngarrindjeri Nation Sea Country Plan : Caring for Ngarrindjeri Country and Culture](http://www.environment.gov.au), 2006. <http://www.environment.gov.au>

* Les ILUAs en tant qu'instrument de gestion des usages traditionnels

Les ILUAs, en tant qu'instrument de reconnaissance de titres aborigènes, fournissent par leur souplesse un instrument utile pour le développement de la participation des communautés traditionnelles¹⁶⁵ (Bauman & Smyth, 2007). Ainsi, dans le Northern Territory, 27 réserves naturelles ont fait l'objet d'accords de cogestion sous forme d'ILUAs. Une trentaine d'ILUAs ont été conclues pour y parvenir. Ces accords de cogestion faisaient suite à une décision de la High Court déclarant invalide un acte réglementaire de création d'un parc naturel¹⁶⁶, au motif qu'il n'avait pas été tenu suffisamment compte des intérêts des communautés traditionnelles. Cette décision affectait potentiellement une cinquantaine de parcs naturels créés entre 1978 et 1998, dans le Northern Territory. En 2007, la communauté Githabul dans l'Etat de New South Wales a obtenu le contrôle de 19 parcs nationaux et forêts domaniales. La revendication de titre aborigène de la communauté Githabul¹⁶⁷ portait sur une partie d'un territoire de plus de 6000 km², comprenant notamment les Parcs Border Ranges et Toonumbar, inscrits au patrimoine mondial.

En 2001, Arakwal National Park a été la première aire protégée établie par voie d'ILUA¹⁶⁸. La négociation a duré sept ans. Le Parc Arakwal couvre 186 hectares de bande côtière dans l'Etat de New South Wales. L'ILUA conclue par la communauté Arakwal garantit l'usage des ressources traditionnelles au sein du parc, notamment l'accès au parc en vue de la pêche. Sous réserve des dispositions environnementales pertinentes et sous réserve du plan de gestion, l'ILUA prévoit que les membres de la communauté Arakwal jouissent de l'accès au parc, en vue de la protection et de la

¹⁶⁵ Bauman, T. and D Smyth. 2007. [Indigenous Partnerships in Protected Area Management in Australia: Three case studies](#). Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies in association with the Australian Collaboration and the Poola Foundation (Tom Kantor fund), Canberra 9, disponible sur : http://ntru.aiatsis.gov.au/major_projects/nativetitle_land&water.html : « Recognition of native title, typically through the development of an Indigenous Land Use Agreement (ILUA), therefore provides additional opportunities for Indigenous people to negotiate joint management or other involvement in the management of protected areas »

¹⁶⁶ Keep River National Park.

¹⁶⁷ NNTT, [Githabul People's native title determination North-eastern New South Wales](#), 29 November 2007.

¹⁶⁸ Bunjalung of Byron Bay ([Arakwal Indigenous Land Use Agreement](#)), n° NIA2001/001, type : Area agreement, New South Wales, 28/08/2001, disponible sur : <http://www.environment.nsw.gov.au>. Une seconde ILUA a été conclue en 2009 : Bundjalung People of Byron Bay (ILUA 2), n° NI2006/004, Area agreement, New South Wales, 22/04/2008 : Co-management Consultation protocol Extinguishment.

conservation de sites culturels, de la tenue de cérémonies coutumières, pour la collecte de matériaux nécessaires à la médecine traditionnelle, la chasse et la pêche.

L'usage traditionnel des ressources au sein du parc est réglementé par un plan de gestion élaboré par un Comité de gestion conjoint [*Joint Management Committee*]. Le Comité de gestion rend des avis consultatifs pour le compte des services environnementaux de l'Etat de New South Wales qui disposent du pouvoir de décision pour la gestion du parc. Le Comité d'administration du Parc Arakwal est composé de trois représentants des communautés traditionnelles et de représentants des services environnementaux. Le comité est chargé d'examiner les questions relatives à l'emploi et la formation des membres de la communauté Arakwal en tant que gardes, l'accès des visiteurs, la participation des communautés Arakwal dans la protection de l'environnement.

Une personne morale spéciale a été créée pour l'administration des intérêts de la communauté Arakwal : Arakwal Aboriginal Corporation. La Corporation doit être consultée pour tout projet de contrat concernant le parc et doit avoir la possibilité de participer à l'élaboration du plan de gestion. Le plan de gestion doit porter une attention particulière à l'exercice des droits de chasse et de pêche. Le plan de gestion doit justifier du risque que présentent les activités traditionnelles de pêche pour les espèces menacées.

L'émergence des Indigenous Protected Areas (IPA)

Une nouvelle forme d'aire protégée a émergé durant les quinze dernières années : les Indigenous Protected Areas. Il s'agit de territoires détenues par des communautés aborigènes qui choisissent de créer une aire naturelle protégée en dehors d'un cadre réglementaire étatique. En effet selon la nomenclature de l'IUCN, une aire protégée ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une protection réglementaire, du moment que les moyens mis en œuvre pour assurer la protection sont effectifs. La définition de l'IUCN consacre l'idée selon laquelle l'usage traditionnel des ressources par les communautés indigènes peut être un élément de conservation de la biodiversité. Il découle de cette définition élargie des aires protégées, qu'elles peuvent être établies sous un statut privé, ou dans le cadre de lois traditionnelles.

Spécifiquement, en Australie, les IPA sont des aires terrestres ou marines, détenues par des communautés aborigènes collectivement, ayant conclu un accord avec le gouvernement en vue de la protection de l'environnement et des ressources culturelles. Les IPA forment à l'heure actuelle. En 2009, les 28 IPA existantes représentent 22% de la masse des aires naturelles protégées en Australie, soit 20 millions d'hectares¹⁶⁹. Les IPA constituent la plus forte progression des acquisitions au sein du National Reserve System (NRS) depuis leur création en 1998.

¹⁶⁹ Consulter le site : <http://www.environment.gov.au/indigenous/ipa/declared/index.html>

Tableau 7: Le succès des IPAs

Indicateur de progression des acquisitions 1997 - 2008				
INDICATEURS	PROGRAMME GOUVERNEMENTAL D'ACQUISITION	ACQUISITION DES IPAS	TOTAL ACQUISITIONS	TOTAL NATIONAL RESERVE SYSTEM
Aires Protégées (hectares)	7,884,989	20,204,933	28,089,922	89,528,859
Pourcentage de la surface australienne	1.03%	2.63%	3.65%	11.65%
Nombre de propriétés	280	24	304	9,011
Budget gouvernemental	\$89,067,152	\$20,745,000	\$109,812,152	
Pourcentage de contribution au NRS depuis 1997	13.2%	33.81%	47.01%	



Indigenous Protected Areas April 2009

- Declared Indigenous Protected Areas

- 1 Nantawanna
- 2 Preminghana
- 3 Risdon Cove
- 4 putalina
- 5 Deen Maar
- 6 Yalata
- 7 Warul Kawa
- 8 Watarru
- 9 Walakara
- 10 Mount Chappell Island
- 11 Badger Island
- 12 Dhimurru
- 13 Gurnaba
- 14 Wailendge
- 15 Paruku
- 16 Ngaanyeljarra
- 17 Mount Willoughby
- 18 Tyrendarra
- 19 Toogimbie
- 20 Anindilyakwa
- 21 Lanyhapy
- 22 Ninghan
- 23 Northern Tanami
- 24 Waru Jilejaa Jumu
- 25 Kajarju Nygaachi
- 26 Babel Island
- 27 Great Dog Island
- 28 Iungalanana

- Indigenous Protected Area Consultation Projects

- 29 Pulu Islet
- 30 Dieik
- 31 Nyarrabulgan
- 32 Gurma
- 33 Angas Downs
- 34 Southern Tanami
- 35 Balangarra
- 36 Framlingham Forest
- 37 Wellesley Islands
- 38 Dorodong
- 39 Eastern Yalanji
- 40 Kallip/Etemmann Ranges
- 41 Kuronji
- 42 Warddeken
- 43 Marthakel
- 44 Angkam
- 45 Murru Murru/Bendee Downs
- 46 Bardi Jawi
- 47 Orana
- 48 Poolamacca
- 49 Wandaman
- 50 Thiamurr
- 51 Dambamagan and Lungu

Co-Management Consultation Projects

- 62 Central QLD Coast
- 63 Mandingabai Yidinji
- 64 Gurrngun

Existing protected areas (2006)



Les IPA renforcent la participation des communautés aborigènes dans le processus de création d'aires naturelles protégées. Par le passé certaines aires protégées ont été déclarées en dehors de toute consultation des communautés locales. Afin de remédier à cet état de fait, le développement des budgets de fonctionnement alloués aux IPAs s'est accompagné de programmes de soutien financier pour les communautés traditionnelles souhaitant s'impliquer dans la gestion d'aires naturelles protégées existantes. Les IPA sont un instrument privilégié de participation des communautés traditionnelles à la gestion des ressources. Leur succès est largement reconnu¹⁷⁰. Les IPA soutiennent le développement économique des communautés traditionnelles (Langton, Rhea, & Palmer, 2005). Elles fournissent un cadre de partenariat entre le gouvernement et les communautés traditionnelles, qui permet la mise en place de programmes innovants de gestion environnementale (Bauman & Smyth, 2007). En janvier 2007, le programme de développement des IPA a vu son enveloppe budgétaire doublé¹⁷¹ en raison de sa plus grande rentabilité, au regard des programmes d'acquisition directes de terres par le NRS (Gilligan, 2006).

Etant donné que les communautés traditionnelles ne peuvent pas se voir reconnaître de droit de propriété plein et entier sur le domaine marin, les IPAs existantes sont essentiellement tournées vers la gestion des ressources terrestres. La contribution des IPA à la gestion des usages traditionnels des ressources marines est toutefois en pleine expansion, depuis la reconnaissance de titre aborigènes non-exclusifs sur la mer (Bauman & Smyth, 2007).

¹⁷⁰ [Growing up strong](#), The first 10 years of Indigenous Protected Areas in Australia, Australian Government Department of the Environment and Water Resources, May 2007

¹⁷¹ En passant à une enveloppe annuelle de 6M\$.

Seize IPAs sur un total de vingt-huit sont situées sur une bande côtière, ou sur une île¹⁷². Plusieurs groupes d'IPAs sont connexes à un titre aborigène marin :

Titre Aborigène Marin		IPA
Golfe de Carpentaria (Queensland)	Blue Mud Bay	Dhimurru, Lainhapuy, Anindilyakwa (juin 2006)
	Wellesley Islands	IPA en négociation
Gunditjmara (mars 2007)		Deen Maar, Tyrrendarra
Warul Kawa		Warul Kawa (avril 2000)
Bardi & Jawi		IPA en négociation

Tableau 8: Native Title Marins et IPAs.

Blue Mud Bay. Trois IPAs ont été créées dans la zone du titre aborigène marin de Blue Mud Bay : Dhimurru (nov. 2000), Lainhapuy, et Anindilyakwa (juin 2006). Dhimurru¹⁷³ couvre 92 000 hectares de côtes dans le golfe de Carpentaria. L'IPA est détenue par Arnhem Land Aboriginal Land Trust, et administrée Dhimurru Land Management Aboriginal Corporation. Les propriétaires traditionnels ont institué un système de permis en vue de l'accès à la réserve, afin de contrôler l'afflux de visiteurs. L'IPA a entraîné la création d'emplois d'écogardiens, notamment pour la surveillance de tortues marines et de crocodiles. Les écogardiens sont également chargés de ramasser les filets et sacs plastiques errants qui asphyxient les tortues. Anindilyakwa a été déclarée en juin 2006. L'IPA s'étend sur l'archipel de Groote dans le golfe de Carpentaria. Elle couvre 300 000 hectares de terres et 700 000 hectares marins. Une unité de garde-côtes¹⁷⁴ a été constituée dans le cadre de l'IPA. Cette unité emploie cinq membres des communautés traditionnelles. Elle est notamment chargée d'assurer la surveillance des populations de tortues et dugongs. Une autre IPA est en projet plus à

¹⁷² Les numéros font référence à la carte des IPA supra : n°2 : Preminghana (Tas), n°3 : Rison Cove (Tas), n°4 : Putalina (Tas), n°5 : Deen Maar (Vic), n°6 : Yalata (SA), n°7 : Warul Kawa (Qld), n°10 : Mount Chappell Island (Qld), n°11 : Badger Island (Qld), n°12 : Dhimurru (NT), n°13 : Guanaba (Qld), n°18 : Tyrrendarra (Vic), n°20 : Anindilyakwa (NT), n°21 : Lainhapuy (NT), n°25 : Kaanju Ngaachi (Qld), n°27 : Great Dog Island (Vic), n°28 : Lungatalanana (Vic).

¹⁷³ Category V IUCN.

¹⁷⁴ Li-Anthawirriyarra Sea Ranger Unit.

l'est dans les Wellesley Islands. Un plan de gestion du domaine marin a été élaboré¹⁷⁵. Il prévoit la mise en place d'une équipe de garde-côtes issus des communautés traditionnelles. Ils seront chargés de la surveillance environnementale.

Warul Kawa. Warul Kawa est une petite île tropicale (Déroit de Torres Strait) déclarée en tant qu'IPA en avril 2000 comme catégorie VI. Les eaux entourant l'île sont un territoire de pêche et de chasse traditionnel des communautés insulaires. Le récif corallien de Warul Kawa abrite notamment des populations importantes de tortues dont il constitue l'aire de reproduction. L'IPA a permis de diminuer la pression sur ces espèces due au braconnage.

Gunditjmara. L'IPA de Deen Maar a été déclarée en juillet 1999. Winda Mara Aboriginal Corporation s'est engagée à gérer Tyrendarra en tant qu'IPA en novembre 2003. La communauté Gunditjmara a par la suite obtenu gain de cause dans sa requête en détermination d'un titre aborigène sur son domaine marin traditionnel. La culture Maar est fondée sur l'exploitation traditionnelle des anguilles. Les Maar pratiquaient la pêche au moyens de pièges disposés sur les sites de fraie des anguilles, et se livraient au commerce de poisson avec d'autres communautés traditionnelles. Le lien très étroit des Maar aux ressources marines a conduit en 2003 à l'élaboration d'un plan de gestion des ressources marines¹⁷⁶. A travers ce plan, les Maar ont demandé à participer à la gestion des aires marines protégées de l'Etat de Victoria. Ces AMP ont été créées sans qu'ils soient consultés. La mise en place des deux IPA et la reconnaissance du titre aborigène marin ont permis une plus grande implication des communautés traditionnelles dans l'administration des AMP.

¹⁷⁵ Thuwathu/Bujimulla Sea Country Plan.

¹⁷⁶ Framlingham Aboriginal Trust and Winda Mara Aboriginal Corporation, [Kooyang Sea Country Plan - full report](http://www.environment.gov.au), 2004. <http://www.environment.gov.au>

ANNEXE 3 - LE MODELE CANADIEN

Le système initial des réserves indiennes. Le Canada, comme les autres pays de Common Law, reconnaît les droits coutumiers des peuples autochtones. Dès la prise de possession britannique, la proclamation royale de 1763 confirme la propriété coutumière des peuples autochtones sur les terres qui leur sont réservées¹⁷⁷. Le transfert de souveraineté n'entraîne pas un transfert de propriété. Dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada, la proclamation royale a valeur de « déclaration des droits » des indiens¹⁷⁸. Le concept de « réserves » de terre mis en place en 1763 va se perpétuer dans la législation postérieure. Les réserves sont des terres dont le titre appartient à la Couronne, mais dont l'usage est réservé aux Premières Nations.

La catégorie 24 de l'article 91 de la loi constitutionnelle de 1867 octroie au gouvernement fédéral la compétence exclusive pour légiférer sur les « *les Indiens et les terres réservées pour les Indiens* », conduisant à l'adoption de la Loi sur les Indiens en 1876¹⁷⁹. Le statut indien profondément discriminatoire qui en est issu vient parachever la marginalisation des peuples autochtones au sein des réserves, au fur et à mesure de la colonisation du territoire.

La Loi sur les Indiens dispose que les terres de réserves sont détenues par la Couronne, pour l'usage et au profit des bandes indiennes¹⁸⁰. Le système mis en place est donc une fiducie publique. Les terres réservées sont versées dans le domaine public, pour le seul

¹⁷⁷ [Proclamation royale de 1763](#) : « Attendu qu'il est juste, raisonnable [...] de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages [...] qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus [...] comme territoires de chasse [...] Nous déclarons [...] réserver pour le présent, sous Notre souveraineté [...] pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer. [...] Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice [...] Nous déclarons [...] qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies... »

¹⁷⁸ CSC. R. c. Marshall et Bernard [2005], §86, 2 R.C.S. 220; CSC. Calder c. Colombie Britannique [1973], R.C.S. 313, spéc. p. 394 : « la force de loi [de la proclamation] est analogue au statu de la Magna Carta, qui a toujours été considérée comme étant la loi à travers l'Empire. Elle était une loi qui s'appliquait chaque fois que l'Angleterre prenait en main la souveraineté sur les terres ou territoires nouvellement découverts ou acquis ».

¹⁷⁹ Loi sur les Indiens [[Indian act](#)] (1876), LRC, 1985, c. I-5.

¹⁸⁰ Loi sur les Indiens, art. 18§1 : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté ».

usage des bénéficiaires de la fiducie. Les résidents peuvent obtenir un certificat de possession, qui atteste leur droit de posséder un terrain compris à l'intérieur de la réserve¹⁸¹. Le système foncier des réserves distingue ainsi la possession, qui revient aux Indiens résidant sur la réserve, et la propriété fiduciaire dont est investie la Couronne. L'obligation fiduciaire impose de préserver l'intérêt des Peuples autochtones¹⁸².

En 2006, on dénombre environ 750 000 Indiens enregistrés au titre de la loi sur les Indiens, répartis entre 615 bandes. La moitié de ces personnes vivent en réserve.

La protection constitutionnelle récente des droits ancestraux. Puisque la proclamation royale garantit aux Peuples autochtones la propriété de leurs terres, l'expansion territoriale de la jeune nation canadienne et la colonisation impliquait leur acquisition, par voie de traités. Plus de 70 traités ont été négociés avec les Premières Nations, jusqu'en 1923. Selon le Rapport¹⁸³ de la Commission royale des peuples autochtones¹⁸⁴, les peuples autochtones ont été victimes d'une « *dépossession territoriale* » (CRPA, 1996).

Le tournant a été opéré après l'arrêt *Calder* de la Cour Suprême en 1973¹⁸⁵ qui a reconnu, en dehors des droits issus des traités, l'existence d'un titre aborigène de Common Law, tirant son origine de l'occupation, la possession et l'usage de la terre. L'arrêt *Calder* introduit une innovation en ce qu'il reconnaît l'existence en Common Law, de droits de nature foncière, autres que ceux découlant des traités conclus avec les Premières Nations, ou de la loi. La jurisprudence de la Cour Suprême du Canada en matière de droits ancestraux joue un rôle important dans la définition de leur contenu.

¹⁸¹ Loi sur les Indiens, art. 20§1 : « *Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.* » ; art. 20§2 : « *Le ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d'une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.* »

¹⁸² S'agissant de la rétention d'information sur le prix de marché, dans le cadre de la cession d'un terrain compris dans une réserve, pour la construction d'un golf : [Guerin v. The Queen](#), [1984] 2 S.C.R. 335 , November 1, 1984.

¹⁸³ [Rapport de Commission Royale sur les peuples autochtones](#), 1996, Ottawa, 5 vol., <http://www.collectionscanada.gc.ca>. Le rapport comprend 5 volumes et plus de 4000 pages.

¹⁸⁴ Commission royale d'enquête (Commission Erasmus-Dussault) mise sur pied par le Parlement du Canada le 26 août 1991, suite à la Crise d'Oka survenue au Québec. Le maire de la ville d'Oka avait accordé un permis afin d'agrandir un terrain de golf sur un cimetière ancestral mohawk. Le gouvernement fédéral avait empêché les Mohawks d'acheter ce terrain.

¹⁸⁵ Cour suprême du Canada, [Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia](#), [1973] R.C.S. 313.

Cette évolution a été parachevée par la Loi constitutionnelle de 1982. Les droits ancestraux des peuples autochtones ont reçu une protection constitutionnelle depuis 1982¹⁸⁶. L'article 35 distingue ainsi les droits issus des traités et les droits ancestraux.

Fiducie publique. Dans l'affaire *Guerin*¹⁸⁷, la Cour Suprême a retenu que les droits ancestraux étaient des droits *sui generis*, à l'égard desquels l'Etat assumait une obligation de fiduciaire. Cette obligation de fiduciaire ne concerne que les droits fonciers autochtones¹⁸⁸. L'obligation de fiduciaire intervient notamment dans le cadre de la justification de restrictions apportées aux droits fonciers autochtones, par exemple en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁸⁹.

Le spectre des droits ancestraux. Les droits ancestraux constituent une catégorie générale. Le titre aborigène est en fait une catégorie de droit ancestral. Cette distinction découle de la théorie du « faisceau de droits ». Comme l'explique la Cour Suprême, « les droits ancestraux s'étalent le long d'un spectre selon leur degré de rattachement au territoire » (Rousselle, 2006, p. p. 185). On peut ainsi décrire une échelle de droits. Cette échelle dépend étroitement du degré d'exclusivité sur le territoire.

Titre Aborigène. En haut de l'échelle, le titre aborigène qui représente le lien le plus étroit au territoire. Il implique la démonstration d'une occupation exclusive du territoire au moment du transfert de souveraineté à la Couronne Britannique. Son contenu et sa portée a été défini par l'arrêt *Delgamuukw*¹⁹⁰. Le titre aborigène matérialise un droit foncier collectif. Le titre aborigène est un droit foncier *sui generis*. Il s'agit d'un droit personnel de la nature d'un usufruit¹⁹¹, au sens où il est inaliénable, et se distingue sous cet aspect d'un droit réel. Ce droit personnel peut toutefois être

¹⁸⁶ DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA, art. 35§1 Confirmation des droits existants des peuples autochtones : « Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés » ; art. 35§3 Accords sur des revendications territoriales : « 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. »

¹⁸⁷ *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

¹⁸⁸ *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, December 6, 2002

¹⁸⁹ S'agissant d'un canal d'irrigation traversant une réserve indienne : *Osoyoos Indian Band v. Oliver* (Town), 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, December 7, 2001 : « compte tenu du fait que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers la bande, il doit y avoir une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve. » ; s'agissant d'un permis de passage pour une ligne à haute-tension : *Opetchesat Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, May 22, 1997.

¹⁹⁰ C.S.C., *Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R. 1010.

¹⁹¹ Conseil Privé, *Ste Catherine's Milling & Lumber Co c. R.* (1889). Le titre indien est un droit personnel au sens où il est inaliénable

opposé à tout autre droit réel de Common Law. La particularité du titre ancestral est d'être inaliénable, sauf cession à la Couronne.

La jouissance du titre aborigène confère à titre principal, le droit exclusif d'occuper et d'utiliser les terres. L'usage vise toutes les activités qui ne sont pas « *incompatible avec la nature de l'attachement du peuple autochtone pour ces terres* ». Le titre aborigène ne restreint donc pas l'usage aux seules activités, pratiques, coutumes et traditions ancestrales. Le titre aborigène impose à titre complémentaire la consultation de la communauté qui le détient, pour toute utilisation de la terre.

Le titre ancestral peut néanmoins faire l'objet d'atteintes par le gouvernement fédéral, si cette atteinte est justifiée par un objectif d'intérêt général supérieur, tel que développement agricole, forestier, minier, hydro-électrique, le développement économique en général, la protection de l'environnement ou des espèces menacées, ou l'aménagement du territoire. Ces atteintes doivent toutefois être justifiées au regard de l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral à l'égard des Peuples autochtones. La violation doit satisfaire au test de proportionnalité. Elle doit être nécessaire et aussi minime que possible. Une compensation adéquate doit être allouée au titulaire et une consultation préalable doit être organisée.

Pratiques, coutumes et usages constitutives d'un droit ancestral. En bas de l'échelle, représentant le lien au territoire le plus faible, on trouve les activités ancestrales qui font partie intégrante de la culture autochtone mais dont l'exercice sur un territoire ne suffit pas pour en réclamer l'occupation et l'utilisation exclusive. En conséquence, ces activités ne sont pas rattachées à un lieu déterminé. Les droits ancestraux d'usages sont autonomes. Ils ne constituent pas l'accessoire d'un titre aborigène¹⁹². Comme l'explique la Cour Suprême, « *Les revendications territoriales ne sont qu'une manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux. Même si les revendications d'un titre aborigène s'inscrivent dans le cadre conceptuel des droits ancestraux, ces droits n'existent pas uniquement dans les cas où le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène a été établi.* »¹⁹³

¹⁹² [R. v. Côté](#), [1996] 3 S.C.R. 139, October 3, 1996.

¹⁹³ [R. v. Adams](#), [1996] 3 S.C.R. 101, October 3, 1996.

La jurisprudence montre que la protection dont jouissent les droits ancestraux d'usage ne s'étend pas aux activités commerciales non-traditionnelles¹⁹⁴. Les Peuples autochtones bénéficient notamment, sur le domaine public, du droit de chasser¹⁹⁵ et pêcher¹⁹⁶, du droit de coupe de bois¹⁹⁷, mais seulement en vue d'une activité non-commerciale, ou d'une « *activité commerciale traditionnelle* »¹⁹⁸. Le droit de chasse¹⁹⁹ et de pêche²⁰⁰ à des fins de subsistance est systématiquement reconnu. Les activités commerciales traditionnelles sont donc protégées, si elles existaient avant le contact avec les européens. La jurisprudence ne cristallise toutefois pas la protection aux seules activités coutumières existantes avant la colonisation. Une évolution raisonnable reste couverte par le droit ancestral. Sont protégées également les activités commerciales qui n'existaient pas antérieurement au premier contact, mais qui en découlent logiquement²⁰¹.

Les droits ancestraux peuvent faire l'objet de restrictions justifiées par l'intérêt général. Le droit de chasser et de pêcher peut ainsi être restreint à des fins de protection environnementale²⁰², dans la mesure où la restriction est proportionnée²⁰³. Au contraire, l'interdiction du campement et des feux dans un parc naturel à des fins de

¹⁹⁴ A contrario, obligation de paiement des droits de douanes pour les marchandises importées des Etats-Unis à des fins commerciales : [Mitchell v. M.N.R.](#), 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, May 24, 2001.

¹⁹⁵ [Simon v. The Queen](#), [1985] 2 S.C.R. 387, November 21, 1985.

¹⁹⁶ [R. v. Sparrow](#), [1990] 1 S.C.R. 1075. Première décision interprétant l'article 35§1.

¹⁹⁷ [R. v. Sappier & Gray](#), 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, December 7, 2006

¹⁹⁸ R. c. [Marshall & Bernard](#), 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, July 20, 2005

¹⁹⁹ A contrario, s'agissant de la vente sans permis de la peau d'un ours tué en légitime défense : [R. v. Horseman](#), [1990] 1 S.C.R. 901, May 3, 1990 (rejet) : chasse à des fins commerciales.

²⁰⁰ Par exemple : [R. v. Adams](#), [1996] 3 S.C.R. 101, October 3, 1996 ; [R. v. Côté](#), [1996] 3 S.C.R. 139, October 3, 1996. : l'exigence d'un permis de pêche sur une Zone d'Exploitation Contrôlée porte atteinte au droit ancestral de pêche à fins de subsistance, car les conditions discrétionnaires d'octroi du permis ne tiennent pas compte de l'obligation de fiduciaire du gouvernement. En revanche, la restriction de l'accès à la zone en véhicule automobile est légale.

²⁰¹ S'agissant de la vente de poisson sans permis de pêche commerciale: [R. v. Van der Peet](#), [1996] 2 S.C.R. 507, August 21, 1996 (rejet); [R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.](#), [1996] 2 S.C.R. 672, August 21, 1996 (rejet); [R. v. Gladstone](#), [1996] 2 S.C.R. 723, August 21, 1996 : « L'échange de la roque de hareng sur varech contre de l'argent ou d'autres biens était [...] une caractéristique fondamentale, importante et déterminante de la culture distinctive des Heiltsuk avant le contact avec les Européens, et qu'il convient de qualifier de commerciale [...] les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés dans le contexte de l'histoire et de la culture particulières de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués. Il n'y a pas lieu d'adopter la méthode fondée sur les droits figés, qui s'attache aux pratiques autochtones. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait être axée sur la notion de partie intégrante d'une culture autochtone distinctive et devrait permettre à ces droits d'évoluer avec le temps. »

²⁰² [Kruger and al. v. The Queen](#), [1978] 1 S.C.R. 104, May 31, 1977

²⁰³ [R. v. Badger](#), [1996] 1 S.C.R. 771, April 3, 1996.

conservation porte atteinte au droit ancestral des Hurons de pratiquer leurs rites religieux²⁰⁴.

Le test de proportionnalité applicable découle de l'arrêt *Sparrow*²⁰⁵. Premièrement, la restriction doit avoir objectif législatif régulier. Deuxièmement, il convient de tenir compte des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. Troisièmement, il faut déterminer « *si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits ancestraux* ». Quatrièmement, une juste indemnisation doit être prévue. Enfin, cinquièmement, le groupe d'autochtones en question doit avoir été consulté au sujet des mesures de conservation.

Droits ancestraux localisés. A un niveau intermédiaire, on trouve les activités exercées sur un terrain pour lequel la communauté ne pourrait pas démontrer une occupation exclusive donnant lieu à un titre, mais qui sont suffisamment spécifiques au lieu [*site-specific right*]. Ces activités s'exercent spécifiquement sur le terrain en cause à l'exclusion de tout autre. La particularité des droits localisés est, qu'à la différence du titre aborigène, ils confèrent un droit d'usage sur la terre limité aux seules activités ancestrales²⁰⁶.

Droits issus des Traités. L'article 35 distingue entre droits ancestraux et droits issus des traités. S'agissant des droits issus des traités, on distingue d'une part, les revendications particulières [*specific claims*] dans le cadre des traités historiques et d'autre part, les revendications territoriales globales [*comprehensive claims*] qui portent sur des régions où les droits fonciers des Autochtones n'ont pas encore fait l'objet de traités. Les revendications particulières découlent du non-respect présumé de traités ou d'autres obligations imparties par la loi ou de la mauvaise administration présumée des terres et autres biens aux termes de la Loi sur les Indiens ou d'autres

²⁰⁴ [R. v. Sioui](#), [1990] 1 S.C.R. 1025, May 24, 1990.

²⁰⁵ [R. v. Sparrow](#), [1990], préc.

²⁰⁶ [R. v. Adams](#), [1996] 3 S.C.R. 101, October 3, 1996 : « *Le fait de reconnaître que le titre aborigène est simplement une manifestation de la doctrine des droits ancestraux ne devrait pas créer l'impression que le fait que certains droits ancestraux soient liés à l'utilisation ou à l'occupation d'un territoire n'est pas important. En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.* »

ententes officielles. Un grand nombre de droits fonciers découlent de traités historiques toujours en vigueur [1763-1923]

Les ententes sur revendications territoriales globales (ERTG) sont fondées sur le principe du maintien des droits et des titres autochtones qui n'ont pas été couverts dans les traités. La première ERTG date de 1975²⁰⁷ et initie la nouvelle politique en la matière. Le Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada est chargé de leur négociation et de leur application²⁰⁸. Les ERTG sont normalement trilatérales. Elles sont conclues entre les représentants d'une communauté autochtone d'une part, et le gouvernement fédéral et les Provinces concernées d'autre part.

En octobre 2008, le Canada a installé le Tribunal des Revendications Particulières [*Specific Claims Tribunal*]²⁰⁹, organe juridictionnel chargé de trancher les litiges découlant de l'inexécution des traités. Le SCT est donc le tribunal compétent pour connaître des litiges découlant de l'application des ERTG (cf. Annexe 6 : [Schéma sur le système canadien des droits autochtones](#)).

Pacification politique par la négociation. La distinction de l'article 35 entre droits ancestraux et droits issus des traités occulte en fait, la continuité recherchée entre ces deux catégories. La conclusion des ERTG est une alternative à l'engagement d'une action judiciaire tendant à la reconnaissance d'un titre aborigène. Ainsi, « *Les revendications territoriales globales reposent sur l'affirmation de l'existence de droits ancestraux et de titres sur des terres jamais visées par un traité* » (Min. AINC, février 2009).

En réalité, la Cour Suprême, dans une perspective de pacification politique, a érigé la négociation des traités de résolution des revendications globales comme une alternative à la reconnaissance contentieuse. Les ententes sur les revendications territoriales globales (ERTG) assurent en fait une tâche de définition d'une politique de gestion du bien, que l'institution judiciaire est par nature, incapable de mener à bien

²⁰⁷ Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, [James Bay and Northern Quebec Native Claims Settlement Act](#) (1976-77, c. 32).

²⁰⁸ AINC négocie, au nom du gouvernement du Canada, des ententes sur le règlement des revendications territoriales globales ou particulières et des ententes sur l'autonomie gouvernementale. Voir le site : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/hts/index-fra.asp>

²⁰⁹ [Loi constituant le Tribunal des revendications particulières](#), 2008, ch. 22, S-15.36, <http://www.sct-trp.ca>. Lire : Mary C. Hurley, [Projet de loi C-30 : Loi sur le tribunal des revendications particulières](#), Division du droit et du gouvernement, 26 juin 2008.

dans le cadre d'un litige. Ces négociations très complexes et détaillées demandent beaucoup de temps et d'expertise²¹⁰.

Le contenu des accords sur revendications globales. Les ERTG forment ainsi le contenu substantiel du droit des autochtones au Canada, couvrant à la fois la reconnaissance des titres aborigènes et l'inventaire des droits ancestraux. Une quinzaine d'accords sur des revendications globales ont été négociés avec les Peuples : Nisga'a²¹¹, Sechelt²¹² et Westbank²¹³ (Colombie Britannique) ; Inuit²¹⁴ (Terre-Neuve & Labrador) ; Naskapis de Schefferville²¹⁵, Crees de la Baie de James²¹⁶, Nunavik Inuit (Québec) ; Gwich'in²¹⁷ (Northwest Territories) ; Tungavik Federation of Nunavut²¹⁸ (Nunavut) ; Carcross/Tagish²¹⁹, Champagne and Aishihik²²⁰, Kluane²²¹, Kwanlin Dun²²², Little Salmon/Carmacks²²³, Nacho Nyak Dun²²⁴, Selkirk²²⁵, Ta'an Kwach'an²²⁶, Teslin Tlingit²²⁷, Tr'ondëk Hwëch'in²²⁸, Vuntut Gwitchin²²⁹ (Yukon)²³⁰. Les ERTG sont la concrétisation des droits issus du titre aborigène. On compte 21 ERTG depuis 1975, soit environ 40 % du territoire canadien, plus de 91 collectivités autochtones. Les ERTG concernent actuellement plus de 70 000 personnes.

²¹⁰ Direction générale de l'évaluation, de la mesure du rendement et de l'examen, [Évaluation de l'incidence des ententes sur les revendications territoriales globales](#), février 2009, Affaires indiennes et Nord Canada, SGGID no 2091802.

²¹¹ [Nisga'a Final Agreement](#) 1999. Cf. [Implementation Plan for the Nisga'a Final Agreement](#) (11 mai 2000) ; "Prosper" - [Nisga'a Final Agreement 2002 Annual Report](#).

²¹² Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte [[Sechelt Indian Band Self-Government Act](#)], S.C., 1986, c. 27 L.C., 1986, ch. 27

²¹³ [Agreement between Her Majesty the Queen in Right of Canada and Westbank First Nation](#).

²¹⁴ [Land Claims Agreement Between the Inuit of Labrador and Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland and Labrador and Her Majesty the Queen in Right of Canada](#).

²¹⁵ [The Northeastern Quebec Agreement](#) (1978).

²¹⁶ [James Bay and Northern Quebec Agreement and Complementary Agreements](#) (1975) ; James Bay and Northern Quebec Agreement and The Northeastern Quebec Agreement [1998-2000 Annual Report](#).

²¹⁷ [The Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement](#) (1992), [Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement Annual Report of the Implementation Committee](#) April 1, 2001 - March 31, 2002.

²¹⁸ [Nunavut Land Claims Agreement](#) (1993) ; [Annual Report - The Implementation of the Nunavut Land Claims Agreement](#) (2004) ; [Second Independent Five Year Review of Implementation of the Nunavut Land Claims Agreement Final Report](#) (2006).

²¹⁹ 2005 - [The Carcross/Tagish First Nation Final Agreement](#) [Yukon].

²²⁰ 1993 - [Champagne and Aishihik First Nations Final Agreement](#) (effective date 1995) [Yukon].

²²¹ 2003 - [Kluane First Nation - Final Agreement](#) [Yukon].

²²² 2005 - [The Kwanlin Dun First Nation Final Agreement](#) [Yukon]

²²³ 1997 - [Little Salmon/Carmacks Final Agreement](#) [Yukon].

²²⁴ 1993 - [Nacho Nyak Dun First Nation Final Agreement](#) (effective date 1995) [Yukon].

²²⁵ 1997 - [Selkirk First Nation Final Agreement](#) [Yukon].

²²⁶ 2002 - [The Ta'an Kwach'an Council Final Agreement](#) [Yukon].

²²⁷ 1993 - [Teslin Tlingit Council Final Agreement \(effective date 1995\)](#) [Yukon].

²²⁸ 1998 - [Tr'ondëk Hwëch'in Final Agreement](#) [Yukon].

²²⁹ 1993 - [Vuntut Gwitchin First Nation Final Agreement](#) (effective date 1995) [Yukon].

²³⁰ 1993 - [Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon](#).

Leur contenu est très variable. Néanmoins on peut identifier deux axes : d'une part l'organisation de la participation des communautés traditionnelles dans la gestion des ressources naturelles, et d'autre part la sécurisation des droits d'usages des ressources, notamment les droits de pêche.

L'élément commun de tous ces accords est de structurer les organes autochtones de gestion parallèlement au transfert de propriété. Dans certains cas, les terres continuent d'être détenues formellement par la Couronne au profit des communautés indiennes, en tant que terres de réserves, tout en donnant à ces communautés les pouvoirs et responsabilités découlant d'un droit de propriété²³¹. Dans d'autres cas, il y a un transfert de propriété plein et complet.

Ces accords peuvent prévoir des compétences législatives pour la gestion et la conservation des ressources naturelles des terres soumises à la juridiction autochtone, notamment la conservation, la protection et la gestion des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de ces terres²³².

La structuration politique se double souvent d'une structuration économique. Les accords peuvent également ouvrir la voie au développement économique, en accompagnant la création d'infrastructures et d'entreprises de pêche. Ce cas de figure est illustré par la communauté Nisga'a. L'accord final garantit le droit de pêche des communautés Nisga'a. Ce droit est encadré par un système complexe de quotas. Un Comité de cogestion des pêches est mis en place entre les autorités canadiennes et les autorités autochtones.

Les diverses ERTG règlent la question de l'interaction entre reconnaissance de droits ancestraux et protection environnementale de manière spécifique, en fonction des problématiques propres à chacune des situations. Certains accords prévoient une participation des communautés traditionnelles au sein des comités de gestion de parcs et réserves naturelles²³³.

De manière générale, aires marines sont régies par la loi sur les aires marines de 2002. Le préambule de la loi indique que la conservation et l'établissement d'un réseau d'aires marines a notamment pour but de « *permettre l'utilisation durable, du point de vue écologique, par le zonage de ces aires marines de conservation, des ressources*

²³¹ Par ex. [Sechelt Indian Band Self-Government Act](#) (1986, c. 27).

²³² Sect. 14. [Sechelt Indian Band Self-Government Act](#) (1986, c. 27).

²³³ Par ex. Par. 106, [Nisga'a Final Agreement](#) 1999.

marines au profit des communautés côtières ». Le droit de participation des communautés autochtones est explicitement identifié. L'objectif de la loi est de « *de faire participer les ministres et organismes fédéraux et provinciaux, les organisations et gouvernements autochtones, les organismes constitués aux termes d'accords sur des revendications territoriales et les communautés côtières touchés, ainsi que les autres personnes ou organismes concernés, aux efforts déployés en vue de la création et du maintien d'un réseau représentatif d'aires marines de conservation* ». La participation se traduit concrètement par l'implication de représentants des communautés traditionnelles dans le comité de gestion des parcs marins. Selon la loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada, les territoires revendiqués au titre des droits ancestraux qui sont compris dans un projet d'aire marine sont mis en réserve²³⁴.

L'exemple du Parc Marin du Saguenay-Saint Laurent. Le Parc Marin du Saguenay Saint Laurent situé au Québec vise à la protection de l'estuaire du Saint Laurent. Les Montagnais Essipit sont les usagers traditionnels de ces eaux. Un comité de coordination gère le fonctionnement du parc. Il comprend un représentant des communautés traditionnelles. Les objectifs du Parc respectent les droits ancestraux des Montagnais Essipit. Selon ces objectifs, le Parc doit « *Respecter les ententes signées avec les communautés autochtones et, dans la mesure où ils existent, les droits spécifiques des Montagnais Essipit.* » Des négociations sont en cours en ce sens afin de formaliser le contenu des droits reconnus au profit des communautés autochtones au sein du Parc Marin.

Sur les terres communautaires, seuls les membres de la communauté disposent du droit de chasser et pêcher²³⁵. Une restriction à l'accès public peut découler de l'existence d'une aire naturelle protégée, marine ou terrestre. Il découle en effet de la jurisprudence²³⁶, que le caractère fiduciaire de l'obligation du gouvernement à l'égard des droits ancestraux implique que les restrictions dont ils font l'objet doivent être justifiées et raisonnables. Une interdiction générale d'accès, ou des restrictions d'usages publics qui seraient nécessaires pour la protection de certains sites ne seraient pas forcément justifiées à l'encontre de communautés traditionnelles. Les

²³⁴ [Loi sur les aires marines nationales de conservation du Canada](#), 2002, ch. 18 C-7.3. Article 4§2. « *Sont également constituées, aux fins énoncées au paragraphe (1), des réserves lorsqu'un peuple autochtone revendique des droits ancestraux sur tout ou partie du territoire d'un projet d'aire marine de conservation et que le gouvernement fédéral a accepté d'engager des négociations à cet égard.* »

²³⁵ V. en ce sens, chapitre 6 : accès public aux Terres Nisga'a, [Nisga'a Final Agreement](#) 1999.

²³⁶ [R. v. Sioui](#), [1990] 1 S.C.R. 1025, May 24, 1990.

droits ancestraux, et notamment le droit d'usage des ressources naturelles par la collecte, la chasse ou la pêche, survivent donc, la plupart du temps, à la création d'une aire naturelle protégée. Il en résulte, de facto, un privilège d'usage au profit des communautés traditionnelles. En 1990, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt-clé dans la cause *Sparrow*. Selon cette décision, la Première nation de Musqueam a un droit ancestral de pratiquer la pêche à des fins alimentaires, sociales ou rituelles. La Cour suprême a reconnu que lorsqu'un groupe autochtone a le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales ou rituelles, ce droit a préséance sur les autres usages de la ressource, sous réserve de considérations prépondérantes comme la conservation. La Cour suprême a également souligné l'importance de consulter les groupes autochtones lorsque leurs droits de pêche risquent d'être touchés.

Une illustration d'un tel mécanisme peut être trouvée dans l'accord final conclu avec la communauté Nisga'a. Selon cet accord, les citoyens membres de la nation Nisga'a ont l'usage et la jouissance des terres et ressources naturelles au sein des aires naturelles protégées qui font partie de leur territoire traditionnel. Les usages de pêche, de chasse et de collecte sont régulés par un plan de gestion qui est adopté conjointement entre le gouvernement Nisga'a et le gouvernement de la Colombie Britannique qui est l'autorité détentrice de la propriété du Parc²³⁷.

Le plan stratégique quinquennal « *Nos eaux, notre avenir* » 2005 à 2010, renouvelle les politiques et programmes touchant les collectivités autochtones du MPO, par le renforcement des rapports avec les groupes autochtones, en conformité avec l'évolution de la jurisprudence. Dans l'affaire Marshall, la Cour a décrété que les traités locaux signés en 1760 et 1761 par les communautés mik'maq et malécites incluaient un droit communautaire de pratiquer la chasse, la pêche et la cueillette pour assurer une « *subsistance convenable* » aux membres de la communauté. Pour donner suite à la décision Marshall, Pêches et des Océans Canada a entrepris de négocier des ententes de pêche provisoires visant à permettre aux Premières nations de réussir dans le secteur de la pêche commerciale. Des ententes ont été conclues avec 30 communautés sur les 34 qui étaient touchées par la décision. L'Initiative de l'après-Marshall s'est terminée le

²³⁷ Par. 100 et 101, [Nisga'a Final Agreement](#) 1999 : « *Subject to paragraph 101, Nisga'a citizens have the right to traditional uses of the lands and resources within the Park and the Ecological Reserve, including domestic resource harvesting, in accordance with this Agreement and in a manner consistent with any management plan agreed to by the Nisga'a Nation and British Columbia. Unless the Nisga'a Nation and British Columbia otherwise agree, British Columbia will not permit commercial resource extraction or other commercial activity within the Park or the Ecological Reserve.* »

31 mars 2007. Sur les 34 Premières nations micmacques et malécites touchées en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Gaspésie (Québec), 32 ont signé une entente sur les pêches et/ou une entente de contribution avec Pêches et Océans Canada.

Etude de cas : La SRAPA

(source : Pêche et Océans Canada. <http://www.qc.dfo-mpo.gc.ca>)

À la suite de cet arrêt et pour assurer une gestion stable des pêches, Pêches et Océans Canada (MPO) a lancé en 1992 la Stratégie relative aux pêches autochtones (SRAPA). Cette stratégie s'applique dans les zones où le MPO gère les pêches et où les règlements de revendications territoriales n'ont pas déjà établi un régime de gestion des pêches.

Les objectifs de la SRAPA sont :

- Fournir un cadre de réglementation pour la gestion de la pêche autochtone à des fins alimentaires, sociales ou rituelles.
- Offrir aux Autochtones la possibilité de participer à la gestion des pêches, ce qui aura un effet positif sur la conservation, la gestion et la mise en valeur de la ressource.
- Favoriser l'indépendance économique des collectivités autochtones.
- Fournir une assise solide pour la conclusion de traités et d'ententes sur l'autonomie gouvernementale.
- Améliorer les compétences et les capacités des groupes autochtones.

La SRAPA aide le MPO à gérer les pêches en conformité avec l'arrêt Sparrow et d'autres décisions subséquentes de la Cour suprême. La SRAPA vise à assurer la gestion et la réglementation efficaces des pêches autochtones par la négociation d'ententes mutuellement acceptables et de durée limitée entre le MPO et les groupes autochtones. Dans les cas où les parties ne parviennent pas à s'entendre, le MPO réexaminera les consultations avec ce groupe autochtone, et le ministre des Pêches et des Océans octroiera au groupe un permis de pêche communautaire dont les clauses sont conformes à la décision Sparrow et à d'autres décisions subséquentes de la Cour suprême du Canada. Le permis permet au groupe de pratiquer la pêche à des fins alimentaires, sociales ou rituelles.

Lorsque le MPO conclut une entente avec un groupe autochtone, le ministre des Pêches et des Océans octroiera au groupe un permis qui reflète l'entente conclue.

Les ententes de pêche négociées en vertu de la SRAPA peuvent contenir :

- des conditions en ce qui a trait aux quantités de poisson pouvant être pêché à des fins alimentaires, sociales ou rituelles;
- les conditions qui seront incluses dans le permis de pêche communautaire (p. ex., espèces, quantités, zones de pêche, engins, saison de pêche, modalités d'application, collecte de données);
- des mesures sur la gestion conjointe de la pêche à des fins alimentaires, sociales ou rituelles par le groupe autochtone et le MPO;
- des projets de gestion conjointe pour améliorer la gestion des pêches en général, par exemple pour ce qui est de l'évaluation des stocks, de la mise en valeur de la ressource halieutique et de la gestion de l'habitat;
- les conditions liées aux permis de pêche communautaire en vertu du Programme de transfert des allocations aux Autochtones.

Depuis l'entrée en vigueur de la SRAPA, qui dispose d'un budget annuel de 35 millions de dollars, environ 125 ententes ont été signées chaque année. Les deux tiers de ces ententes environ ont été conclues avec des groupes autochtones de la Région du Pacifique du MPO, le reste avec des groupes du Canada atlantique et du Québec.

Le Programme de transfert des allocations fait partie intégrante de la SRAPA. Ce programme facilite le retrait volontaire de permis de pêche commerciale, qui sont réattribués à des groupes autochtones admissibles; cette approche permet de ne pas augmenter l'effort de pêche et de fournir aux collectivités autochtones des possibilités de revenus et d'emplois dont elles ont grand besoin. Depuis 1994-1995, année du lancement de ce programme, environ 900 permis de pêche commerciale ont été délivrés à des groupes autochtones.

La SRAPA a permis, une meilleure surveillance de la pêche autochtone, une meilleure collaboration en ce qui concerne le respect des lois et des règlements, une pêche plus sélective, et la création d'environ 1 300 emplois saisonniers par année depuis 1993 dans les secteurs comme la pêche commerciale, la transformation, la surveillance et la mise en valeur de la ressource.