



Conseil économique et social

Distr.: générale
8 janvier 2010
Français
Original : Anglais

Instance permanente sur les questions autochtones

Neuvième session

New York, 19-30 avril 2010

Point 3 de l'ordre du jour provisoire*

Débat sur le thème spécial de l'année :

«Peuples autochtones : développement, culture, identité :
les articles 3 et 32 de la Déclaration des Nations Unies
sur les droits des peuples autochtones»

Rapport sur les droits de pêche en mer des autochtones et étude des cas de l'Australie et de la Norvège¹

Résumé

Lors de sa huitième session en mai 2009, l'Instance permanente a nommé Carsten Smith et Michael Dodson, qui comptent parmi ses membres, comme Rapporteurs spéciaux chargés de mener une étude sur les droits de pêche des autochtones dans les mers et leur a demandé de soumettre leur rapport durant la neuvième session d'avril 2010. Cette étude inclut une analyse de la protection potentielle des droits de pêche en mer des autochtones par le cadre international existant, dont la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail et l'affaire *Apirina Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande*. Une étude des cas de l'Australie et de la Norvège se référant aux conventions et États de ces deux régions (respectivement, la Papouasie-Nouvelle-Guinée pour le Traité du détroit de Torrès; la Suède et la Finlande pour la Convention sâme nordique) est présentée à des fins de comparaison entre ces États et avec le droit international.

* E/EN19/2010/1.

¹ Le rapporteur spécial Michael Dodson souhaiterait préciser que les sections du présent document relatives à l'Australie ont été préparées avec l'aide précieuse de Jo-Anne Weinman, assistant de recherche du National Centre for Indigenous Studies de l'Australian National University. Il remercie également chaleureusement ses confrères qui ont accepté de réviser cette partie du document et de l'enrichir de leurs commentaires, parmi lesquels Seán Kerins, Robert Blowes et Asmi Wood.



Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Cadre international	3
	A. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	4
	B. Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques	4
	C. Jurisprudence: affaire <i>Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande</i>	6
	D. Convention n° 169 de l'Organisation mondiale du Travail	8
III.	Étude de cas: droits de pêche des aborigènes et des insulaires du détroit de Torrès au large des côtes de l'Australie.....	9
	A. Perception du pays de mer par les autochtones australiens	9
	B. Jurisprudence: droits fonciers autochtones sur les espaces marins	10
	C. Droits et intérêts légaux sur les espaces marins autres que les droits fonciers autochtones	14
	D. Traité du détroit de Torrès	15
IV.	Étude de cas: droits de pêche des Sâmes au large des côtes de Norvège	15
	A. Réglementation norvégienne sur la pêche et ses conséquences sur les populations sâmes côtières	15
	B. Situation juridique et politique actuelle de la Norvège	19
	C. Convention sâme nordique (Nordisk Samekonvensjon)	20
V.	Observations générales	20

I. Introduction

1. Le présent document traite des droits des peuples autochtones des États côtiers du monde entier à exercer un droit de pêche dans les mers et les eaux adjacentes (telles que les baies, les estuaires et les fjords). Il s'agit essentiellement de savoir si et dans quelle mesure les peuples autochtones ont droit à un statut privilégié, sous la forme d'un droit exclusif dans certaines zones ou d'un rang prioritaire dans la prise de décision, par exemple, lors de la définition des quotas de pêche en mer. Se pose également la question de la participation des autochtones à la réglementation de la pêche publique et commerciale par l'État. Ce document aborde le droit international applicable, décrit la législation nationale de l'Australie et de la Norvège, pays qui ont tous deux des intérêts importants en matière de pêches, et se conclut par une comparaison avec le droit international.

2. La signification des termes «mer» et «pêche» peut se révéler plus vastes que leur définition initiale. Le contexte juridictionnel et les instruments juridiques – au sein d'un État, entre États (entre régions ou dans le cadre de relations établies par traité), et en vertu des normes internationales acceptées – influencent leur signification complexe, et parfois simultanée.

3. Les Rapporteurs spéciaux ont conscience des questions conceptuelles, pratiques et juridiques qui entourent la terminologie communément employée pour décrire des frontières marines et se concentrent sur les «mers» en examinant les étendues d'eau côtières de l'Australie et de la Norvège et les zones associées (fonds marins, estrans, estuaires, baies, fjords). Des termes non autochtones sont utilisés dans le contexte national et international mais font référence à des conceptions et catégories autochtones afin d'exprimer les différences ou incommensurabilités épistémologiques.

II. Cadre international

4. Le droit international relatif aux peuples autochtones s'est considérablement développé au cours des dernières décennies. Le droit d'accès aux ressources naturelles est un des thèmes majeurs. La pêche et autres exploitations de l'océan constituent le principal moyen de subsistance des populations autochtones côtières et le fondement matériel de leur culture. Aucune règle ni aucun principe de droit international ne traite des droits de pêche en mer des autochtones. La situation juridique des populations autochtones côtières doit découler d'instruments plus généraux. Les deux principales conventions applicables sont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de l'Organisation internationale du Travail. Le présent document considère, dans une certaine mesure, ces conventions du point de vue de leur impact sur l'utilisation des ressources par les autochtones dans les régions où ces derniers vivent et ont développé leur culture côtière.

5. L'exploitation de l'océan à travers les siècles, notamment des eaux côtières et des étendues d'eau adjacentes telles que les baies, les estuaires et les fjords, a joué un rôle-clé dans le développement des différentes cultures autochtones côtières. Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme, ces cultures sont protégées par l'évolution des instruments juridiques internationaux. La combinaison de ces circonstances historiques que sont la longue tradition d'exploitation côtière des

peuples autochtones et le développement d'instruments juridiques internationaux influents qui protègent les cultures autochtones et minoritaires constitue le fondement des droits autochtones.

A. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

6. Déclaration inclut plusieurs articles pertinents sur les droits d'accès aux ressources naturelles des peuples autochtones. Premièrement, le principe fondamental de l'article 3 stipule :

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.

7. La Déclaration exprime également des règles plus spécifiques sur les droits d'accès aux ressources naturelles. En vertu de l'article 8 (2), les États devront mettre en place des mécanismes de prévention visant «tout acte ayant pour but ou pour effet de les déposséder de leurs terres, territoires ou ressources». L'article 20 (1) stipule que les peuples autochtones ont le droit de «disposer en toute sécurité de leurs propres moyens de subsistance et de développement» et de se livrer librement à «toutes leurs activités économiques, traditionnelles» tandis que l'article 26 (2) confère aux peuples autochtones 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».

8. Cet instrument n'est pas un traité et ne produit donc pas les effets juridiquement contraignants d'un traité. Toutefois, l'adoption par les Nations Unies d'un instrument relatif aux droits de l'homme lui donne vocation à avoir quelque effet juridiquement contraignant. L'article 42 de la Déclaration établit une nouvelle fonction pour l'Instance permanente: promouvoir la «pleine application» des dispositions de la Déclaration et «veiller à en assurer l'efficacité».

B. Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Droits des peuples autochtones et des minorités

9. En vertu de l'article 27 du Pacte, les minorités ethniques ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle. Même si l'article 27 est formulé en termes négatifs, il reconnaît l'existence d'un «droit» et interdit de dénier celui-ci. En conséquence, les États parties sont tenus de veiller à ce que l'existence et l'exercice de ce droit soient protégés contre tout déni ou violation².

10. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones est l'instrument le plus universel, le plus complet et le plus fondamental sur les droits de ces populations et fait partie du droit international relatif aux droits de l'homme.

² Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n° 40 (A/49/40), vol. I, annexe V, observation générale n°23 para. 6

Ses principes fondamentaux sont identiques à ceux des principaux pactes relatifs aux droits de l'homme et plusieurs de ses articles sont identiques à ceux d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme juridiquement contraignants³. Les populations autochtones peuvent invoquer la Déclaration et les règles conventionnelles destinées initialement aux minorités ethniques.

11. Le Comité des droits de l'homme a déclaré qu'il existait un lien clair entre l'article 27 et les populations autochtones. Divers aspects des droits des individus consacrés par cet article – par exemple, le droit d'avoir sa propre vie culturelle – peuvent consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources. Le comité affirme que «cela peut être vrai en particulier des membres de communautés autochtones constituant une minorité»⁴. Le Comité souligne à nouveau ce lien dans la déclaration suivante :

Pour ce qui est de l'exercice des droits culturels consacrés à l'article 27, le Comité fait observer que la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones⁵.

Fondement matériel de la culture

12. La question de savoir si l'article 27 consacre un droit d'accès aux ressources naturelles dépend de la signification du concept de «culture» dans ledit article. Si ce concept peut être interprété comme englobant les fondements matériels (c'est-à-dire économiques et physiques) de la culture d'une minorité ethnique, la disposition couvrira alors l'utilisation des ressources et les droits sur les terres et les eaux, tels que le droit de pêche en mer. L'observation générale 23 (1994) du Comité des droits de l'Homme va dans ce sens en interprétant les droits protégés par l'article 27: «Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi»⁶.

13. Le droit au fondement matériel de la culture et le droit à des mesures spéciales sont liés. Le premier impliquera la reconnaissance d'un statut privilégié des autochtones vis-à-vis des autres citoyens. Un droit de pêche suffisant pour assurer le fondement matériel de la culture d'un peuple autochtone peut nécessiter la réduction des quotas légaux de pêche des pêcheurs non autochtones ou éventuellement l'allocation de certaines zones à l'usage exclusif des populations autochtones. Il est crucial de savoir si l'article 27 prévoit le droit à des mesures spéciales.

14. L'observation générale 23 déclare que des mesures positives de protection sont «exigées» afin de protéger les droits consacrés par l'article 27⁷. De plus, le Comité est très clair à ce sujet et insiste sur l'utilisation de mesures positives. Bien que les droits consacrés à l'article 27 soient des droits individuels, leur respect dépend néanmoins de la mesure dans laquelle le groupe minoritaire maintient sa culture:

³ Documents officiels du Conseil économique et social, 2009, supplément n° 23, annexe, para. 6-13.

⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, supplément n° 40 (A/49/40), vol. I, annexe V, observation générale n°23 para. 3.2.

⁵ Ibid., para 7.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., para 6.1.

En conséquence, il se peut également que les États soient parfois amenés à prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture... en commun avec les autres membres de leur groupe⁸.

15. Cette attitude à l'égard des mesures positives est davantage soulignée dans la déclaration sur la pêche et la chasse ci-dessus. Le Comité poursuit:

L'exercice de ces droits peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant⁹.

16. Le Comité conclut que l'article 27 énonce des droits dont la protection impose aux États parties des obligations spécifiques et que la protection de ces droits vise à assurer «la survie et le développement permanent de l'identité culturelle... des minorités concernées, contribuant ainsi à enrichir l'édifice social dans son ensemble»¹⁰.

C. Jurisprudence: affaire Apirana Mahuika et consorts c : Nouvelle-Zélande

17. Ces interprétations sont également soutenues par une importante jurisprudence sur le fondement matériel de la culture et les mesures positives. Dans l'affaire *La bande du lac Lubicon c. Canada* (1990), le Comité reconnaît que

au nombre des droits protégés par l'article 27 figure le droit pour des personnes d'avoir, en commun avec d'autres, des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de leur communauté¹¹.

18. L'affaire Apirana Mahuika et consorts c. Nouvelle-Zélande (2000) est particulièrement pertinente car elle est au centre de plusieurs des questions relatives aux droits de pêche en mer des autochtones. En 1840, les Maoris et la Couronne britannique ont signé le Traité de Waitangi qui énonçait les droits des Maoris, dont le «droit intégral, exclusif et incontesté, de posséder leurs terres, forêts, pêches et autres biens qu'ils peuvent posséder collectivement ou individuellement». Rien n'avait été fait pour tenter de déterminer les limites des pêches avant les années 1980 alors que la pêche côtière entraînait une surexploitation des ressources halieutiques. Le Gouvernement a alors suspendu l'octroi de nouveaux permis de pêche commerciale et exclu les pêcheurs à temps partiel. Cette mesure a eu pour conséquence fortuite d'écartier de nombreux pêcheurs maoris de la pêche commerciale. Les initiatives prises n'ayant pas donné les résultats escomptés, le Gouvernement a introduit un système de quotas en 1986. En 1988, l'État a ouvert des négociations avec les Maoris, qui ont abouti à la signature d'un Mémorandum d'accord en août 1992. Les négociateurs maoris ont demandé aux Maoris de leur conférer un mandat pour qu'ils puissent conclure le contrat prévu dans le Mémorandum et il est ressorti du rapport des négociateurs que 50 iwi (tribus),

⁸ Ibid., para 6.2.

⁹ Ibid., para 7.

¹⁰ Ibid., para 9.

¹¹ Ibid., quarante-cinquième session, supplément n° 40 (A/45/40), vol. II, annexe IX, section A, para. 32.2. Communication n° 167/1984, 26 mars 1990.

représentant plus de 200 000 Maoris, étaient favorables à l'accord. Sur la base de ce rapport, un Accord de règlement (Deed of Settlement) a été exécuté en septembre 1992 par le Gouvernement néo-zélandais et les représentants des Maoris et signé par 110 signataires. La loi de 1992 sur le règlement des prétentions concernant les pêches protégées par le Traité de Waitangi a été adoptée la même année. Les auteurs, un groupe de 19 Maoris, affirment que la loi revient à confisquer leurs ressources halieutiques, les prive du droit de déterminer librement leur statut politique et porte atteinte à leur droit d'assurer librement leur développement économique, social et culturel. Le Comité a affirmé le principe du fondement matériel de la culture dès le début:

Il n'est pas contestable que les auteurs sont membres d'une minorité, au sens de l'article 27 du Pacte, ni que la pratique de la pêche et le contrôle des pêches constituent un élément essentiel de leur culture. À cet égard, le Comité rappelle que les activités économiques peuvent relever de l'article 27, dès lors qu'elles constituent un élément essentiel de la culture d'une communauté.¹²

19. C'est la base et le point de départ juridique de son interprétation. Le droit d'avoir sa propre vie culturelle ne peut être déterminé in abstracto mais doit - comme tous les autres principes juridiques - être apprécié dans son contexte. En l'occurrence, le Comité a traité une question plus générale de notre époque en déclarant:

En particulier, l'article 27 protège certes les moyens de subsistance traditionnels des minorités, mais implique également que ceux-ci puissent s'adapter aux modes de vie et aux technologies modernes.

...En l'occurrence, la législation adoptée par l'État partie influe, de différentes manières, sur les possibilités qu'ont les Maoris de se livrer à la pêche commerciale et non commerciale. La question est de savoir si cela constitue un déni de droits.¹³

20. Pour résoudre cette question, le Comité rappelle son observation générale sur l'article 27 selon laquelle, dans le cas des peuples autochtones, le droit d'avoir sa propre vie culturelle peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant. Dans ce contexte, le Comité reconnaît que la loi de 1992 sur le règlement des prétentions concernant les pêches protégées par le Traité de Waitangi, et les mécanismes institués par elle, «limitent les droits des auteurs à l'exercice de leur propre culture». Il s'agit de la principale conclusion du raisonnement du Comité. Les droits visés à l'article 27 sont limités. Une telle limitation signifierait normalement une violation de la convention

21. Toutefois, la possibilité pour la minorité de participer au processus de prise de décisions peut influencer cette décision. Dans sa jurisprudence, le Comité

souligne que l'acceptabilité des mesures qui affectent ou entravent les activités économiques culturellement importantes d'une minorité dépend de la question de savoir si les membres de la minorité concernée ont eu la possibilité de participer au processus de prise de décisions qui a abouti à

¹² CCPR/C/70/D/547/1993, para 9.3.

¹³ Ibid., para 9.4.

l'adoption de ces mesures et s'ils continueront de bénéficier de leurs activités économiques traditionnelles.

... [Concernant les faits de cette affaire, le Comité observe que] l'État partie a entrepris un processus complexe de consultations pour assurer un large appui maori à un accord et à une réglementation des activités de pêche à l'échelle de tout le pays. Les communautés et les organisations nationales maories ont été consultées et leurs propositions ont été prises en compte dans l'arrangement conclu. Le Règlement n'a été promulgué qu'après que les représentants des Maoris eurent indiqué qu'ils bénéficiaient d'un appui réel parmi les Maoris. Pour de nombreux Maoris, la loi de 1992 réglait de manière acceptable leurs demandes.¹⁴

22. Pour ce qui est des effets de l'accord, le Comité note que les Maoris ont obtenu des résultats satisfaisants en matière de pêches commerciales et non commerciales. En ce qui concernent les pêches commerciales, le Règlement a eu pour effet que

l'autorité des Maoris et leurs méthodes traditionnelles de contrôle, telles que reconnues dans le Traité, ont été remplacées par une nouvelle structure de contrôle s'inscrivant dans une entité où les Maoris ont non seulement un rôle dans la protection de leurs intérêts en matière de pêches mais aussi un contrôle effectif.¹⁵

23. S'agissant des pêches non commerciales, «les obligations de la Couronne en vertu du Traité de Waitangi demeurent et des règlements sont élaborés qui reconnaissent et définissent les moyens de subsistance coutumiers». La décision soutient vivement l'interprétation selon laquelle l'article 27 du Pacte protège le droit de pêche dès lors qu'il s'agit d'un élément essentiel de la culture d'une minorité ethnique. De plus, l'interprétation faisant foi du Comité des droits de l'homme, à la fois dans ses observations générales et ses affaires, corrobore cette interprétation de l'article.

D. Convention n° 169 de l'Organisation mondiale du Travail

24. Cette convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants inclut plusieurs dispositions sur les droits de pêche en mer des autochtones. Elles ont trait avant tout à la procédure. L'organe de contrôle de l'Organisation internationale du Travail a déclaré que «l'esprit de consultation et de participation est la pierre angulaire de la Convention n° 169 et il est à la base de toutes les dispositions de cet instrument». L'article 6, la disposition la plus importante de cette «pierre angulaire», oblige les gouvernements à consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, à mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent participer librement et à mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples. Ces règles sont complétées par l'article 7 de la Convention et activement appliquées dans les pratiques de l'Organisation internationale du Travail.

¹⁴ Ibid., para 9.5.

¹⁵ Ibid., para 9.7.

25. Ces articles sont des dispositions générales sur la consultation et la participation tandis que l'article 15 (1) est directement lié aux ressources naturelles. La première phrase reconnaît aux peuples intéressés le droit de sauvegarder les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres. Elle soutient ainsi la protection du fondement matériel de la culture en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La deuxième phrase vise directement les règles de procédure: «Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources».

26. Lors du débat sur l'élaboration de la convention s'est posée la question de savoir si les articles relatifs aux «terres» devaient également s'appliquer aux territoires maritimes. Il en résulte que l'article 14 sur les droits de propriété et de possession des peuples intéressés sur les terres qu'ils occupent traditionnellement doit être limité aux terres (y compris aux rivières et aux lacs, mais pas aux océans). D'autre part, dans l'article 15, le concept de «terres» doit être compris au sens large. Sa définition juridique à l'article 13 (2) stipule que «l'utilisation du terme terres dans les articles 15 et 16 comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière». Sur cette base, les dispositions de l'article 15 incluront les zones hauturières exploitées par les peuples autochtones et s'appliqueront donc à leur pêche côtière. Le résultat le plus important sera le droit de participer à la réglementation des quotas, de la taille des navires dans les différentes zones maritimes et de l'utilisation des équipements de pêche.

III. Étude de cas: droits de pêche des aborigènes et des insulaires du détroit de Torrès au large des côtes d'Australie

27. Cette section commence par une brève référence à la façon dont les autochtones australiens perçoivent le «pays de mer», qui est finalement à l'origine de leur relation à la haute mer, dont quelques zones seulement ont été reconnues en vertu du système juridique australien. Les droits et intérêts des autochtones australiens sur les espaces marins sont exposés en passant brièvement en revue certains principes fonciers autochtones et en examinant la jurisprudence dans ce domaine. Puis, une présentation du partage du pouvoir entre le Commonwealth, les gouvernements des États et des territoires annonce une discussion sur les autres régimes légaux fonciers non autochtones applicables aux droits de pêche en mer des autochtones, y compris à l'héritage culturel et à la législation sur la gestion des pêches. Le Traité du détroit de Torrès entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée est également évoqué.

A. Perception du pays de mer par les autochtones australiens

28. Les autochtones australiens entretiennent depuis longtemps un lien étroit avec la mer et ses ressources à des fins de subsistance, de développement économique, de spiritualité et d'identité culturelle. Ces liens sont confirmés par des fouilles archéologiques et anthropologiques¹⁶ Les peuples autochtones ne font pas de distinction entre paysage terrestre et paysage marin, les deux constituant le pays à parts égales. Cette conception contraste sensiblement avec la vision du monde du système juridique australien, qui perçoit des frontières là où les conceptualisations autochtones incluent une compréhension géographique des terres, rivières, estuaires, plages, récifs, mers, cayes, fonds marins et de la faune et la flore associées. Les sites importants et les pistes de rêves (dreaming tracks) s'étendent à la haute mer ainsi qu'à sa faune et à sa flore et font partie du droit coutumier autochtone applicable au pays de mer.

B. Jurisprudence: droits fonciers autochtones sur les espaces marins

29. Les droits et intérêts des autochtones sur les eaux et les terres australiennes sont antérieurs et postérieurs à la souveraineté britannique. Ils ont été reconnus par la Haute Cour d'Australie dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Mabo c. Queensland* (n° 2)¹⁷ (affaire *Mer Island*). Cette affaire incluait initialement les espaces marins mais ils ont été retirés de la requête par la suite.

30. Depuis, un système législatif complexe a pris le pas dans la définition du cadre réglementant les droits fonciers autochtones. Néanmoins, les litiges jugés par les tribunaux fédéraux et les Hautes Cours restent toujours très liés au développement et la définition de la législation sur les droits fonciers autochtones. La jurisprudence relative aux droits et intérêts fonciers autochtones sur les espaces marins mérite donc d'être examinée pour diverses raisons: la section 223(1)(c) de la loi du Commonwealth d'Australie sur les droits fonciers autochtones (*Native Title Act*, NTA) de 1993 exige que les droits et intérêts soient reconnus par la common law australienne; la jurisprudence continue également de fournir des clés de lecture de la législation en général; et enfin, un nombre convaincant de commentaires judiciaires et académiques oppose le concept de droits fonciers autochtones de la common law aux droits et intérêts fonciers légaux. Pour ces raisons, cette section se contente de présenter brièvement certaines sections de la loi NTA avant de se concentrer sur les affaires majeures récentes ayant soulevé la question des droits fonciers autochtones sur les espaces marins et de faire occasionnellement référence à la législation sur les droits fonciers autochtones si nécessaire. L'accent est donc mis sur la jurisprudence et la législation est examinée uniquement si elle s'y rapporte directement. La jurisprudence sur les droits fonciers autochtones révèle une tendance massive à reconnaître les droits de pêche en mer des autochtones comme des intérêts non commerciaux et non exclusifs, soumis également au droit public de pêche de la common law et au droit international du passage inoffensif.

¹⁶ Des fouilles archéologiques ont révélé que les autochtones utilisaient déjà les ressources côtières et maritimes il y a au moins 30 000 ans. G. D. Meyers, M. O'Dell, G. Wright, S. C. Muller, *A Sea Change in Land Rights Law: The Extension of Native Title to Australia's Offshore Areas*, Canberra: AIATSIS, 1996.

¹⁷ (1992) 175 CLR 1.

31. Les décisions par consentement sont une autre source importante d'informations sur les droits contractuels des autochtones sur les terres et les mers. Ces accords prennent de plus en plus le pas sur les actions en justice, ou y succèdent même parfois en cas de jugement favorable à la négociation. Ils n'entrent pas dans le cadre de discussion du présent document.

Loi du Commonwealth d'Australie sur les droits fonciers autochtones (NTA) de 1993

32. La section 223(2) de cette loi inclut les droits de pêche dans les droits fonciers autochtones. Les sections 253(a), (b) et (c) définissent les eaux et y incluent les espaces marins tels que les mers, y compris celles sur lesquelles l'Australie exerce ses droits de souveraineté en vertu de la Loi sur les mers et les terres submergées de 1973, conformément à la section 6 de la loi NTA. Les passes intertidales, les baies, les estuaires, les ports ou encore les eaux souterraines, les fonds et sous-sols marins font également partie des eaux. De même, les zones intertidales sont considérées comme des eaux, et non comme des terres. Tandis que la loi NTA accorde le même traitement aux revendications foncières maritimes et terrestres, la section 212(1) protège la propriété de la Couronne que sont les ressources naturelles, le contrôle et la réglementation des eaux et, via la section 212(2), l'accès public existant aux différentes eaux au large des côtes (fonds, bancs ou estrans, eaux côtières et plages) et leur jouissance.

Affaire Commonwealth c. Yarmirr¹⁸

33. Jusqu'ici, la loi australienne sur les droits fonciers autochtones ne reconnaissait pas aux autochtones de droits exclusifs ou commerciaux sur le pays de mer. En effet, jusqu'à l'affaire *Croker Island* de 2001 qui concernait uniquement les droits fonciers autochtones sur le pays de mer, aucune forme de droit foncier sur les espaces marins n'avait été concédée. Alors que la loi NTA reconnaît des droits et des intérêts sur les terres et les eaux, c'est la première affaire à juger que la loi et la *common law* peuvent reconnaître des droits fonciers autochtones sur les espaces marins. L'arrêt emblématique de l'affaire *Croker Island* a été confirmé par la suite.

34. Les droits fonciers autochtones sont régis par d'autres lois du Commonwealth et des États d'Australie qui autorisent, par exemple, la pêche de plaisance ainsi que la pêche et la marine marchande dans les zones protégées par des droits fonciers autochtones. Ces derniers cèdent également la priorité aux intérêts valablement conférés par la Couronne. L'affaire *Croker Island* posait également la question du lien entre les droits fonciers autochtones et divers autres droits comme le droit public de pêche et de navigation en haute mer et le droit international de passage inoffensif des navires dans les eaux territoriales d'Australie. Le domaine de compétence de la *common law* a été mis en question (en particulier, s'il est mesuré au moment de la souveraineté britannique). Il en résulte que la Cour a considéré la *common law* compétente sous la laisse de basse mer mais pas en haute mer. (L'affaire *Yarmirr* suggère la possibilité d'étendre les droits fonciers au-delà de la limite des 3 milles marins). Par conséquent, les droits publics de pêche et de navigation en haute mer (ainsi que le droit international de passage inoffensif) ont été maintenus pour grever les droits fonciers autochtones. La majorité a estimé que des droits fonciers autochtones grevés pouvaient équivaloir uniquement à des intérêts non exclusifs, capables d'exister sans incompatibilité fatale. La Cour a classé les droits fonciers autochtones parmi les droits non exclusifs, considérant que les droits fonciers exclusifs sont incompatibles avec les autres droits publics et

¹⁸ (2001) 184 ALR 113 ; [2001] HCA 56. Ci-après l'affaire *Croker Island*.

internationaux (qui prévalent en cas de conflit avec les droits fonciers autochtones) au point que les droits fonciers autochtones auraient dû être éteints s'ils avaient été classés comme tels. En conséquence, seuls les intérêts ou droits fonciers autochtones spécifiques à certaines activités établies ont été accordés par la Cour, qui a souligné la nature possessoire non exclusive des droits fonciers comme un ensemble de droits et d'intérêts. Contrairement à l'interprétation majoritaire, les juges Kirby (en désaccord avec la Haute Cour) et Merkel (en désaccord avec le tribunal fédéral) ont tous deux considéré que des droits fonciers autochtones exclusifs pouvaient être accordés à titre exceptionnel en vertu du droit public de pêche et de navigation et du droit international de passage inoffensif.

*Affaire Lardil c. État du Queensland*¹⁹

35. Après *Croker Island*, d'autres affaires ont étendu la reconnaissance des droits fonciers autochtones sur les côtes, les mers et les fonds marins d'Australie. L'affaire *Wellesley Islands* de 2004 a fourni des indications utiles sur le mode et la forme de la reconnaissance des droits fonciers sous la laisse de haute mer. Au moment de l'affirmation de la souveraineté, les zones des droits fonciers autochtones se situaient dans les zones intertidales et les eaux adjacentes à une distance de 5 milles marins des îles habitées, à 0,5 mille marin des autres îles non habitées et à une distance comprise entre 2,7 et 5 milles marins des côtes continentales. Confirmant le raisonnement de l'affaire *Croker Island*, le juge a également reconnu des droits fonciers non exclusifs et non commerciaux sur une partie des zones revendiquées, jugeant l'exercice continu des droits de contrôle d'accès et d'exploitation des mers et terres submergées de la zone intertidale et des eaux territoriales par les autochtones totalement incompatible avec la *common law* et le droit international.

¹⁹ [2004] FCA 298. Ci-après l'affaire *Wellesley Islands*.

36. Dans la pratique, les droits fonciers non commerciaux et non exclusifs sur les espaces marins englobent les détenteurs de droits fonciers incapables d'exercer une influence ou un recours contre les activités menées dans leur pays de mer (y compris les développements majeurs des ressources naturelles telles que la pêche commerciale et l'exploration pétrolière), qui impliquent l'exercice de droits publics ou internationaux reconnus par la *common law* et le droit international ou sont sanctionnées par des licences ou des autorisations légales. Comme le notent les commentateurs, d'un point de vue commercial (mis à part les avantages sociaux et spirituels et la possibilité d'une valeur marchande non quantifiée), les droits fonciers autochtones sur les espaces marins génèrent peu de revenus. La diminution ou l'extinction des droits fonciers des autochtones australiens sur les espaces marins ne donnerait donc lieu qu'à une indemnisation minimale.

*Affaire Gumana c. Territoire du nord de l'Australie*²⁰

37. L'affaire *Blue Mud Bay* de 2007 concernait des revendications foncières terrestres et maritimes. La Cour a reconnu aux Yolgnu un droit non exclusif sur les zones intertidales et les espaces marins adjacents revendiqués. Concernant la zone intertidale s'est posée la question de la classification des étendues d'eau affectées par les «bras de mer» (rivières, cours d'eau, estuaires), particulièrement si elles ne sont pas navigables. La Cour a jugé que, même dans les eaux non navigables, le droit public de pêche était exerçable dans toute la zone intertidale, y compris dans les eaux de marée (eaux affectées par les «bras de mer»).

38. La nature non commerciale et non exclusive des droits fonciers autochtones sur les zones intertidales et les espaces marins a été confirmée lorsque le juge n'a pu reconnaître aux Yolgnu le droit de protéger leurs sites religieux, spirituels ou culturels, considérant qu'il était totalement incompatible avec le droit public de pêche et de navigation et que cette protection nécessiterait obligatoirement un accès exclusif. Les droits d'exploitation des zones intertidales et des espaces marins à des fins commerciales traditionnellement détenus en vertu du droit et de la jurisprudence autochtones n'ont pu être reconnus par la *common law* et, le juge l'a affirmé, ne doivent pas faire l'objet d'une décision. Dans la lignée des affaires antérieures telles que *Croker Island* et *Wellesley Islands*, les droits fonciers autochtones de ces régions ont été jugés dans l'affaire *Blue Mud Bay* pour céder également la priorité aux droits des pêcheurs commerciaux et plaisanciers ou aux intérêts valablement conférés par la Couronne.

²⁰ [2007] FCAFC 23. Ci-après l'affaire des droits fonciers autochtones *Blue Mud Bay*. Voir également Selway J, The "Blue Mud Decision" *Gumana c. Territoire du Nord de l'Australie* [2005] FCA 50, 2005; et *Gumana c. Territoire du Nord de l'Australie* (2005) 141 FCA 457. Une question connexe a été jugée séparément en appel dans l'affaire *Territoire du Nord de l'Australie c. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* [2008] HCA 29 et traitée ci-dessous à propos des droits fonciers non autochtones sous forme de concessions légales en vertu de la loi *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976* (Commonwealth d'Australie), dénommée ci-après l'affaire *Blue Mud Bay*. Voir également la décision de la Haute Cour dans l'affaire *Territoire du Nord de l'Australie c. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* (2008) 236 CLR 24.

**Arrêt de la Cour fédérale
numéro QUD 6040 2001,
non déclaré (connu sous le nom d'affaire
Torres Strait Regional Sea²¹).**

39. Le détroit de Torrès désigne l'étendue d'eau qui sépare l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée, au confluent des océans Pacifique et Indien. Il compte 133 îles, cayes sablonneuses et affleurements rocheux, dont 38 sont habités. Les eaux et les îles du détroit de Torrès couvrent une superficie d'environ 49 000 kilomètres carrés. Cette région est unique sur le plan des droits fonciers autochtones pour deux raisons: c'est le berceau des peuples insulaires du détroit de Torrès, qui sont culturellement différents des peuples aborigènes du continent, et elle est régie par un traité international, le traité du détroit de Torrès²². Des droits fonciers autochtones ont été reconnus pour la première fois dans cette région sur l'île de Murray avec l'affaire Mer Island. Comme nous l'avons dit précédemment, cette revendication ne concernait pas les espaces marins, mais uniquement les terres. Depuis, des droits fonciers autochtones ont été accordés par consentement sur toutes les îles du détroit de Torrès.

40. Le jugement de l'affaire *Torres Strait Regional Seas*, qui concerne une superficie d'environ 34 800 kilomètres carrés, par la Cour fédérale a débuté en 2008 et a pris fin le 24 juillet 2009. Le délibéré était toujours attendu à la date de rédaction du présent document. Les défendeurs, originaires de Papouasie-Nouvelle-Guinée, ont revendiqué leurs liens traditionnels avec les peuples et la région du détroit de Torrès. Certains d'entre eux ont affirmé être originaires du détroit de Torrès bien que résidant en Papouasie-Nouvelle-Guinée. Le statut, la compétence et l'intérêt à agir sont donc naturellement des thèmes abordés devant la Cour. Aucun droit foncier autochtone exclusif n'est réclamé pour la zone revendiquée. Certaines considérations du droit international de la mer sont particulièrement pertinentes compte tenu du fait que la revendication s'étend au-delà des eaux territoriales australiennes.

Droits fonciers autochtones comme bouclier de protection

²¹ *Naghir People No.1 c. Queensland* [2008] FCA 192 (21 février 2008) numéro de demande de revendication de droits fonciers NT QC01/42, numéro de la Cour fédérale QUD6040/2001, non déclaré. Ci-après, l'affaire *Torres Strait Regional Seas*.

²² Traité entre l'Australie et l'État indépendant de Papouasie-Nouvelle-Guinée relatif à la souveraineté et aux frontières maritimes, y compris dans la région dénommée Détroit de Torrès, à des questions connexes [1985] ATS 4, signé le 18 décembre 1978 et entré en vigueur le 15 février 1985.

41. Les droits fonciers autochtones peuvent être une parade efficace aux peines imposées en cas de non-respect des dispositions régissant la chasse et l'éradication d'espèces animales (comme les crocodiles et les poissons) à des fins de consommation personnelle en vertu du droit traditionnel et des pratiques coutumières²³.

C. Droits et intérêts légaux sur les espaces marins autres que les droits fonciers autochtones

42. Une part significative de la production halieutique australienne est exportée, notamment des produits de valeur comme la langouste, l'huitre, l'ormeau et le thon. De nombreux régimes légaux complètent le mécanisme législatif établi au titre de la loi sur les droits fonciers autochtones. Le champ du présent document ne permet qu'une brève présentation des mécanismes de gestion susceptibles d'affecter les droits de pêche en haute mer des autochtones.

Gestion des pêches

43. La législation sur les pêches s'étend jusqu'à 200 milles marins des côtes et, sous une forme limitée, bien au-delà, jusqu'en haute mer. La Constitution fédérale d'Australie, via la section 51(x), investit le Commonwealth du pouvoir exclusif de contrôle des pêches australiennes. Il a le pouvoir de contrôler toute l'activité des eaux territoriales, des côtes jusqu'aux eaux et fonds marins territoriaux internationalement reconnus, car les frontières des colonies, des États et des territoires prennent historiquement fin à la laisse de basse mer²⁴. Toutefois, suite à de longues négociations entre le Commonwealth et les États et territoires, la pêche est désormais contrôlée par un ensemble de lois du Commonwealth, des États et des territoires. L'*Offshore Constitutional Settlement* a invoqué la section 51 (xxxviii) de la Constitution pour reprendre la compétence de la mer et des fonds marins de la laisse de basse mer jusqu'à 3 milles marins au large des États et territoires, qui restent compétents pour la pêche de plaisance jusqu'à 200 milles marins, voire au-delà. Les interprétations actuelles de la section 51 (xxix) par la Haute Cour suggèrent que le pouvoir de la Constitution dans le domaine des affaires étrangères appuie généralement la validité des lois fédérales bien au-delà de la laisse de basse mer.

Protection de l'héritage culturel

44. Bien que conceptuellement presque indissociable des droits fonciers autochtones, l'héritage culturel peut également englober des notions plus larges que les sites d'importance et fait par conséquent l'objet d'accords législatifs distincts.

²³ Voir *Mason c. Tritton* (1994) 32 NSWLR 572, particulièrement Kirby J à 582 et Dillon c. Davies [1998] TASSC (20 mai 1998) pour les affaires relatives à l'ormeau; *Derschaw anors c. Sutton*, assemblée plénière, Cour Suprême d'Australie occidentale, non déclaré, 16 août 1996 *Underwood c. Gayfer* [1999] WASCA 56 (15 juin 1999) pour la pêche avec filets hors saison; *Wilkes c. Johnsen* [1999] WASC 74 (23 juin 1999) pour la pêche d'écrevisses sous-calibrées (la section 211 de la loi NTA s'appliquait à la Loi sur la gestion des ressources halieutiques de 1994) et *Yanner c. Eaton* [1999] HCA 53 (7 octobre 1999) concernant la chasse et l'éradication des crocodiles d'estuaire à des fins de consommation personnelle contraires à la loi relative à la protection de la faune de 1974 (Queensland).

²⁴ 59 *Nouvelle-Galles du Sud c. Commonwealth* (1975) 135 CLR 337, également baptisé *Loi sur les mers et les terres submergées*.

Néanmoins, les questions d'héritage culturel coïncident fréquemment avec les intérêts fonciers autochtones sur les espaces terrestres et maritimes et parfois avec les droits fonciers. Les décisions de justice concernant les droits fonciers autochtones produisent souvent des droits et des intérêts qui ne reconnaissent pas les droits de propriété et les institutions de gouvernance autochtones chargées de la gestion et de la protection de l'héritage culturel.

Droits fonciers

45. Plusieurs décennies avant la reconnaissance des droits fonciers autochtones de 1992, certains intérêts fonciers autochtones existaient en vertu des dispositions législatives des régimes de droit foncier. Ces concessions de la Couronne restaient distinctes des intérêts fonciers autochtones résultant de la reconnaissance par la *common law* du droit coutumier autochtone applicable aux terres et aux mers. Par ailleurs, l'expression «droits fonciers» fait référence à diverses concessions légales, qui sont soumises à différentes conditions et donnent droit à divers recours juridiques (une indemnisation, dans certains cas) en cas d'interférence avec l'intérêt. Les droits fonciers sont généralement détenus par un groupe et non par des individus et sont souvent soumis à des restrictions en termes d'aliénation et de gestion.

46. La Haute Cour a récemment statué dans une affaire de conflit d'intérêts fonciers suite à la délivrance de permis légaux à des pêcheurs non autochtones sur des terres soumises à une concession légale de droits fonciers autochtones en vertu de la loi sur la pêche (Territoire du Nord)²⁵. La Cour a considéré qu'en dépit de l'obtention d'un permis, les pêcheurs non autochtones devaient demander aux autochtones l'autorisation d'entrer et de pêcher sur leurs terres car la concession légale de terres aux autochtones conférait un droit de pêche exclusif dans les eaux intertidales (littoral et embouchures). Cette décision confirme l'abrogation du droit public de pêche et de navigation dans la zone concédée.

D. Traité du détroit de Torrès

47. Ce traité entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée entré en vigueur en 1985 reconnaît aux autochtones le droit de pêcher en haute mer. Il définit une zone protégée visant à préserver le mode de vie traditionnel et les moyens d'existence des habitants, comme la pêche et la liberté de circulation. Le terme «traditionnel» est interprété de façon libérale de façon à inclure les adaptations modernes des traditions, y compris les méthodes de pêche. Comme son nom le suggère, le traité s'applique aux insulaires du détroit de Torrès mais pas aux autres autochtones d'Australie, les aborigènes, dont certains vivent le long des côtes et ont des liens traditionnels avec la mer. Le traité a récemment fait l'objet d'une enquête parlementaire de la part de la Commission des affaires étrangères, de la défense et du commerce du Sénat mais son rapport n'a pas encore été soumis au Parlement²⁶.

²⁵ *Territoire du Nord c. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* [2008] HCA 29 split 5:2 Gleeson CJ, Gummow, Hayne et Crennan JJ, Kirby J pour; Kiefal et Heydon JJ contre (30 juillet 2008). En vertu de la loi du Territoire du Nord sur les droits fonciers autochtones de 1976 (Commonwealth), le conseil compétent pour cette région est le Northern Land Council, l'organisme chargé de délivrer les autorisations d'entrer et de pêcher.

²⁶ http://www.aph.gov.au/senate/committee/fadt_ctte/Torresstrait/index.htm

IV. Étude de cas: droits de pêche des Sâmes au large des côtes de Norvège

A. Réglementation norvégienne sur la pêche et ses conséquences sur les populations sâmes côtières

48. La Norvège possède un très long littoral et de très nombreux fjords. Ces dernières années, la pêche constituait, avec les industries pétrolière et gazière, la principale activité économique du pays²⁷. Les autochtones de Norvège, les Sâmes, vivent depuis plusieurs siècles sur la côte septentrionale du pays²⁸. L'élevage de rennes est le fait le plus connu de la littérature sâme: les familles d'éleveurs migrent dans les terres avec leurs troupeaux durant l'hiver et retournent sur la côte pendant l'été. La pêche reste néanmoins le principal moyen de subsistance des nombreux Sâmes qui vivent en permanence sur la côte. Ils l'ont largement complétée par de l'élevage, de la chasse et de la cueillette dans les terres. La pêche des Sâmes était et reste donc une activité très restreinte dans les fjords et les eaux côtières, contrairement aux grands bateaux de pêche qui ont transformé l'industrie halieutique ces dernières décennies.

Nouvelle réglementation

49. La réglementation de la pêche en mer a connu des changements très importants à la fin des années 1980 avec l'instauration des quotas de morues, nécessaires à la réduction du total des captures autorisées²⁹. Les quotas s'appliquaient aux bateaux et non aux pêcheurs. Ils étaient calculés sur la base de la capture de l'année précédente, excluant ainsi dans une large mesure les petits bateaux de pêche des districts sâmes du nouveau système de quotas. Cette conséquence négative pour les Sâmes a été aggravée par une invasion de phoques qui n'a fait que réduire davantage les possibilités de pêche dans les fjords et eaux côtières de ces régions durant les années de capture antérieures servant de base au calcul des quotas. Ces derniers étaient attribués gratuitement aux propriétaires de bateaux présentant une capture antérieure suffisante. Les années suivantes, les autorités ont accepté d'associer les quotas aux bateaux, créant finalement un marché où le prix d'un bateau avec quota pouvait être bien supérieur à la valeur marchande du navire en lui-même. Un certain total de captures autorisées a été défini pour les pêcheurs sans quota. Toutefois, ceux qui souhaitaient pêcher avec un quota ordinaire devaient acquérir un navire bénéficiant dudit quota. Les nouveaux arrivants, y compris la nouvelle génération de pêcheurs, ont dû investir un capital considérable pour participer à ce commerce.

50. Ce développement était considéré comme totalement injuste pour la communauté des pêcheurs sâmes. Après l'adoption d'une nouvelle réglementation légale basée sur la Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail pour les principaux districts sâmes du comté de Finnmark (comté le plus au nord de la Norvège), une Commission sur la pêche côtière a été nommée en 2006 pour mener une étude et faire des recommandations sur la demande d'autorisation des Sâmes de pêcher dans l'océan, au nord du comté de Finnmark. En 2008, la

²⁷ Pour une description et une analyse faisant spécialement référence aux droits de pêche en mer, reportez-vous aux rapports officiels de la Norvège (NOU) 2008:5.

²⁸ Ibid., chapitres 5 et 6.

²⁹ Ibid., chapitre 3.

Commission a conclu que les Sâmes vivant dans les fjords et sur la côte du comté de Finnmark jouissaient d'un droit de pêche en vertu de leur passé et des règles de droit international relatives aux peuples autochtones et aux minorités³⁰. Cette conclusion fait actuellement l'objet d'un débat juridique et politique. Le rapport de la Commission n'ayant pas encore été soumis au Parlement, le débat est toujours en cours en Norvège et pourrait attirer l'attention internationale.

Raisonnement légal de la Commission sur la pêche côtière (Kystfiskeutvalget)

51. L'influence de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sur les droits des Sâmes figure au premier plan du débat juridique et politique depuis le début des années 1980. Il convient donc d'examiner les principaux points de cette discussion en constante évolution. Dans un rapport de 1984, la Commission sur les droits des Sâmes (Samerettsutvalget) a rigoureusement examiné si cet article considère que le fondement matériel de la culture sâme est protégé³¹. Dans ce contexte, la Commission a également pris en considération le fondement juridique de la protection des peuples autochtones. Même si la loi sur les peuples autochtones ne concerne pas les minorités ethniques en général, il convient d'interpréter l'article 27 selon les besoins de chaque minorité. Lorsqu'une minorité ethnique a besoin d'un fondement culturel et qu'elle en est privée, elle perd en réalité la possibilité de jouir de sa culture. Cette conséquence suppose que chaque minorité ethnique peut exiger le fondement nécessaire à la jouissance de sa culture. Les Sâmes et les autres peuples autochtones sont des minorités ethniques qui se servent massivement de leur culture dans l'utilisation traditionnelle des ressources naturelles. La conclusion de la Commission était donc en principe positive concernant la protection du fondement matériel de la culture mais incertaine quant à l'étendue de celui-ci.

52. Le Ministère de la justice a adhéré à cette interprétation de l'article 27 en présentant en 1987 un projet de loi sur la création d'un organe de représentation sâme: le Parlement sâme (le *Sameting*)³². La Commission judiciaire du Parlement norvégien a déclaré que les autorités norvégiennes respectaient les développements du droit international en formulant clairement sa volonté de créer une mesure positive spéciale à l'attention des Sâmes. De plus, la Commission judiciaire a attaché une grande importance à l'interprétation de l'article 27 du Ministère et s'est concentrée sur l'obligation de la Norvège de contribuer au fondement matériel de la culture sâme et d'influer sur la fondation physique et économique de leur culture³³. Le Ministre de la justice a déclaré lors des débats parlementaires que le droit de jouir de sa culture doit désormais être considéré comme un droit de l'homme fondamental. Il a souligné que le concept de culture est réputé viser également le fondement matériel de la culture³⁴.

53. L'année suivante, en 1988, cette opinion a été confirmée lorsque le Parlement a adopté un amendement constitutionnel sur la protection de la culture sâme. Le président de la Commission judiciaire a déclaré au Parlement que cette disposition

³⁰ Sur le droit de pêche en mer au nord du comté de Finnmark, reportez-vous aux rapports officiels de la Norvège (NOU) 2008:5 (Président Carsten Smith).

³¹ Sur la situation juridique des Sâmes, reportez-vous aux rapports officiels de la Norvège (NOU) 1984:18 (Président Carsten Smith).

³² Ot.prop (1986-87) No. 33 p.37.

³³ Innst.O. (1986-87) No.79 p.5.

³⁴ O.tid. (1986-87) p.496.

de la Constitution correspondait aux obligations de l'article 27 et a fait référence à l'interprétation de l'article 27 sur l'obligation des États à aider les Sâmes à disposer des moyens, y compris matériels, de jouir de leur culture et de leur langue³⁵.

54. Cette interprétation de l'article 27 a été récemment renforcée par un Livre blanc sur la politique sâme du gouvernement et du Parlement³⁶. Concernant le concept de culture, il affirme:

Concernant les Sâmes en tant que population autochtone, il est communément admis que la disposition inclut également les conditions matérielles de la pratique de leur culture, également dénommées base naturelle de la culture sâme³⁷

De plus, le Livre blanc déclare à propos du devoir de l'État d'aider les Sâmes à jouir de leur culture:

Il est désormais communément admis que la disposition pose les bases des mesures positives que les autorités doivent prendre pour respecter leurs obligations³⁸.

55. La Commission sur la pêche côtière a conclu, comme nous l'avons dit précédemment, que les Sâmes vivant dans les fjords et sur la côte du comté de Finnmark jouissaient d'un droit de pêche en vertu de leur passé et des règles de droit international relatives aux peuples autochtones et aux minorités. Cette conclusion était motivée par les instruments de droit international tels que décrits dans le cadre international ci-dessus. Un intérêt considérable a néanmoins été accordé à la procédure législative durant les années 1980, ce qui a conduit à la création du Parlement sâme et à l'adoption d'un amendement constitutionnel sur la protection de la culture sâme. Les opinions exprimées par les autorités politiques norvégiennes doivent être considérées comme un élément important dans l'interprétation des instruments internationaux relatifs aux droits des Sâmes en tant que citoyens et pêcheurs. Il existe deux autres dispositions favorables à cette interprétation: premièrement, la clause constitutionnelle, à savoir l'alinéa 110a de la Constitution sur le devoir des autorités de doter les Sâmes des moyens de protéger et de développer leur culture; et deuxièmement, une disposition légale incluant, entres autres conventions, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans la loi norvégienne et donnant la priorité à la convention en cas de conflit avec la législation domestique.

Projet de loi

56. Ce droit de pêche a été développé dans un projet de loi relatif aux volumes autorisés des captures et aux droits exclusifs dans certaines régions. Un volume de captures susceptible d'offrir un revenu raisonnable aux ménages a été attribué à la population du littoral et des fjords du comté de Finnmark et un droit de pêche dans les fjords a été reconnu à la population vivant dans ces régions. Le projet de loi prévoyait une administration régionale chargée de décider de la taille des bateaux et des équipements de pêche dans une zone de 4 milles marins. Il lui était délégué le pouvoir de donner la préférence aux petits bateaux et aux équipements passifs et de

³⁵ St.tid (1987-88) p.3026.

³⁶ Stortingsmelding n° 28 (2007-2008).

³⁷ Ibid., p. 33.

³⁸ Ibid.

mettre l'accent sur la pêche dans les fjords et les eaux côtières. Le conseil d'administration est composé de trois représentants élus par le Parlement sâme et trois autres du Conseil du comté.

57. Les populations sâmes côtières des districts les plus au nord se mêlent à la population norvégienne non autochtone. Ces droits de pêche ont donc été reconnus comme collectifs et limités à ces districts, et non comme spécifiques aux autochtones. Les pêcheurs non autochtones du comté de Finnmark jouiraient donc également des droits internationaux relatifs aux peuples autochtones comme les Sâmes. Cette solution a néanmoins été soutenue par le Parlement sâme.

B. Situation juridique et politique actuelle de la Norvège

58. À ce jour, il n'existe aucune jurisprudence norvégienne significative sur les droits de pêche en mer des autochtones. La législation actuelle et future dépend de l'évaluation du raisonnement et du rapport de la Commission sur la pêche côtière. Les débats de 2008 ont donné lieu à un résultat qui peut être résumé comme suit: les grandes entreprises commerciales se sont opposées à la proposition de réforme tandis que les pêcheurs locaux, le Parlement sâme, les entreprises sâmes et de nombreuses municipalités y étaient partiellement ou totalement favorables.

59. Après une période de débat, le Procureur a publié un document défavorable à l'analyse du droit international et à la proposition légale contenues dans le rapport de la Commission³⁹. Le président de la Commission sur la pêche côtière, qui était également chargé de la section relative au droit international dudit rapport, a répondu officiellement⁴⁰. Le débat portait essentiellement sur les droits des Sâmes au fondement matériel de leur culture et aux mesures spéciales connexes. Selon le président de la Commission, le Procureur a fait preuve de négligence dans sa motivation car il n'a pas fait référence, entre autres, aux déclarations du Gouvernement mentionnées dans le Livre blanc publié récemment⁴¹.

60. Concernant le fondement matériel de la culture, le Procureur estime qu'il n'est pas certain qu'il inclut les droits de pêche en mer des autochtones. Il convient de répondre qu'il n'est guère possible de parler plus clairement de fondement matériel de la culture que lorsqu'il est question de pêche des Sâmes vivant sur la côte septentrionale. La pêche en mer était indispensable à la survie des communautés locales et à la protection de la culture sâme.

61. Toutefois, la déclaration la plus polémique du Procureur sera probablement celle où il doute que l'article 27 pose les bases des mesures spéciales positives. Il s'agit d'une intervention surprenante et négative à propos des droits des Sâmes en général. Non seulement elle est contraire à ce que le Gouvernement considère comme une interprétation commune et, dans les faits, à toute l'époque révolue où les droits et la politique des Sâmes traitaient surtout de l'éradication de la discrimination négative. Les droits et la politique des Sâmes portent actuellement sur la reconnaissance d'accords spéciaux visant à promouvoir l'égalité dans le pays.

³⁹ Lettre du 9 mars 2009 au Ministère des pêches.

⁴⁰ Lettre du 24 mars 2009 au Ministère des pêches.

⁴¹ Voir le para. 55.

62. En octobre 2009, le Ministre des pêches a pour la première fois réagi officiellement au rapport de la Commission. Le Ministre proposera certains droits de pêche – bien moindres que ceux du projet – au Parlement norvégien mais il ne reconnaîtra pas le droit international, n’acceptera pas de droit de pêche préférentiel dans les fjords et ne créera pas d’administration régionale avec des pouvoirs spéciaux et des membres élus par le Parlement sâme. Selon les règles établies concernant les consultations entre le Gouvernement et le Parlement sâme, la position du Gouvernement servira de base à ces consultations. Le Parlement sâme se battra probablement pour un résultat plus proche du projet de loi d’origine, et notamment pour la reconnaissance du droit international.

C. Convention sâme nordique (Nordisk Samekonvensjon)

63. Un projet de Convention sâme nordique, préparé par un groupe d’experts finlandais, norvégiens, suédois et sâmes, a été présenté en 2005⁴². Il a été adopté par le Parlement sâme dans les trois pays peu après. Il est actuellement examiné par les trois Gouvernements.

64. L’objectif de la Convention est de développer un cadre juridique distinct pour les Sâmes, quel que soit leur pays de résidence et leur citoyenneté. La Convention établira une loi pour tous les Sâmes et couvrira les droits fondamentaux des peuples sâmes, leur gouvernance, leurs langues et leur culture, leurs droits fonciers et maritimes et leurs moyens de subsistance. Les dispositions relatives aux droits sur les eaux intérieures et l’exploitation des zones maritimes s’appliqueront, par conséquent, à la pêche des Sâmes et autres exploitations des fjords et eaux côtières. Lors des négociations sur la mise en œuvre de la Convention, les règles plus détaillées seront certainement harmonisées avec la loi norvégienne sur les droits de pêche en mer des autochtones

V. Observations finales

65. La gestion halieutique australienne, les dispositifs de protection de l’héritage culturel ainsi que la législation des droits fonciers ont soumis les droits de pêche en mer des autochtones à une stratification complexe des compétences, composée de trois échelons gouvernementaux, et à des intérêts publics, privés et industriels. À l’instar du régime des droits fonciers autochtones, la défense des droits fonciers autochtones sur les espaces marins en vertu de ces régimes peut s’avérer complexe et longue en raison des négociations avec les nombreuses parties prenantes. Toutefois, contrairement aux droits de pêche en mer des autochtones, il est possible de reconnaître certains intérêts spécifiques aux autochtones comme un droit exclusif de pêche en mer, soumis uniquement au droit international de passage inoffensif. Ces droits sont plus forts que tous les droits fonciers obtenus jusqu’ici et qui, même au plus haut niveau de reconnaissance actuellement interprété par la Haute Cour, sont soumis au droit public de la *common law*. Les décisions de justice concernant les litiges fonciers sont un acquis juridique récent et présentent le risque supplémentaire d’une application limitée au-delà des spécificités des plaidants ou

⁴² Nordisk samekonvensjon, utkast fra ekspertgruppe. 26 octobre 2005. Convention sâme nordique, projet du groupe d’experts (président Carsten Smith).

des faits tandis que les autres régimes légaux (droit fonciers, par exemple) sont bien établis, car sans doute plus sûrs. Toutefois, bien qu'ils donnent lieu occasionnellement à des droits de propriété plus forts que les procès, ils restent distincts de ces derniers et sont dans un sens plus précaires car ils émanent de droits accordés par le Parlement et non de droits autochtones inhérents à la survie de la souveraineté britannique et que la *common law* doit reconnaître.

66. Les droits de pêche en mer des populations sâmes côtières constituent une question juridique et politique majeure pour les Sâmes. L'origine historique et le fondement juridique international de ces droits sont désormais documentés et validés par une commission nommée par le Gouvernement, dont la conclusion est critiquée par le Procureur. Des consultations entre le Gouvernement norvégien et le Parlement sâme vont avoir lieu. Pour les populations sâmes côtières, la pêche est essentielle à la survie de leurs communautés locales qui font vivre de nombreux ménages. Ces communautés sont également indispensables à la protection de la culture sâme. L'avenir de cette culture dépend donc de la reconnaissance des droits de pêche, qui font actuellement l'objet de débats juridiques et politiques nationaux. L'opinion exprimée par l'Instance permanente à ce sujet pourrait avoir un impact.
