

Sean Brennan



## Un cas test en vue de compensations financières pour perte de terre

Au cours des cinquante dernières années, deux paradigmes juridiques distincts – un système national pour la reconnaissance du « titre indigène » d'une part, et une variété de régimes de droit à la terre statutaires au sein des Etats et Territoires d'une autre – ont permis une reprise de possession partielle du continent australien et de ses îles environnantes par des groupes d'Aborigènes et d'Insulaires du détroit de Torres. Ces zones, dédiées à un usage exclusif ou partagé par les peuples des Premières Nations, sont cependant très mal réparties et se trouvent dans leur grande majorité dans les territoires les plus reculés du pays<sup>1</sup>. Cela signifie qu'une grande proportion de la population autochtone n'a pas récupéré les territoires perdus dans les processus de dépossession coloniale et de conflits sur la frontière entamés avec l'arrivée des Anglais en 1788.

La question d'une compensation ou d'une réparation pour ces pertes de territoire, ainsi que pour d'autres impacts sévères de la colonisation, demeure largement irrésolue. Cela met en lumière l'importance du procès de Timber Creek sur une compensation pour extinction légale du titre indigène.

Timber Creek est une petite ville regroupant quelques centaines de personnes dans le nord de l'Australie. Les peuples Ngaliwurru et Nungali ont obtenu la reconnaissance de leurs droits exclusifs liés au titre indigène sur certaines parties de la ville en 2007 mais la Cour fédérale d'Australie jugea que, dans d'autres secteurs, le titre indigène avait été éteint par des travaux publics et l'octroi dans le passé de titres de propriété et de baux emphytéotiques<sup>2</sup>.

En 2011, les peuples Ngaliwurru et Nungali ouvrirent une procédure pour compensation sous l'égide du *Native Title Act 1993 (Cth)* à propos cette extinction passée. Vingt ans après avoir lancé une action défensive contre le projet gouvernemental d'acquisition unilatérale de secteurs de la ville, et après de nombreuses batailles juridiques, les peuples Ngaliwurru et Nungali attendaient le verdict de la plus haute juridiction du pays, la Haute Cour d'Australie, sur ce cas de compensation.

Le jugement en appel de la Haute Cour dans le cas de compensation de Timber Creek eut lieu à Darwin en septembre 2018. Ce fut la première fois que la Cour tint une séance dans le Territoire du Nord où la population Aborigène constitue près de 30% de la population (3.3% au niveau national)<sup>3</sup>.

Pour les Aborigènes et les Insulaires du détroit de Torres, le cas Timber Creek est un test de leurs droits aussi important que d'autres décisions clés de la Haute Cour sur le titre indigène. De telles décisions incluent notamment le jugement Mabo qui, en 1992, reconnut pour la première fois l'existence au sein de la *common law* de droits de propriétés détenus par des groupes autochtones en Australie préalablement à la colonisation<sup>4</sup> ainsi que le jugement Wik, en 1996, qui affirma que de tels droits sur le titre indigène pouvaient coexister avec d'autres droits de propriété octroyés par la Couronne, tels que des baux pastoraux pour l'élevage de bovins et d'ovins<sup>5</sup>.

Lors du procès, en 2016, le juge statua que, en se fondant sur la valeur du foncier à Timber Creek, la perte économique liée aux quelques 50 actes d'extinction commis entre 1980 et 1996 s'élevait à 512 400 dollars australiens (environ 321 500 Euros). Le montant des intérêts sur cette somme avant le jugement était d'environ 1,5 million de dollars australiens (environ 940 000 Euros). La question la plus difficile était la quantification en termes monétaires de la perte non-économique : la souffrance liée à la perte ou à la diminution des connections traditionnelles avec le territoire. Le juge reconnut que cette tâche, bien que complexe, était avant tout intuitive. Il entendit de nombreux témoignages détaillés de la part des propriétaires traditionnels Aborigènes à propos des dommages faits à des sites sacrés ainsi que ce qu'il décrivit comme « une souffrance émotionnelle déchirante »<sup>6</sup> et un « sentiment d'avoir manqué à l'exercice de leur responsabilité » et à leurs obligations de prendre soin de la terre et de la protéger contre des usages non-autorisés par des tiers en vertu de la Loi traditionnelle<sup>7</sup>.

Au procès, le juge octroya 1,3 millions de dollars australiens au titre de la perte non-économique. Ce ne fut pas remis en cause lors d'un appel dans une cour intermédiaire en 2017 mais le montant de la compensation pour la perte économique et les intérêts fut réduit d'environ 20%<sup>8</sup>. Le gouvernement du Territoire du Nord et le gouvernement fédéral ont vigoureusement demandé à la Haute Cour de procéder à de plus amples réductions dans les trois volets de la compensation. Pour le Territoire du nord, le montant de la compensation au titre du dommage non-économique devait être réduit de 94%<sup>9</sup>.

Le résultat du procès Timber Creek est suivi avec beaucoup d'attention par les groupes autochtones du pays, les gouvernements et les tierces parties qui auront potentiellement à faire face à des risques de compensation, notamment les compagnies minières. C'est la première fois que les cours australiennes ont quantifié les « termes justes » d'une compensation financière pour l'extinction d'un titre indigène. En termes strictement juridiques, ce procès test aura des conséquences limitées pour d'autres groupes. Comme nous l'avons noté, la reconnaissance d'un titre indigène n'est possible que pour certains groupes autochtones, principalement dans les zones éloignées des centres de population. Or le chemin juridique vers la compensation pour une extinction passée est encore plus contraignant.

Un premier seuil critique est que le groupe doit d'abord prouver que leur titre indigène existait jusqu'au moment où les actes d'extinction pertinents ont pu avoir lieu, c'est-à-dire, selon l'interprétation généralement acceptée, après la promulgation de la loi sur la discrimination raciale (*Racial Discrimination Act*) d'octobre 1975. Il s'agit typiquement d'un processus ardu, coûteux et hautement technique d'un point de vue juridique.

C'est seulement à partir de ce moment que l'on peut commencer à argumenter à propos d'actes d'extinction particuliers qui pourraient avoir eu lieu après 1975, de leur impact sur le groupe concerné et de la manière de quantifier cette perte. Dans la mesure où la décision *Mabo* a rejeté l'idée que, au titre de la *common law*, une compensation puisse être proposée pour l'extinction du titre indigène, la position juridique orthodoxe est que la plupart des actes de dépossession commis en Australie après 1788 (c'est-à-dire toute action officielle sur le foncier mise en œuvre avant le mois d'octobre 1975) n'ouvre pas droit à compensation sous le régime du *Native Title Act*. Cependant, si, dans une décision attendue pour 2019, la Haute Cour résistait aux demandes du gouvernement qui pousse pour une approche encore plus restrictive, alors le cas Timber Creek pourrait avoir de profondes et vastes conséquences. Même si les restrictions légales sur la récupération sont prises en compte, les gouvernements devront faire face à d'importants risques de demandes de compensation pour les extinctions post-1975. Cela alimentera également un débat plus large sur les pertes subies à travers tout le pays en raison de la dépossession. Une réponse pertinente en termes de politique publique serait d'étudier la possibilité d'accords globaux au niveau régional, négociés au sein d'un cadre national partagé. C'est à ce niveau que ce développement historique de la loi sur le titre indigène rencontre l'autre question majeure traitée dans ce rapport, à savoir les perspectives croissantes au cours de l'année 2018 d'une réforme constitutionnelle et structurelle sur la base de la Déclaration d'Uluru du fond du cœur (*Uluru Statement from the Heart*)

### **Réforme structurelle et Déclaration d'Uluru**

Le rapport *Le Monde autochtone 2018* avait rapporté les résultats d'un processus délibératif historique de Dialogues Régionaux conduit par les autochtones à propos de leur reconnaissance constitutionnelle. L'aboutissement de ce processus lors de la Convention Constitutionnelle des Premières Nations qui se tint dans le centre de l'Australie en mai 2017, fut la Déclaration d'Uluru du fond du cœur<sup>10</sup>.

Largement reconnu pour la concision, la simplicité et la puissance de son message, la Déclaration d'Uluru en appelait à une seule réforme constitutionnelle soumise à référendum : la création d'une Voix représentative des Premières Nations qui pourrait influencer les processus politiques et législatifs. La Déclaration d'Uluru demandait également la création d'une instance nationale, qui s'appellerait la Commission Makarrata, qui superviserait la négociation de traités entre les gouvernements et les Premières Nations, ainsi qu'un processus de vérité et réconciliation sur l'histoire de l'Australie. Makarrata est un mot des peuples Yolngu du nord de l'Australie qui signifie fondamentalement le fait de se réunir pour ramener la paix après un conflit.

En dépit du rejet par le Premier Ministre d'alors, Malcolm Turnbull, d'une Voix autochtone inscrite dans la Constitution, son parti Libéral actuellement au pouvoir en rejoignit d'autres en mars 2018 pour établir une commission d'enquête parlementaire sur la reconnaissance presque entièrement centrée sur la Déclaration d'Uluru. En novembre 2018, la commission conclut que la Voix devait devenir une réalité, affirmant qu'elle devrait être « co-conçue avec le gouvernement par les peuples Aborigènes et Insulaires »<sup>11</sup>.

A la recherche d'un soutien bipartisan, le rapport s'abstenait de s'engager pour une inscription constitutionnelle et affirmait qu'une base législative pour cette Voix devait également être explorée.

Le message le plus fort des leaders Aborigènes qui avaient présidé aux Dialogues Régionaux fut que la conception de cette Voix à soumettre au Parlement devait revenir aux autochtones. Ils ont également rappelé l'importance de l'inscription de cette Voix dans la Constitution. Selon eux, la constitutionnalisation de la Voix tiendrait les promesses de l'issue consensuelle de la Convention d'Uluru et permettrait davantage de certitude et de stabilité, étant donné le fait que par le passé des gouvernements avaient pu abolir des instances autochtones représentatives. La validation par un vote populaire à l'occasion d'un référendum ainsi que l'inscription dans la Constitution permettrait, également selon eux, de garantir une légitimité dans le temps à la Voix et de lui trouver une place dans le système de gouvernance de l'Australie<sup>12</sup>. Ils indiquèrent que, lors des Dialogues, « les participants avaient comparé les potentiels de réforme structurelle offerts par les voies constitutionnelle, législative, administrative ou autre avant de se prononcer de manière énergique pour une Voix des Premières Nations inscrite dans la constitution »<sup>13</sup>.

Bien que le nouveau Premier ministre du Parti libéral, Scott Morrison, ait réitéré les réserves du gouvernement quant à une inscription de la Voix dans la Constitution<sup>14</sup>, la proposition a continué d'engranger des soutiens au cours de l'année 2018.

Le Parti travailliste, dans l'opposition mais figurant en très bonne place dans les sondages pour l'élection de mai 2019, s'est engagé à mettre en œuvre les réformes structurelles et constitutionnelles de la Déclaration d'Uluru<sup>15</sup>.

Tandis que les organisations de la société civile continuaient de plaider pour la Déclaration d'Uluru, le secteur privé a également commencé à s'impliquer. Très récemment, les deux géants miniers BHP et Rio Tinto, qui négocient tous deux régulièrement avec des groupes Aborigènes dans les zones à potentiel minier en Australie, ont soutenu la proposition d'un référendum constitutionnel pour la Voix et BHP a mis 1 million de dollars australiens sur la table (environ 620 000 Euros) pour soutenir un projet éducatif à propos de la Déclaration d'Uluru et du changement constitutionnel<sup>16</sup>.

La Déclaration d'Uluru est un processus historique de construction d'un consensus autochtone sur des propositions de réforme structurelle au travers d'une démarche délibérative conçue par les autochtones eux-mêmes. Cela a permis de dépasser les blocages du débat public sur la reconnaissance constitutionnelle qui avait été malmené, et souvent négligé, par des hommes politiques de premier plan lors de la décennie précédente.

Fin 2018, les signaux semblent au vert pour qu'un référendum sur une Voix représentative des Premières Nations puisse bientôt se tenir. L'Australie pourrait alors tourner son attention vers un processus global de négociation d'accords ou de traités ainsi que vers une évaluation de l'histoire coloniale et de ses impacts, attendue depuis longtemps et dont elle a grand besoin.

## Notes and references

1. Jon Altman and Francis Markham, 'Burgeoning Indigenous Land Ownership: Diverse Values and Strategic Potentialities' in Sean Brennan, Megan Davis, Brendan Edgeworth and Leon Terrill (eds), *Native Title from Mabo to Akiba: A Vehicle for Change and Empowerment?* (Federation Press, 2016) 129, 136.
2. *Griffiths v Northern Territory* (2007) 165 FCR 391.
3. Australian Bureau of Statistics, *Estimates of Aboriginal and Torres Strait Islander Australians, June 2016*. Available at: <http://bit.ly/2TaVzqx>

4. *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.
5. *Wik Peoples v Queensland* (1996) 187 CLR 1.
6. *Griffiths v Northern Territory (No 3)* (2016) 337 ALR 362, 426.
7. *Ibid* 432.
8. High Court of Australia, Short Particulars: *Northern Territory v Griffiths*. Available at: <http://bit.ly/2TgnRAAd>
9. *Northern Territory v Griffiths* (2017) 256 FCR 478, 496.
10. See Referendum Council, "Uluru statement from the heart." Available at: <http://bit.ly/2Tej2Hw>
11. Joint Select Committee on Constitutional Recognition relating to Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples, *Final Report* (November 2018). Available at: <http://bit.ly/2TeLTjy>
12. Pat Anderson et al, Submission to Joint Select Committee on Constitutional Recognition Relating to Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples, November 2018 (Submission 479). Available at: <http://bit.ly/2TeBwYr> .
13. *Ibid* 4.
14. Paul Karp, 'Scott Morrison claims Indigenous voice to Parliament would be third chamber', *The Guardian Australia*, 26 September 2018. Available at: <http://bit.ly/2Tg43g3>
15. Australian Labor Party, *A Fair Go for Australia*, 48<sup>th</sup> ALP National Platform (2018), paragraphs 52, 53, 72. Available at: <http://bit.ly/2TbUY7X>
15. BHP, 'BHP and Rio Tinto endorse Uluru Statement from the Heart', Media Release, 31 January 2019. Available at: <http://bit.ly/2T9F3Hn>

**Sean Brennan** est directeur du centre de droit public Gilbert + Tobin de l'UNSW Sydney et professeur agrégé à la faculté de droit. Son travail d'enseignement, de recherche, de publication et d'engagement du public est axé sur les questions juridiques autochtones et le droit constitutionnel.

Source : IWGIA 2019 *The Indigenous World*  
Traduction par **Martin Préaud** membre du réseau des experts du GITPA pour l'Australie